

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYALBİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORATEZİ

**SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEYE
UYGULANACAK HUKUK**

Faruk ÖZKAN
2502120245

TEZDANIŞMANI
Prof. Dr. Bahattin Bahadır ERDEM

İSTANBUL – 2022

ÖZ

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK

FARUK ÖZKAN

Sebepsiz zenginleşme taleplerinde uygulanacak hukuka ilişkin yaklaşımlar bazı yabancı araştırmaların konusunu oluşturmuştur. Buna karşılık, bu konunun tarihsel gelişimi ve tartışmaları Türk akademik çalışmalarında detaylı olarak tartışılmamıştır. Bu yüzden, bu tezimizde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk konusunu ele almayı amaçlandı.

Maddi hukukta sebepsiz zenginleşme farklı hukuk sistemlerinde farklı olarak yorumlandığından ötürü, bağlama konusu olarak sebepsiz zenginleşmenin nasıl vasıflandırılması gerektiğinin tespit edilmesi çok önemlidir.

Bağlama noktası olarak *lex causae conditionis*'in uygulama alanı, bu bağlantı noktasının tarihsel sürecinde çok tartışmalıdır. Bu yüzden bu bağlama noktasının uygulama alanı, taraf menfaatlerinin korunabilmesi ve milletlerarası özel hakkaniyetinin sağlanabilmesi amacıyla tespit etmeye çalışıldı.

Üç veya daha fazla köşeli hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk (örneğin üçüncü kişi yararına sözleşmeler) da bir başka önemli konudur. Bu ilişkilerde, birden çok hukuki ilişkinin söz konusu olmasından dolayı, üç veya daha fazla köşeli hukuki ilişkilerdeki farklı tarafların aralarındaki sebepsiz zenginleşme taleplerine uygulanacak hukuku tespit etmek çok önemlidir

AnahtarKelimeler: Sebepsiz Zenginleşme, Kanunlar ihtilafı, Fer'i Bağlama Noktası, Üç köşeli İlişkiler, Vasıflandırma

ABSTRACT

THE APPLICABLE LAW ON UNJUST ENRICHMENT

FARUK ÖZKAN

The approaches to the the applicable law on unjust enrichment claims are subject to some foreign researches. In contrast, the historical development and disputes of this subject were not discussed in detail in Turkish academic works. Hence, it is aimed to discuss the subject of the applicable law on unjust enrichment in this thesis.

As the unjust enrichment in substantive law is interpreted differently in different law systems, it is very important to determine how to characterize the unjust enrichment as a connecting subject in Turkish conflict of laws law.

The scope of the connecting factor *lex causae condictionis*, is very disputed throughout its history. Therefore it is aimed to determine the scope of this connecting factor for the protection of party interests and providing international private law equity.

The applicable law on unjust enrichment claims arising out of multi-party constellations (like contract fo the benefit of a third party) is also another important subject. As there are more than one legal relation in multi-party constellations, it is very important to determine the applicable law of unjust enrichment claims between the different parties of the muti-party constellations.

Keywords: Unjust Enrichment, Conflict of Laws, Accessory Connecting Factor, Multi-party relations, Characterisation

ÖNSÖZ

Modern bir toplumun ilerlemesinde en önemli faktörlerinden biri de akademik özgürlüktür. Bu bakımdan akademik çalışmalarda bu özgürlük çerçevesinde eleştirel ve sorgulayıcı olmak pek bir önem arz eder. İşte bu yaklaşımla doktora eğitimim süresince beni teşvik eden, destekleyen ve bana örnek olan tez danışmanı hocam Prof. Dr. B. Bahadır Erdem’e sonsuz teşekkürlerimi öncelikle sunarım.

Çalışmam esnasında da akademik olarak her türlü desteği sunan hocalarım Prof. Dr. Günseli Gelgel, Prof. Dr. Ayfer Uyanık’a ve Prof. Dr. Faruk Kerem Giray’a da ayrıca içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Ayrıca araştırma konuma ilişkin kaynakların çoğunu sağladığım ve mezunu olmaktan gurur duyduğum Bonn Üniversitesi’nin Milletlerarası Özel ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nün tüm çalışanlarına yardımları için teşekkürlerimi sunarım.

Bir hukukçu olarak kendilerini her zaman örnek alarak öğrencileri olmaktan şeref duyduğum merhum hocalarım Prof. Dr. Rona Serozan’ın, Prof. Dr. Ömer Teoman’ın ve hayatı boyunca iyilikten şaşmayan ve kendisine doktora eğitimimi tamamlayacağıma söz verdiğim hukuk fakültemizin mezunlarından merhum dedem Av. Mustafa Kemal Özkan’ın aziz ruhlarına ve bu çalışmayı ithaf etmekteyim.

Çalışmam sırasında adeta “kahırımı” çeken canım eşim Paulina Özkan’a; varlıklarıyla bana destek olan canlarım Antoni Hakan ile Adelina İrem’e; canım anneme , tüm aileme, “Doruk” Kardeşime ve doktora eğitimim sırasında ayrıca avukatlık mesleğini icra ettiğimden dolayı zorlayıcı günlerimde mesleki olarak bana destek olan meslektaşlarım ablam Av. Burcu Öztürk, Eniştem Av. Cem Öztürk ve Av. Onur Gürçekiç Kardeşim’e ve Av. Aslı Karahancı’ya teşekkürlerimi borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM MADDİ HUKUKTA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

1. Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Tarihçesi	6
1.1 Roma Hukukunda “Sebepsiz Zenginleşme” Kurumunun Tarihçesi	6
1.2. Roma Hukuku Sonrası Dönemde Sebepsiz Zenginleşmenin Tarihsel Gelişimi.....	14
2. Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Kurumu	20
2.1 Genel Bilgi	20
2.2 Sebepsiz Zenginleşmenin Amacı.....	21
2.3 Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Özellikleri.....	23
2.3.1 Nispilelik	22
2.3.2 Sebepsiz Zenginleşme Talebi Aslilığı (Tali-İkincil Olmayışı)	24
2.3.3 Sebepsiz Zenginleşmeye Bağlı Alacak Hakkının Doğumu İçin Fiil Ehliyetinin Varlığı Aranmaması.....	24
2.3.4 Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacak Hakkının Borçların İfasına İlişkin Hükümlere Tabi Olması	24
3. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayalı Talebin Benzer Talepler ile İlişkisi	25
3.1.1 Genel Bilgi	25

3.1.2	Sebepsiz Zenginleşme - Sözleşmesel Sorumluluk İlişkisi.....	26
3.1.3	Sebepsiz Zenginleşme ve Vekaletsiz İş Görme İlişkisi.....	29
3.1.4	Sebepsiz Zenginleşme ve Haksız Fiil İlişkisi	33
3.1.5	Sebepsiz Zenginleşme ve İstihkak Talebi İlişkisi	35
3.1.6	Sebepsiz Zenginleşme ve Zilyetlik Davaları İlişkisi.....	37
3.1.7	İcra-İflas Kanunu Düzenlemeleri İle Olan İlişkisi	40
4.	Sebepsiz Zenginleşmenin Genel Olarak Şartları	43
4.1.1	Genel Bilgi.....	43
4.1.2	Zenginleşme Şartı.....	44
4.1.2.1	Zenginleşme Nasıl Gerçekleşir?.....	44
4.1.2.2	Zenginleşme Nasıl Belirlenir?.....	48
4.1.2.3	Zenginleşmenin Bir Başkasının Malvarlığından veya Emeginden Kaynaklanması (Fakirleşme Şartının Aranıp Aranmayacağı).....	50
4.1.3	Haklı Bir Sebebin Bulunmaması : "Sebepsizlik"	54
4.1.4	Nedensellik Bağı	56
5.	Sebepsiz Zenginleşme Çeşitleri	58
5.1.1	Edimden Ötürü (İfa Sonucu) Sebepsiz Zenginleşmeler	58
5.1.1.1	Genel Bilgi ve Edim Olgusu	58
5.1.1.2	Hukuki Sebebin Geçerli OlmamasıHalleri (Üst Tür olarak "Condictio Sine Causa")	63
5.1.1.2.1	Condictio Indebiti (Borçlanılmamış Edimin İfası)	69
5.1.1.2.2	Zenginleşmenin Gerçekleşmemiş Bir Sebebe Dayanması ("Condictio Ob Rem")	86
5.1.1.2.3	Zenginleşmenin Sonradan Sona Ermiş Bir Sebebe Dayanması - (Condictio Ob Causam Finitam)	95
5.1.1.2.4	Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam.....	102
5.1.2	Edim Dışı Zenginleşmeler	103
5.1.2.1	Genel Bilgi	103
5.1.2.2	Müdahaleden Ötürü Zenginleşme	104
5.1.2.3	Harcamadan (Kurtulmadan) Ötürü Zenginleşme	116

5.1.2.4	Rücû Hakkı Veren Zenginleşme	127
6.	İkiden Fazla Kişinin Bulunduğu Hukuki İlişkilerde Sebepsiz Zenginleşme Talepleri	132
7.	Sebepsiz Zenginleşmenin Hukuki Sonuçları	133
7.1.	Genel Olarak	133
7.2	İadenin Konusu	134
7.2.1	Temel Kural : Aynen İade	134
7.2.2	Elde Edilen Yararlar ve Kaim Değer	138
7.2.3	Tali Yol: Parasal Değerin İstemi (Değerin İadesi)	143
7.2.3.1	Genel Bilgi	143
7.2.3.2	Objektif Piyasa Değerinin Esas Alınması	144
7.2.3.3	Sebepsiz Zenginleşme Konusunun Zaten Para Olduğu Durumlar	148
7.3	İadenin Kapsamı	151
7.3.1	İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşme Borçlusunun Borcunun Kapsamı	152
7.3.1.1	Zenginleşmenin Eksildiği (Düştüğü) Savunması	152
7.3.1.2	İadeye Konu Zenginleşmenin Hesaplanması	157
7.3.2	Kötü Niyetli Sebepsiz Zenginleşme Borçlusunun Borcunun Kapsamı	166
7.4	Zenginleşenin Giderleri İsteme Hakkı	170
8.	Sebepsiz Zenginleşme Talebinin İleri Sürülemeyeceği Haller	174
8.1	Genel Bilgi	174
8.2	TBK m. 78/2 hükmü ve Eksik Borçların İfası	175
8.3	TBK m. 81- Hukuka veya Ahlaka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleşmesi Amacıyla Verilenin İstenmemesi	177
9.	Zamanaşımı İtirazı	193

İKİNCİ BÖLÜM:
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN TALEPLERE
UYGULANACAK HUKUK

1.Genel Açıklamalar	199
2. Karşılaştırmalı Olarak Tarihsel Süreç, Bağlama Noktaları, Bu Süreçte Ele Alınan Yaklaşımlar	201
2.1.1 Genel Bilgi	201
2.1.2 Kıta Avrupası Hukuk Düzeni	203
2.1.2.1 Lex Loci Actus Görüşü	204
2.1.2.2 Borçlunun Şahsi Statüsü	208
2.1.2.3 Lex Fori Yaklaşım	211
2.1.2.4 Tek Bağlama Noktasının Terk Edilmesi	212
2.1.2.5 Lex Causae Conditionis Yaklaşımı	214
2.1.2.5.1 20. Yüzyılın İlk Yarısında İleri Sürülen Görüşler	214
2.1.2.5.2 Mihenk Taşı : Zweigert’ın Yaklaşımı ve Sonrasındaki Yaklaşımlar	215
2.1.2.6 Esnek Yaklaşım ve Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması	219
2.1.2.7 Sübjektif Bağlama Noktası – Hukuk Seçimi	222
2.1.3 Anglosakson Hukuku Alanında Tarihsel Süreç	226
2.1.3.1 Genel Bakış	226
2.1.3.2 Lex Loci Actus	228
2.1.3.3 Lex Causae Conditionis’e İlişkin Görüşlerin Ortaya Çıkması ve Sonrasındaki Süreçteki Yaklaşımlar	231
2.1.3.4. Şahsi Statüler	246
3. MÖHUK m. 39/1 c.1: Zenginleşmeye Sebep Olan Mevcut veya Mevcut Olduğu “İddia” Edilen Hukuki İlişkiye Uygulanacak Hukuk.....	248
3.1 Genel Olarak Vasıflandırmaya Bakış	248

3.2 Zenginleşmenin Varlığı	259
3.3 “Mevcut ya da Mevcut Olduğu İddia Edilen Hukuki İlişki”	260
3.3.1 Önmelele Olarak Dikkate Alınıp Alınmayacağı.....	260
3.3.2 Genel Uygulama Alanı ve Genel Açıklamalar	265
3.3.3 Maddi Hukukta Yer Alan Edimden Ötürü – Edim Dışı Zenginleşmeler Ayrımı MÖHUK m.39’da Kabul Edilecek Midir?	274
3.3.3.1 Alman Hukukunda “Roma I ve Roma II Tüzükleri” Öncesi Yaklaşımlar ve EGBGB 38 Hükümü	275
3.3.3.2 İsviçre Hukukundaki Yaklaşımlar	279
3.3.3.3 Roma II Tüzüğü Bağlamındaki Yaklaşımlar	284
3.3.3.4 Türk Doktrinindeki Yaklaşımlar	289
3.3.3.5 Görüşümüz	291
3.3.4 Tasarruf İşleminin Sebebe Bağlı Olup, Olmadığı (Ayni Hak Statüsünün Uygulama Alanı) Sorunsalı	296
3.3.4.1 İsviçre Hukukundaki Yaklaşımlar	300
3.3.4.2 Alman Hukukunda “Roma I ve Roma II Tüzükleri” Öncesi Yaklaşımlar	302
3.3.4.3 Roma I ve Roma II Tüzükleri Bağlamındaki Yaklaşımlar	303
3.3.4.4 Anglosakson Hukukundaki Yaklaşımlara Bakış	304
3.3.4.5 Görüşümüz	306
3.3.5 Mevcut Olduğu “İddia Edilen” Hukuki İlişki Kavramı	311
3.3.6 Hukuki İlişkinin Tarafları	321
3.3.7 Hukuki İlişkinin Tespitinde Hangi Anın Dikkate Alınacağı	323
3.3.8 Birden Fazla Hukuki İlişkinin Söz Konusu Olması	324
3.3.9 “Vernichtungsstatut” Geçersizliğe Sebebiyet Veren Statünün Hakimiyet Alanına İlişkin Açıklamalar	328
3.3.10 İrade Sakatlığı Hallerinde	334
4. MÖHUK m. 39/1 c.2: Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer	337
4.1 Genel Bilgi	337

4.2 Uygulama Alanı.....	339
4.3 Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yerin Tespiti	343
4.3.1 Genel Bilgi.....	343
4.3.2 Müdahaleden Ötürü Sebepsiz Zenginleşmenin <i>Lex Causae Condictio</i> nis Uygulaması Dışında Tutanların Yaklaşımları	345
4.3.2.1 Eşyaya Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler	345
4.3.2.2 Alacak Hakkına Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler	350
4.3.2.3 Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler	354
4.3.2.4 Diğer Müdahale Halleri	357
4.4 Bağlama Noktası Olarak Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer Hukukunun Uygun Olup Olmadığı ve Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer Hukukunun Tespiti.....	361
5. MÖHUK m. 39/2 : Sübjektif Bağlama Noktası : Hukuk Seçimi.....	368
5.1 Genel Olarak	368
5.2 MÖHUK m.39/1 c.1 Kapsamına Giren Sebepsiz Zenginleşme İstemleri Açısından Hukuk Seçimi	371
5.3 MÖHUK m.39/1 c.2 Kapsamına Giren Sebepsiz Zenginleşme İstemleri Açısından Hukuk Seçimi	378
5.3.1 Hukuk Seçiminin Sonradan Olması Şartı	379
5.3.2 Hukuk Seçiminin Açıkça Yapılmış Olması Şartı.....	384
5.3.3 Üçüncü Kişilerin Haklarının Saklı Kalması Kaydı	386
6. Atıf	387
7. Kamu Düzeni Açısından	389
8. Doğrudan Uygulanan Kurallar	389

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İKİDEN FAZLA KİŞİNİN BULUNDUĞU HUKUKİ İLİŞKİLERDE
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME TALEPLERİ VE BU
TALEPLERDE UYGULANACAK HUKUK

1. Genel Açıklamalar	391
2. Edim İlişkilerinin Birden Fazla Olması	394
2.1 Birbirini Takip Eden Edim İlişkileri (Edimler Zinciri) ve Temsile İlişkin İlişkin Açıklamalar	394
2.1.1 Maddi Hukuka İlişkin Açıklamalar	394
2.1.2 Kanunlar İhtilafı Hukukuna İlişkin Açıklamalar	398
2.2 Üç ve Daha Fazla Köşeli İlişkiler	399
2.2.1 Maddi Hukuka İlişkin Açıklamalar	399
2.2.1.1 Genel Prensiplerin Kural Olarak Bu İlişkilerde Geçerli Olması ve Genel Açıklamalar	399
2.2.1.2 Havale ve Banka Havalelerindeki İstisnalar	406
2.2.1.2.1 Havale ve Banka Havalelerinin Hukuki Nitelikleri Üzerine Bir Bakış	406
2.2.1.2.2 Havale ve Banka Havalesindeki İstisnalar ve Görüşlerimiz	418
2.2.1.3 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler'deki İstisnalar	429
2.2.1.4 Alacağın Temlikî Bakımından İstisnalar	433
2.2.1.5. Yabancı Bir Borcun İfasındaki İstisnalar	439
2.2.1.6 Üç Köşeli İlişkilerde Edimden Ötürü Zenginleşme ile Müdahaleden Ötürü Zenginleşmenin Bir Arada Olduğu Haller	448
2.2.2 Kanunlar İhtilafı Hukukuna İlişkin Açıklamalar	460
2.2.2.1 Havale ve Banka Havaleleri İlişkilerinde Sebepsiz Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk	460

2.2.2.1.1 Havale Edenle Havale Ödeyicisi Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk.....	460
2.2.2.1.2 Havale Edenle Havale Alıcısı Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk.....	461
2.2.2.1.3 Havale Ödeyicisinin Havale Alıcısına Karşı İsteminde Uygulanacak Hukuk.....	461
2.2.2.1.4 Görüşümüz	467
2.2.2.2 Akreditife İlişkin Açıklamalar.....	470
2.2.2.3 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmelerdeki Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk.....	473
2.2.2.4 Alacağın Temlikinde Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk.....	475
2.2.2.4.1 Borçlunun Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk	475
2.2.2.4.2 Temlik Alan ile Temlik Eden Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk.....	477
2.2.2.4.3 Birden Fazla Temlik Hallerine İlişkin Açıklamalar	478
2.2.2.5 Yabancı Borcun İfası Hallerine İlişkin Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk.....	479
2.2.2.5.1 Genel Açıklamalar	479
2.2.2.5.2 Üçüncü Kişinin Alacaklıya Karşı Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk.....	480
2.2.2.5.3 Üçüncü Kişinin Borçluya Karşı Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk.....	481
2.2.2.6 Kefalet ve Garanti Sözleşmelerine İlişkin Açıklamalar	482
2.2.2.6.1. Genel Açıklamalar.....	482
2.2.2.6.2. Asıl Borç İlişkisinin Geçerli Olup; Kefalet (ya da Garanti) Sözleşmesinin Geçersiz Olduğu Haller.....	483
2.2.2.6.3. Asıl Borç İlişkisinin Geçersiz Olduğu Haller	486

2.2.2.7 Üç Köşeli İlişkilerde Edimden Ötürü Zenginleşme ile Müdahaleden Ötürü Zenginleşmenin Bir Arada Olduğu Hallere İlişkin Açıklamalar.....	489
SONUÇ.....	493
KAYNAKÇA.....	508

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.e.	:	Aynı eser
AJP	:	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	:	Artikel
AY	:	Anayasa
BGB	:	Alman Medeni Kanunu
BGE	:	İsviçre Federal Mahkemesi
BGH	:	Alman Federal Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
CIC	:	Corpus Iuris Civilis
CISG	:	Uluslararası Mal Satış Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
D.	:	Digesta
E.	:	Esas
EBK	:	818 Sayılı Borçlar Kanunu
EWCA	:	England and Wales Court of Appeal
f.	:	folgende
EGBGB	:	Alman Medeni Kanuna Giriş Kanunu
eMÖHUK	:	20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
HD.	:	Hukuk Dairesi
IPRG	:	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
IPRspr.	:	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
İsv.	:	İsviçre
İsv. MK	:	İsviçre Medeni Kanunu
JZ	:	Juristenzeitung

JuS	:	Juristische Schulung
K.	:	Karar
Karş.	:	Karşılaştırınız
KK	:	5326 sayılı Kabahatler Kanunu
LAG	:	Landesarbeitsgericht
m.	:	Madde
n.	:	Numara
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	:	Oberlandesgericht
OR	:	İsviçre Borçlar Kanunu
p.	:	Paragraf
RG	:	Resmi Gazete
Rn.	:	Randnummer
s.	:	Sayfa
t.	:	Tarih
tart.	:	Tartışmalı
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Urt.	:	Urteil (Karar)
vd.	:	ve devamı
WLR	:	Weekly Law Reports
Yarg.	:	Yargıtay
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB	:	İsviçre Medeni Kanunu
ZR	:	Zivilrecht

GİRİŞ

Akit dışı borç ilişkilerinden, bir başka ifade ile “kanundan doğan borç ilişkilerinden”¹, biri de sebepsiz zenginleşmelerdir. Sebepsiz zenginleşme kurumu, Türk hukukunda olduğu gibi yabancı hukuk alanlarında yapısı itibari ile karmaşık olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Maddi hukuk alanında, birden fazla alt türü olan bu kurumun gerek uygulama alanı gerek ise uygulanması üzerine tartışmalar doktrinde² tartışılmalıdır.

Şimdilik burada kısaca bahsedecek olursak; sebepsiz zenginleşme kavramı³ Türk doktrinde de bahsedildiği üzere salt “meşru bir hukuki temele dayanmayan bir malvarlığı kayması ya da aktarımı (*Vermögensverschiebung*)”⁴ şeklinde olmayıp, bir

¹Bkz. Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 367; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 377.

² Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, s.407/ n. 1124: “ Son yüzyılda literatürde medeni hukukun bir başka alanı sebepsiz zenginleşme kadar tartışılmamıştır.” Gerçekten de Alman doktrinde *Medicus*’un bahsettiği üzere sebepsiz zenginleşme üzerinde, maddi hukuk bağlamında bir çok görüş ayrılıkları, olan bir alandır.

³ Burada belirtilmesi gereken bir husus da, gerek TBK gerek ise MÖHUK’da “sebepsiz zenginleşme” kavramı yerine, bizim de katıldığımız üzere, “haksız zenginleşme” kavramının kullanılması daha tutarlıdır. Buna mukabil, gerek başta MÖHUK olmak üzere kanunların terminolojisinde gerek öğreti ve uygulamada “sebepsiz zenginleşme” kavramı kullanıldığı için, bu çalışmada da “sebepsiz zenginleşme” kavramını kullanmayı tercih ettik. Halbu ki, *Serozan*’ın da vurguladığı üzere: “...*Şu var ki haksız zenginleşme oluşturan iktisapların gerçek anlamda –hiç sebepsiz- olduğu söylenemez. Sebebi geçersiz veya sonradan sona ermiş edimlerde gerçek anlamda bir sebep hiçliğinden(yokluğundan) söz edilemez ki.Bunun gibi , yasa gereği iktisaplarda da (bu bağlamda karışma ve birleşme yoluyla gerçekleşen edim dışı zenginleşmelerde de) dayanıksız bile olsa, şeklen bir -iktisap sebebi- (causa) mevcuttur.*” Rona Serozan, “*TBK m. 77-82*”,**İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, ed. by Rona Serozan/Faruk Acar/ M. Turgut Öza/Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu, 1. Bası, İstanbul, 2017, s.792.

⁴ a.e., s.792.

malvarlığının diğerine transferinden daha geniş alan bulmakta⁵ ve bu bakımdan sebepsiz zenginleşmenin birden fazla türü bulunmaktadır.

Maddi hukukumuzda sebepsiz zenginleşmenin iki ana tipten oluştuğunu bahsetmek yanlış olmayacaktır: Bunlar, edimden ötürü zenginleşmeler (*Leistungskondiktion*)⁶ve edim dışı zenginleşmelerdir (*Nichtleistungskondiktion*)⁷.

Edimden ötürü zenginleşmelerinin tipleri hukuki sebebin baştan eksikliği, baştan mevcut sebebin sonradan düşmesi, gelecekteki hukuki sebebin gerçekleşmemesi şeklinde; edim dışı zenginleşmeler ise müdahaleden ötürü zenginleşme, masraftan kurtulmadan ötürü zenginleşme ve borçtan kurtulmadan ötürü zenginleşme şeklindeki farklı tiplerde gerçekleşebilmektedir⁸. Bu bakımdan da, sebepsiz zenginleşme kurumu karmaşık bir yapıya sahiptir. Hele ki, üç ve daha fazla tarafın dâhil olduğu (hukuki) ilişkilerde (*Mehrpersonenverhältnisse*)⁹ sebepsiz zenginleşme kurumunun uygulaması daha da zor hal almakta ve bu bakımdan kimin kime karşı talepte bulunabileceğine ilişkin görüşler ve tartışmalar, borçlar hukukunun en zor alanlarının başlarında geldiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır¹⁰. Nitekim Türk hukukunda olduğu gibi kimi hukuklarda¹¹ gerek sebepsiz zenginleşme farklı türlerinden doğan taleplerin kendi aralarında gerek ise sebepsiz zenginleşme ile

⁵ Bkz. **a.e.**, s. 792.

⁶ Sebepsiz zenginleşme Roma hukukunda “*condictiones*” kavramı olarak sayılmaktaydı. Bu yüzden de Almanca konuşulan ülkelerin hukuklarında terminolojik olarak “Kondiktion” kelimesi haksız zenginleşme kavramına tekabül edilen şekilde kullanılmaktadır. (bkz. Christoph Hirsch, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Nomos, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018, s. 389/ n.1358.) .

⁷ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 825.

⁸ Rona Serozan, **a.g.e.** , s. 825.

⁹ Türk doktrininde, Serozan tarafından “üç köşeli ilişkiler” terimi kullanılmıştır. **a.e.**, s. 810.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**,s. 407.

¹¹ Örnek olarak Alman Hukuku, İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku... Buna karşılık olarak Fransız hukukunda haksız fiil varsa sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez. Bir başka ifade ile sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak taleplerin yarışması Fransız Hukukunda mümkün değildir. (Peter Huber/Ivo Bach, Art. 10 Rome II , **Rome II Regulation Pocket Commentary**, ed. by. Peter Huber, Sellier European Law Publishers, München, 2011,s.288.)

diğer borçlar hukuku kurumlarından doğan taleple, örneğin haksız fiil, ile aralarında taleplerin yarışması “*Anspruchskonkurrenz*” söz konusu olabilmekte ve bu husus da ayrıca birçok tartışmaya gebe olmaktadır.

Maddi hukuktaki bu karmaşıklığa rağmen, yabancı kaynaklarda da bahsedildiği üzere, borçlar hukukunun en karmaşık ve tartışmaların bu derece başta olduğu bu kurumun kanunlar ihtilafı hukuku açısından bu derece tartışıldığını söyleyemeyiz¹². Hele ki, Türk doktrinde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından yeterli tartışma ve incelemenin olduğunu söyleyemek mümkün değildir.

Maddi hukuk kuralları bakımından, bu tez çalışmasında da ayrıca irdeleneceği üzere aslen karmaşık bir yapıya ve kendi içerisinde değişik türlere sahip olan bu kuruma ilişkin yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflarda uygulanacak hukukun hangi devlet hukukunun olmasının gerektiği de, söz konusu kurumun karmaşık yapısı sebebiyle aslında detaylı bir inceleme gerektirmektedir. Kanunlar ihtilafı normlarının bu karmaşık yapıyı tam karşılayıp karşılamadığı da başlı başına bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır^{13 14}.

¹²Daniel Busse, **Internationales Bereicherungsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s.3; Martin Seybold, **Die ungerechtfertigte Bereicherung auf internationaler Ebene**, 1. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2004, s. 17 ; George Panagopoulos, **Restitution in Private International Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000, s.1. Hemen belirtmemiz gerekir ki, Türk-İsviçre sisteminde kaynak azlığının –maddi hukuk açısından da- temel sebebi, Türk-İsviçre borçlar hukuku sisteminde taşınmazlarla birlikte taşınırlara ilişkinde “sebebe bağlılık” prensibinin hakim görüş olmasıdır. Şöyle ki, borçlandırıcı işlemin geçersiz olduğu durumlarda, “sebebe bağlılık” gereği tasarruf işlemi de geçersiz olacağından, edimde bulunan halen malik olacağından, onun iade istemi istihkak talebine dayanacaktır. Buna mukabil, “sebepten soyutluk” prensibinin hakim olduğu Almanya’da doktrindeki kaynaklar çok daha fazladır. Anglo-sakson hukuku kaynakları da göreceli az olup; bunun sebebi de aşağıda belirttiğimiz üzere sebepsiz zenginleşme kurumunun ayrı bir borç kaynağı olarak kabul edilmesi Roma Hukukuna dayanan “Civil Law” sistemine nazaran çok daha yenidir.

¹³ Örneğin sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının yer aldığı Roma II Tüzüğü’nde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olan 10. Madde hükümlerinin tam karşılamadığı belirtilmiştir. (bkz. Andreas Spickhoff, “Art. 10 Rom II-VO”, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, ed. by Heinz Georg Bamberger/ Herberth Roth, Verlag C.H., München, 2012,s.2619;

Bilindiği üzere, milletlerarası özel hukukun en temel amaçlarının başında gelen milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, hukuki ilişki veya olayın niteliğine göre objektif olarak seçilecek en sıkı irtibatlı hukukun uygulanması ile sağlanır¹⁵. Peki sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak en sıkı irtibatlı hukuk nasıl tespit edilecektir? Ya da karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında farklı hukuk nizamlarında bir hayat ilişkisinde meydana gelen iade taleplerinin farklı olarak vasıflandırılması karşısında ne gibi vasıflandırma problemleri ortaya çıkmaktadır? Sebepsiz zenginleşme tiplerinin her biri açısından, bu tipler arasındaki farklılıklar gözetilmeksizin ortak bağlama noktalarından hareketle uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidilmesi doğru bir yöntem midir? Üç veya daha fazla taraf arasında gerçekleşen sebepsiz zenginleşmeye dayalı hukuki ilişkilerde uygulanacak hukuk milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti doğrultusunda nasıl tespit edilmelidir? İşte bu tarz problemlerin kanunlar ihtilafı alanında irdelenmesi gereklidir ve bu bakımdan bu çalışmada ayrıntılı olarak bu sorunların üzerinde durulacaktır.

Unutulmamalıdır ki, sebepsiz zenginleşme kurumunun maddi hukuk açısından tarihsel gelişimi ve bununla birlikte kanunlar ihtilafı hukukunda sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak hukuka ilişkin tarihsel süreçteki yaklaşımlar

Peter Huber/Ivo Bach, Art. 10 Rome II , **Rome II Regulation Pocket Commentary**, ed. by Peter Huber, Sellier European Law Publishers, München, 2011,s.288.)

¹⁴ Roma II Tüzüğü'nde üç ve daha fazla tarafın dâhil olduğu sebepsiz zenginleşmeye dayalı hukuki ilişkiler hakkında da hüküm yoktur. (Karsten Thorn, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, C.H. Beck, 2018, s. 2847/ n.9. Nitekim MÖHUK'da da durum böyledir.

¹⁵ “Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti” kavramı hakkında geniş açıklamalar için Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s.14 vd. ; Cemal Şanlı/Emre Esen/ İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 ,s .24-25; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık,**Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 25; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 164 vd. ; Faruk Kerem Giray, “**Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi**”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, sa.1, , İstanbul, 2012 s.555 vd.

pek bir önem arz etmektedir. Tarihsel süreci ele alınırken aynı zamanda mümkün olduğu kadar karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak bu çalışmamızdaki amacımızı gerçekleştirebilmemiz adına büyük önem arz etmektedir. Zira bir kurumun arkasındaki tarihsel süreç dikkate alınmazsa o kurumun ortaya çıkış ve gelişiminin ardında yatan hukuki amaç tam anlamıyla kavranılamaz. Ayrıca kanunlar ihtilafı hukukunun gelişimi açısından da karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak elzemdir ve aynı hukuki meselelere ilişkin olarak farklı hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi bilhassa “vasıflandırma problemlerinin” çözümüne yardımcıdır.

Öte yandan maddi hukuku ayrıntılı olarak ele almamızın gerekliliğini de aşağıdaki gerekçelerle burada belirtmemiz gereklidir: 1) Maddi hukukta sebepsiz zenginleşme kurumunun farklı tiplerden oluşması ve bunların gerek kendi aralarındaki ayrımın gerekse sebepsiz zenginleşme istemlerinin diğer borç kaynakları ile ilişkilerinin çok tartışmalı olması, bu tiplerde ayrı olarak hangi menfaatlerin ön planda olduğunun tespitinin anlaşılması gerektiği, 2) Karşılaştırmalı hukukta sebepsiz zenginleşme ile aynı fonksiyona sahip ve kimi zaman da hukukumuzda yabancı olabilecek hukuki enstrümanların varlığı (tipik örnek Anglosakson hukukunda kabul gören “*Constructive Trust*” kurumu¹⁶).

Bu gerekçeler ışığı altında ilk bölümde temel hatlarıyla maddi hukukta sebepsiz zenginleşme kurumu incelenmiştir. İkinci bölümde ise sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk, hem Türk hukuku hem yabancı hukuklar alanında ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise üç ve daha fazla tarafın dâhil olduğu ilişkiler açısından sebepsiz zenginleşme ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk üzerinde durulacaktır.

¹⁶ bkz İkinci Bölüm 2.1.3.3’te yer alan açıklamalar.

BİRİNCİ BÖLÜM : MADDİ HUKUKTA SEBEPSİZ ZENGINLEŞME

1. Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Tarihçesine Bir Bakış

1.1 Roma Hukukunda “Sebepsiz Zenginleşme” Kurumunun Tarihçesine Bir Bakış

Yukarıda giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, “sebepsiz zenginleşme” akit dışı borç ilişkilerinin bir bölümünü oluşturmaktadır. Akit dışı borç ilişkileri açısından, ayrı bir borç doğuran bir kurum olarak sebepsiz zenginleşmenin tarihsel süreçte ne zaman ve ne şekilde kullanıldığını irdelememiz konuyu anlaşılır hale getirmek adına önem teşkil etmektedir.

Roma hukuk tarihine bakıldığında cumhuriyet döneminin son yüzyılına kadar sistematik olarak borcu doğuran hukuk kurumlarının ayrıştırılmadığı gözlemlenmektedir ve sistemleştirmeye *Cicero* tarafından çabalanmıştır¹⁷. İmparatorluk döneminde ise, bu sistemleştirme çabaları daha da hız kazanmıştır. *Gaius*’un *Institutiones*’inde de bu çaba adeta ete kemiğe bürünmüş olup; borçlar doğum sebeplerine göre ayrılmıştır. *Gaius*’un söz konusu eserinde¹⁸, açıkça borçların iki temel doğal kaynağı olarak sözleşmelerden (modern hukuktaki konsensüsün varlığı şartından daha geniş olarak)ya da haksız fiillerden (cürümlerden) doğduğu kaleme alınmıştır^{19 20}. Klasik Roma hukuku döneminde

¹⁷Bkz. Egbert Paul Degner, **Kollisionrechtliche Probleme zum Quasikontrakt**, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1984, s. 2 vd.

¹⁸ *Institutiones*, 3. Kitabı, 88. Kısım

¹⁹Francis de Zulueta , **The Institutes of Gaius. Parts One and Two. Text with Critical Notes and Translation**,<http://legalhistorysources.com/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm> (çevirimiçi) 10 Haziran 2018 : “Let us now pass to other obligations, the principal division of which is into two classes, for every obligation either arises from a contract, or from an offence.” ;

²⁰ Yalnız burada belirtilmesi gereken, sözleşme kavramının *Gaius* tarafından *Institutiones*’inin ikinci kitabında belirtildiği üzere, günümüz modern hukukun aksine salt olarak tarafların birbirlerine uygun

ayrıca, *Gaius*'un sözleşme kavramını ele alış methodundan farklı olarak, günümüz sözleşme kavramı gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığının arandığı görüş ayrıca mevcuttu²¹.

Roma Hukuku kaynaklarında da görüleceği üzere ne *Gaius* ne de *Iustianus* tarafından, sebepsiz zenginleşme, açık bir şekilde borç doğuran bir kaynak olarak belirtilmemiştir²². Buna karşılık ise, *Pomponius* tarafından somut biçimde kimsenin başkası hilafına zenginleşemeyeceği kuralı yazılı olarak vurgulanmıştır^{23 24}. (D. 50. Kitap, 17, 206) Kimsenin bir başkası zararına ve haksız olarak zenginleşmemesinin hakkaniyet gereği olduğu şeklinde formülize edilen bu hüküm, Roma hukukçuları tarafından sebepsiz zenginleşme kurumunun ayrı bir borç doğuran kavram olarak ele alınması şeklinde anlaşıl(a)mamıştır²⁵. Bu bakımdan, yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Gaius*'un yaptığı ikili ayrıma karşılık, sebepsiz zenginleşme kurumunun sistematik olarak diğer bir borç doğuran sebep olarak kabul edilmesi hukuk tarihinde daha sonradan gerçekleşmiştir.

karşılıklı iradelerinin bir araya gelmesi şeklinde sınırlanmayıp, tarafların kusur içermeyen meşru olan ama aynı zamanda yükümlülük doğuran tüm eylemleri kapsayacak şekilde kullanmıştır. (bkz. Egbert Paul Degner, **a.g.e.**, s. 3.) Ayrıca yazar tarafından aslında bu ayrımın, mö. 4. yüzyılda yaşayan Yunan filozof Aristoteles tarafından ilk olarak yapıldığı ve klasik dönem Roma hukukuna katkıda bulunmuş olduğu da ifade edilmiştir. (bkz. Egbert Paul Degner, **a.g.e.**, s. 3.)

²¹ Scott Samuel. P. , *The Civil Law IV*, Cincinnati, 1932 https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D2_Scott.htm#XIV (çevirimiçi) 10 Haziran 2018 , (Digesta 2. Kitap ,14. Başlık, 1, 3.)

²² Feenstra Leyden R. , " Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz Zenginleşme Dogmatigi" (çev. Karadeniz, Özcan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 1972, s. 311.

²³ **a.e.**,s. 311.

²⁴ Scott Samuel. P. , *The Civil Law IV*, Cincinnati, 1932 https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D50_Scott.htm#XVII (çevirimiçi) 11 Haziran 2018 : "It is but just, and in accordance with the Law of Nations that no one, by the commission of an injury, can be enriched at the expense of another."

²⁵ Feenstra Leyden R. , **a.g.e.**, s.310.

Gerçi "başlangıçta, eski Roma Hukukunun legis actio yargılama usulü sisteminde, özel bir yargılama biçimi olarak ortaya çıkan"²⁶"*condictio*" lar, sebepsiz zenginleşme kavramının kaynağını oluşturmaktadır. (Bu husustan ötürüdür ki, kimi kıta Avrupası -Almanya, Avusturya, İsviçre gibi- ülkelerinde sebepsiz zenginleşme davaları bu latince terimden türetilerek terminolojide yerini bulmuştur.) Ama bu husus "*condictio*"ların sebepsiz zenginleşme kurumunun başından itibaren ayrı bir borç kaynağı olarak sistemleştirildiği anlamına gelmemektedir. Nitekim klasik devirde *condictio* dar bir hukuk davası olarak kabul edilmiş; zenginleşme iktisap oranından fazla olsa bile ancak haksız elde edilen bir mal (*certa res*) veya belli bir miktar paranın (*certa pecunia*) geri istenebileceği kabul edilmiştir²⁷²⁸. Bir başka ifade ile, klasik devirde "*condictio*" alanına sebepsiz zenginleşme kavramı adı altında istenilen taleplerin tümü girmemekteydi²⁹. Şöyle ki, klasik devir Roma Hukuku anlayışında, "*condictio*" dar hukuk davası olarak kabul edilerek, zenginleşmeden ziyade haksız elde edilen mal "*certa res*" ya da belli miktardaki para "*certa pecunia*", zenginleşmesinin iktisap oranından fazla olmayacağı şekilde istenebilmekteydi³⁰. Sebepsiz iktisap, bu devirde ödünç akdine benzetilerek³¹, sözleşme benzeri "*Quasi-Contract*" olarak kabul edilmiş ve sebepsiz olarak³² mülkiyetin nakli şart olarak aranmıştır³³. *Gaius*'un "*Institutiones*"inde 3. şerh 91. paragrafta bu husus açıkça

²⁶ Feenstra Leyden R. , **a.g.e.**, s.314.

²⁷ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 276 vd. " Sebepsiz iktisap ödünç akdine benzetilerek akit benzei sayılmıştır. Nitekim verilen ödünçü geri almak için açılan dava da 'condictio'dur."

²⁸ Aynı yönde, Ulrich von Lübtow, **Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht**, Berlin,1951, s.35.

²⁹ Fritz Schwarz, **Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht**, Münster, 1952, s.2.

³⁰ Pretor hukuku ius civile'deki dar anlayışı düzeltmiş; sebepsiz zenginleşmenin belli tiplere göre ayrıştırılması ise Iustinianus zamanında olmuştur bkz. Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 278; ayrıca bkz. Ulrich Loewenheim, **Bereicherungsrecht**, München, 2007, s.3.

³¹ Hans Josef Wieling, **Bereicherungsrecht**, Heidelberg, 2006, s. 1.

³² Fritz Schwarz, **a.g.e.**, s.17.

³³ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 276 - 277 .

ifade edilmiştir³⁴. D. 12,6,1'de³⁵ ise, eğer biri hukuki sebep olmadan³⁶- bilemeyerek- bir şeyi ifada bulunursa, bu dava yoluyla geri isteyebilir, şeklinde ifade edildiğinden bu husus açıkça anlaşılmaktadır³⁷. Anlaşıldığı üzere, yanlışlıkla yapılan ifa sonucu mülkiyetin nakli geçmiş ise, malik olunmadığından artık mülkiyete dayalı bir dava ikame edilemeyecek, şahsi hakka dayanan bir dava olarak olarak "*condictio*" ileri sürülebilecektir³⁸. Eğer ifada bulunan, kendisinin borçlu olmadığını ya da ifada bulunma yükümünün bulunmadığını bilerek veya alacaklının def'i ileri sürebilecekken süremediği durumda ifada bulunmuş ise bu dava yoluna başvuramayacaktır³⁹.

Klasik devirde yer alan dar anlayış yerini, post-klasik devirde "*condictio*"nun daha geniş ele alınması anlayışına bırakmış; bunun sonucunda, değişik türler oluş(turul)muştur⁴⁰. "*Condictio*" türlerinin tasnifi ise nihayet *Iustinianus* hukukunda olmuştur⁴¹.

³⁴ <http://thelatinlibrary.com/law/gaius3.html>, (çevirimiçi) 11 Haziran 2018: " *He also who received something that was not due from a person who paid him through mistake, is liable under a contract of this description, for a personal action can be brought against him under the formula, "If it appears that he was required to give"; just as if he had received the property as a loan for consumption. Hence certain authorities hold that a ward or a woman to whom payment was made of something which was not due, through mistake, and without the authority of his or her guardian, is not liable to a personal action; any more than they are for a loan for consumption. This species of obligation does not, however, appear to arise from a contract, for a party who gives with the intention of paying a debt, rather desires to discharge an obligation than to incur one.*"

³⁵ https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D12_Scott.htm#VI, (çevirimiçi) 11 Haziran 2018 : " *And, indeed, if anyone ignorantly pays what is not due, he can recover the same by means of this action; but if he paid it being aware that he did not owe it, an action for its recovery will not lie.*"

³⁶ Berthold Kupisch, **Ungerechtfertigte Bereicherung-Geschichtliche Entwicklungen**, Heidelberg, 1987, s.4.

³⁷ Bülent Tahirolu, **a.g.e.**, s. 279 : bkz. dipnot 309.

³⁸ Fritz Schwarz, **a.g.e.**, s.65 ; ayrıca bkz. Berthold Kupisch, **a.g.e.**, s.2.

³⁹ **a.e.**, s.65.

⁴⁰ Bülent Tahirolu, **a.g.e.**, s. 279.

⁴¹ Burada hatırlatmak gerekir ki; "sözleşme benzeri borç ilişkileri" ayrımının Corpus Iuris Civilis(CIC) - Institutiones'te (Inst.) 3. Kitap 27. başlığında açıkça yapılmıştır. (Degner, **a.g.e.**, s.4)

İlk sebepsiz zenginleşme kurumu olarak "*Condictio Indebiti*"den bahsedebiliriz. Bu "*condictio*" türü borç olunmayan şeyin ödenmesine dayanmaktadır⁴². Yukarıda ifade edildiği üzere borç olunmayan konunun ifası hallerinde bu dava türü kabul edilmiştir. Bu dava, hata sonucu kendini borçlu sanarak, bir miktar paranın veya eşyanın mülkiyetinin devrinde söz konusu olmaktadır. Bu davada, "*exceptio doli*"⁴³ ile güçlendirilen kendini borçlu sanan davacının; borçlu olmadığına ilişkin savıyla verdiği iade istemesi söz konusudur⁴⁴. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, mülkiyetin naklinden ötürü, yanlışın öğrenilmesi "*rei vindicatio*" açılmasını hata ile ifade bulunanın artık malik olmadığından dolayı engellemekteydi ve böylece ancak ve ancak şahsi bir hakka dayalı dava, "*actio in personam*"⁴⁵ olarak "*condictio indebiti*"ye dayanılması mümkündür⁴⁶. Hem verenin hem de alanın hata etmiş olması gerekmekte olup; alacaklının iyi niyetli olmadığı hallerde alacaklı, haksız fiilden doğan bir dava olan "*condictio furtum*"dan dolayı sorumlu olmaktadır⁴⁷.

"*Condictio causa data causa non secuta*", (ya da "*Condictio ob Rem*") ise başlangıçta mevcut olan sebebin sonradan gerçekleşmemesi halindeki iade istemine ilişkindir. Edimini ifa eden taraf karşı edimini dava konusu yapamadığı için bu

Ayrıca CIC Inst. 3. Kitap, 13. başlık 2. paragrafında: Yükümlülüklerin sözleşmelerden, haksız fiillerden, sözleşme benzerlerinden, ve haksız fiil benzerlerinden doğduğu kaleme alınmıştır.

⁴² Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 277.

⁴³ https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D46_Scott.htm#III, (çevirimiçi) 11 Haziran 2018: D. 46, 3 ,94 "Where anyone to whom a debtor has paid money belonging to another continues to demand payment of what is due him while the said money is in his hands, and does not offer to return what he has received, he will be barred by an exception on the ground of fraud." ; Ayrıca bkz. Ulrich von Lübtow, **a.g.e.**, s.44.

⁴⁴ Fritz Schwarz, **a.g.e.**, s.49; bkz. Berthold Kupisch, **a.g.e.**, s.7.

⁴⁵ Berthold Kupisch, **a.g.e.**,s.5.

⁴⁶ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 278 ; Berthold Kupisch, **a.g.e.**, s.5.

⁴⁷ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 279.

condictio türü kabul edilmiştir.⁴⁸ Örneğin, D.12.4.1'de ahlaka mugayir olmayan bir iş için bir para ödenmiş, (örneğin oğlanın özgür bırakılması veya kölenin azad edilmesi ya da davadan feragat edilmesi için) (D. 12.4.1 ve 12.4.3)⁴⁹, o iş gerçekleştirilmiş ise ödenen para için dava açılmayacağı kaleme alınmıştır. Evlenme amacıyla yapılan ödemenin sonrasında evlenme gerçekleşmediği halde geri alınması yine bu *condictio* ile istenilebilmekteydi (D. 12.4.6 ve 12.4.10.)⁵⁰. Eğer karşı edim gerçekleşirse, bu "*condictio*"ya başvurulamazdı, nitekim D. 12.4.1'de bu husus açıkça yazılmıştır⁵¹. TBK m. 81 c.1 (İsviçre Borçlar Kanunu m. 66) hükmü bu *condictio* türünden vücut bulmuştur⁵².

Ahlaka veya hukuka aykırı temel-sebepten dayalı iade istemi ise TBK m. 81 hükmünün kökenini oluşturan "*Condictio Ob Turpem (Vel Iniustam) Causam*"a dayanmaktadır. Yalnız burada belirtilmesi gerekmektedir ki, bu *condictio Iustianus* zamanında ayrı bir tür olarak ele alınmıştır. (D. 12.5; C. 4.7; C.4,9)⁵³. Buna karşılık ise, daha evvelinde bu *condictio* türü "*Condictio causa data causa non secuta*"nın iki istisnai hali olarak görülmekteydi: İlk istisna olarak, edimin hukuki veya ahlaki temellerden ötürü kesinlikle alınmasına izin verilemediği sürece, karşı edimin gerçekleştirilmiş olması ve haksız fiilin gerçekleşmemesi ya da zaten hukuka uygun bir eylemin gerçekleştirilmesi için edimde bulunulduğu durumlarda bunun iadesi söz konusu olmaktadır⁵⁴. Diğer istisna ise, hukuka veya ahlaka aykırı olduğundan dolayı bulunulmaması gereken edime karşılık gerçekleştirilmesi beklenen –hukuka veya ahlaka aykırı - karşı edimin gerçekleşmemesi durumunda, iadenin istenemeyeceğidir. D.12.5.4'de, örnekler verilerek fuhuş amacıyla yapılan ödemenin geri istenemeyeceği ya da hırsızın yakalanmamak için para ödemesi halinde iki

⁴⁸ Yves Rüedi, "Artikel 66 OR", **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, ed. by Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, Bern, 2011, s. 19.

⁴⁹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, (çevirimiçi) 12 Haziran 2018.

⁵⁰ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, (çevirimiçi) 12 Haziran 2018.

⁵¹ Yves Rüedi, **a.g.e.**,s.19.

⁵² Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 280.

⁵³ Yves Rüedi, **a.g.e.**,s.20; Berthold Kupisch, **a.g.e.**, s.14.

⁵⁴ Yves Rüedi, **a.g.e.**,s.20.

tarafında ahlaka aykırılıktan dolayı kusurlu olduklarından ötürü verilen edimin geri istenemeyeceği kaleme alınmış olmakla birlikte; genel bir ifade ile sadece edimi alan tarafın kusurlu olduğu durumlarda ise edimin iadesinin istenebileceği, örneğin kişinin kendisine zarar vermemesi için bir kişiye vermiş olduğu edimi iade isteyebileceği kaleme alınmıştır. (D. 12.5.4.2.) Aynı şekilde D.12.5.1.2'de de edimi alanın sadece ahlaka aykırılıktan dolayı kusurlu olduğu durumda bunun iadesinin istenebileceği yazılıdır⁵⁵. Diğer istisnai hal ise, hukuka veya ahlaka aykırı bir eylemin gerçekleştirilmesi için verilen edimin istenemeyeceğidir⁵⁶. Örneğin, D.12.5.3'te hukuka aykırı bir kararın verilmesi için hakime ödenen paranın iadesinin mümkün görülmemekte olduğu yazılıdır⁵⁷.

"*Condictio ob causam finitam*" ise, mülkiyetin naklinde var olan sebebin sonradan ortadan kalkması durumunda açılan *condictio* türüdür⁵⁸. Örneğin hata ile yanılanın sözleşmeyi iptal etmesi sonucunda, edimde bulunmuş ise bu dava türü ile geri istemde bulunabilir.

"*Condictio Furtiva*" ise, hırsız çaldığı malın mülkiyetini kazanamamasına rağmen, zilyedi olmasından dolayı malında artış meydana geldiği için, ona karşı açılan çalınan şeyin iadesi veya zararın tazminine dayanan dava türü olmakla birlikte, *rei vindicatio* ile "*condictio*"nun bir arada bulunamayacağı kuralının istisnasıdır⁵⁹. Bunun temelinde hırsıza karşı açılan her davanın caiz olduğu

⁵⁵ https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D12_Scott.htm#V (çevirimiçi) 11 Haziran 2018: ayrıca karşılaştırılması gerekir ki Ayrıca, C.4.7.4 sözleşmeye taraflarca riayet edilse dahi her iki tarafın da kusuru olduğu durumlarda tarafların ödediklerinin istenebileceği kaleme alınmıştır. (bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ4_Scott.htm#7 (çevirimiçi) 12 Haziran 2018.

⁵⁶ Yves Rüedi, **a.g.e.**, s.20.

⁵⁷ https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D12_Scott.htm#V (çevirimiçi) 12 Haziran 2018.

⁵⁸ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 282.

⁵⁹ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 281.

anlayışıdır ve malın telef olması, ya da hırsız ölmesi halinde mirasçılara karşı açılabilmesi gibi durumlarda önem kazanmaktadır⁶⁰.

"*Condictio Sine Causa*", ise *Iustianus* zamanında genel nitelik ile gerekli tüm haller için kullanılması amacıyla - belirlenen koşulların gerçekleşmemesi ihtimaliyle uygulanamayacak olan durumlar için- öngörülen bir dava olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. Hukuki bir sebep olmaksızın gerçekleşen iktisabın tüm halleri için bu dava açılabilmekteydi⁶². Bu dava türünün, Medeni Kanun'un eşya hukukunda yer alan bir çok hükme etkisinin olduğu da yadsınamaz bir gerçektir (MK m.775,776 vs.)⁶³.

Görüldüğü üzere, sebepsiz zenginleşme Roma hukukunda "hakkaniyet düşüncesi"ne (*Billigkeitsgedanke*) dayanmaktadır⁶⁴ ve bugün dahi kimi yazarlarca Alman literatüründe yer aldığı üzere kaynağını dürüstlük kuralından aldığı belirtilmektedir⁶⁶. Tabi bu durum; sebepsiz zenginleşmenin, soyut değer yargılarına ya da sosyal adalet düşüncesine dayandığı ve yürürlükteki hukuk düzeninin -pozitif hukukun- değer yargılarına dayanmadığı anlamına gelmez⁶⁷. Serozan'ın kaleme aldığı üzere sebepsiz zenginleşme, "*Toplumsal adaletsizlikleri düzeltmeye gücü yetebilecek tılsımlı bir değnek değildir...*"⁶⁸.

⁶⁰ bkz. a.e.,s. 281. ayrıca bkz. Nilgün Dinçer Araz, "**Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursum actionum) Genel Bir Bakış**", T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan-Özel Sayı, Cilt 23" İstanbul, 2017, s. 265; Belgin Erdoğmuş: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2014, s. 137.; Ernest Metzger, "Actions", **A Companion to Justinian's Institutes**, Ed. By. Ernest Metzger, New York, 1998, s.225.

⁶¹ Bülent Tahiroğlu, a.g.e., s. 282.

⁶² Bülent Tahiroğlu, a.g.e., s. 282: "...başkasına ait parayı ödünç alan kimse, bu paranın kendi parasıyla karışması sonucunda onun mülkiyetini elde ediyor."

⁶³bkz. Rona Serozan, "*TBK m. 77-82*",**İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, s.799.

⁶⁴ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, München, 2017, s. 389 (n. 1011).

⁶⁵ Aşağıda belirttiğimiz üzere, bu düşüncenin 20. yüzyıla kadar devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁶⁶ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, München, 2017, s. 389 (n. 1011).

⁶⁷ Rona Serozan, "*TBK m. 77-82*",**İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, s.798.

⁶⁸a.e.,s.798.

Yukarıda ifade edildiği üzere Roma hukukunda da hakkaniyet düşüncesine dayandığı söylenebileceğinden dolayı, tıpkı modern hukukumuzda olduğu üzere, iyi niyetle sebepsiz zenginleşen elinde kalanı vermekle yükümlüdür^{69 70}.

Gerçekten de, klasik dönem sonrası ele alınan türler, bugün dahi modern düzenlemelerde yerlerini bulmuştur⁷¹.

1.2.Roma Hukuku Sonrası Dönemde Sebepsiz Zenginleşmenin Tarihsel Gelişimine Bir Bakış

11. ve 12. yüzyılda Kıta Avrupası'nda, Kuzey İtalya'da gerçekleşen *Iustianus*'un derlemesinin canlanması olarak tabir edilen devirde "*condictio*"nun hakkaniyet düşüncesine dayandığı ifade edilmesine rağmen⁷², buna karşılık modern kodifikasyon hareketlerinden evvel Kıta Avrupası'nda zenginleşme yasağının asıl olduğu, sebepsiz zenginleşme kurumunun da asıl olan zenginleşme yasağından kaynaklandığı ifade edilmiştir⁷³. Buna rağmen, modern hukuk düzenlemelerinden evvel, sebepsiz zenginleşme türlerinin Kıta Avrupası hukukçularınca ayrı ayrı ele alındığı belirtilmektedir⁷⁴.

Bugün modern Kıta Avrupası hukukundaki sebepsiz zenginleşme kurumuna ilişkin düzenlemeler köklerini ağırlıklı olarak 19. Yüzyıl hukukçusu *Savigny* tarafından geliştirilen düzenlemeden almaktadırlar. *Savigny*, "*System des heutigen römischen Rechts*" adlı eserinde yukarıda ifade ettiğimiz klasik sonrası dönemde yer alan türleri ele almış, fakat bunları temel bir prensip olarak geniş bir ifade ile "*bir*

⁶⁹ Bülent Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 283.

⁷⁰ Krş. bkz. TBK m. 79 I ve 79 II Bu hususlara aşağıda değineceğiz. Bkz. Birinci Bölüm başlık no. 7..3 “İadenin Kapsamı”.

⁷¹ Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.4.

⁷² Berthold Kupisch, **a.g.e.**, s.30.

⁷³ **a.e.**,s. 31.

⁷⁴ **a.e.**,s. 32 vd.

malvarlığının diğer bir malvarlığının azalmasına bağlı olarak ve ortada bir temele dayanmaksızın ya da temelin sonradan ortadan kalmasıyla artması"⁷⁵ olarak ifade etmiştir⁷⁶. Savigny , tüm sebepsiz zenginleşme türlerinin uygulanmasının temel şartının bu olduğu 19. yüzyılda ifade edilmiştir⁷⁷. Ortak bir temel şart olarak bu hususunun belirtilmesinde, Savigny'nin özel hukukta borç ilişkilerinin kaynağının temeli olarak ele aldığı "herrschaft" (hakimiyet) prensibi olduğu ortadadır⁷⁸. Savigny'e göre, borç ilişkileri şahıslar arasında bir anlamda tabiiyet bağı oluşturmakta ve şahıslar arasında bir anlamda şahsi bir mahkumiyet bağı ortaya çıkmaktadır⁷⁹. Savigny, zenginleşmenin bir kişinin malvarlığından diğerine kayma olmasının (*Vermögensverschiebung*) malvarlığı eksilenin iradesine bağlı olduğunu, bunun da malvarlığı kaymasının sebebi (*die causa der Vermögensverschiebung*) olduğunu belirtmiş; bu iradenin meşru olmaması durumunda da, *condictio*'nun doğacağı sonucuna varmıştır⁸⁰. İşte bu teori, sebepsiz zenginleşme kurumunun tarihi süreçte, uzun bir müddetçe salt olarak malvarlığı kayması temelinde tasfir edilmesine sebebiyet vermiştir⁸¹. Nitekim, Alman hukukunda da Savigny'nin bu tasfiri en başlarda etkisini göstermiş ve bu tasvire 1887 tarihli ilk Medeni Kanun taslağında dahi yer verilmiştir⁸². Fakat yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Roma hukukunda klasik

⁷⁵https://opacplus.bsb-muenchen.de/metaopac/singleHit.do?methodToCall=showHit&curPos=1&identifier=100_SOLR_SERVER_1449138601&showFulltextFirstHit=true (çevirimiçi) 16 Haziran 2018.

⁷⁶ Ulrich Loewenheim, **a.g.e.** , s.4.

⁷⁷Günümüzde bu ifade, sebepsiz zenginleşme kurumunda "müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme" kurumuna uygun düşmez. bkz. Serozan, "TBK m. 77-82", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, s.792: ".Genelde, meşru bir hukuki temele (sebebe) dayanmayan bir malvarlığı kayması ya da aktarımı (*Vermögensverschiebung*) olarak sunulur haksız zenginleşme olgusu. Oysa, açıklanacak nedenlerle yetersiz kalır bu transfer "teşbihi" Bir malvarlığından başkasına transfer tablosunun çerçevesi, haksız zenginleşme olgularının tümünü, özel olarak "müdahaleden ötürü zenginleşme" olgularını kucaklamaz. "

⁷⁸ Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.5.

⁷⁹ Kasım Akbaş, "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 74, Sayı 1 , İstanbul, 2016, s. 54.

⁸⁰ Ulrich Loewenheim , **a.g.e.**, s.5.

⁸¹bkz. dipnot 70.

⁸² Ulrich Loewenheim , **a.g.e.**, s.6.

dönem sonrası şekillenen *condictio* türlerinin ayrıca ele alınmadan salt genel bir tasfir olarak ele alınıp alınamayacağı, Alman doktrinde tartışılmış ve bunun sonucunda Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) temel şart ele alındıktan sonra özel diğer türlerin ele alınması yoluna gidilmiştir. 1900 yılında yürürlüğe giren BGB'nin 812. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde, temel bir tasvir yapılmış; *sebepsiz zenginleşme borçlusunun bir başkasının edimi sonucu ya da özel olarak bir başkasının masrafından hukuki temelden yoksun olarak bir şey alanın, aldığı o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu* yazılmıştır. Görüleceği üzere BGB sisteminde temel bir şart olarak bu cümle konulmuş; akabinde ise aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise; *bu geri verme yükümünün ayrıca, hukuki sebebin sonradan düşmesi ya da hukuki bir işlemin içeriğine göre belirlenen edim ile hedeflenen sonucun gerçekleşmemesi durumunda da doğacağı* ele alınmıştır. İşte görüleceği üzere sistematik olarak söz konusu fıkranın ikinci cümlesinde "*condictio ob causam finitam*" ve "*condictio causa data causa non secuta*" ayrıca tasfir edilmiştir. Ayrıca, "*condictio ob turpem causam*" da söz konusu kanunun 817. maddesinde ayrıca tasfir edilmiştir⁸³.

Nitekim, tarihsel süreçte 19. yüzyılın sonlarında, ekonomik ve sosyal gelişmelerden doğan problemler sebepsiz zenginleşme kurumu çerçevesinde tartışılmış; bilhassa Alman literatürü tarafından Savigny'nin yukarıda ifade edilen sebepsiz zenginleşme kurumunu *salt malvarlığı kayması ekseninde* ele alan sistem eleştirilmiştir⁸⁴.

Bir çok görüş içerisinde temel olarak iki ayrı doktrin ekseninde tartışmalar günümüze kadar devam etmiştir; bunlardan ilki, Savigny'nin daha önceki yüzyıl yaptığı aksine, temel olarak tüm sebepsiz zenginleşmenin tek bir potada altında toplanmasının mümkün olmadığını ele almaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, doğal olarak sebepsiz zenginleşme türlerinin şartları farklı olmaktadır ve mal varlığı kayması olmadan da pekala sebepsiz zenginleşme gerçekleşebilecektir. Dikkat edilecek olursa, bu hususun da kanunlar ihtilafı hukuku açısından *vasıflandırma*

⁸³ a.e., s. 7.

⁸⁴ bkz. a.e., s. 8 vd..

alanında tartışma doğurduğunu şimdilik hatırlatırız⁸⁵. Bu tartışmalar, Türk doktrini açısından da geçerlidir ve aşağıda hem maddi hukuk açısından hem de kanunlar ihtilafı hukuku açısından değinilecektir.

Alman Hukukçu Wilburg, iki temel başlıkta sebepsiz zenginleşmenin ele alınabileceğini ve bunların edimden ötürü zenginleşmeler ya da sair özel türler olduğunu kaleme almıştır⁸⁶. v. Cämmerer ise, edimden ötürü zenginleşmenin malvarlığının hareketine, edim dışı zenginleşmenin ise malvarlığının korunmasına yönelik olduğunu belirtmiş⁸⁷ ve bu ekseninde tasvirlerde bulunmuştur. Nitekim Serozan'ın da aktardığı üzere; "*Malvarlığını artırma (alışveriş) çıkarıyla ilgili olup status ad quem'e (geleceğe) 'yönelik edim zenginleşmesi' ile malvarlığını koruma (bütünlük) çıkarıyla ilgili olup status quo'ya (mevcutu korumaya) yönelik 'edim dışı zenginleşme'yi birbirinden titizlikle ayırma şerefi Wilburg ile v. Cämmerer'e aittir...*"⁸⁸. v. Cämmerer, edime dayalı zenginleşmelerin konusunun ya yanlış ifadan dolayı olan iade taleplerine ya ifaya sebep olan ilişkinin ortadan kalkmasından olan iade talepleri olduğunu ifade etmiştir⁸⁹. Burada doğal olarak edimden ötürü zenginleşmede dikkat edilmesi gereken, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin arasında illilik mi soyutluk mu olduğu olduğudur. Tasarruf işleminin sebebe bağlılığı kabul edilir ise, mülkiyet el değiştirmeyeceğinden edimden ötürü olan sebepsiz zenginleşmeye bağlı bir hak doğmayacaktır⁹⁰. Zira mülkiyet el değiştirmemiş olacak ve istihkak talebi söz konusu olacaktır. Buna mukabil, tasarruf işleminin sebepten

⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3. "Maddi Hukukta Yer Alan Edimden Ötürü – Edim Dışı Zenginleşmeler Ayrımı MÖHUK m.39'da Kabul Edilecek Midir?"

⁸⁶ Walter Wilburg, **Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht**, Graz, 1934, s. 17 vd. : Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.9 vd.

⁸⁷ Ernst von Cämmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", **Festschrift für Ernst Rabel, Band I**, Tübingen, 1954, s. 353.

⁸⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 822-823.

⁸⁹ bkz. Ernst von Cämmerer, **a.g.e.**, s. 342 v.d.

⁹⁰ bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 203.

soyutluğu⁹¹ kabul edilmesi durumunda ortada geçerli bir tasarruf işlemi olacağından edimden ötürü sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade talebi söz konusu olacaktır.

Konumuza dönecek olursak: Sebepsiz zenginleşmenin özel türlerinin başında ise, *müdahale zenginleşmesi* vardır⁹². Serozan'ın da ifade ettiği üzere, *Wilburg* ve v. *Cämmerer* tarafından müdahale zenginleşmesinin keşfedildiğinden⁹³ bahsetmek yanlış olmayacaktır. Bu zenginleşme yabancı bir malı, daha iyi bir ifade ile başkasının malını kullanarak, tüketerek, yararlanarak ya da ondan istifade ederek olabilir⁹⁴. Burada görüleceği üzere ortak olan husus, başka birinin oluru olmaksızın, o kişiye ait bir değerden haksız çıkarın varlığıdır⁹⁵. Hal böyle olunca, Serozan'ın şu güzel ifadesini aynen burada tekrar etmek doğru olacaktır: " *Müdahaleden ötürü zenginleşme, bu özelliği ile adeta haksız fiilin (kusur ve zarar öğelerinden arındırılmış) bir uzantısı gibi gözüktür.*"⁹⁶

⁹¹ taşınır mülkiyeti açısından hukukumuzda geçerli olan bu tartışma açısından , soyutluğu kabul eden görüşler için bkz. : Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2016, s. 742 vd. ; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, s.124. vd.; Rona Serozan, “**Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu**”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2007, s. 400 vd. İlhan Ulsan, **İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, 1984, s.20 vd. ;İsviçre’de doktrinde ve uygulamada hakim görüş sebebe bağlılıktır. (bkz. Hahn,**a.g.e.**, s. 1380.) Bu görüşte olanlar için bakınız: Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **a.g.e.**, n. 1561; Kocayusufpaşaoğlu,**a.g.e.**, s. 129; Kılıçoğlu,**a.g.e.**, s. 49; Erol Cansel, “**Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı**”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara,1970, s. 350.

⁹² Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.11; Christoph Hirsch, Schuldrecht Besonderer Teil, Baden-Baden, s. 406.

⁹³ Serozan, **a.g.e.** , s.823.

⁹⁴ Ernst von Cämmerer, a.g.e., s. 352.

⁹⁵ Serozan, **a.g.e.** , s.823.

⁹⁶ aynı yönde. Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, München, 2017, s. 390 (n. 1013).

Tarihsel süreçte karşımıza çıkan doktrindeki diğer görüş ise,-ki Türk literatüründe baskın görüş olduğu söylenebilir⁹⁷- tüm sebepsiz zenginleşmeleri tek potada toplayan tekçi anlayış olup; bu anlayışa göre mal varlığı kayması olmadan sebepsiz zenginleşme gerçekleşmeyecektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, söz konusu tartışma günümüze kadar devam etmiştir. Alman doktrininde zamanındaki bu tartışmanın temel nedenlerinden bir diğeri de BGB m. 812 I c.1'in lafzıdır⁹⁸:

Söz konusu hüküm "*Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.*" olarak kaleme alınmıştır. Bu metni şu şekilde çevirebiliriz: "Bir başkasının edimi yoluyla ya da sair bir yolla o kişinin zararına olarak bir şeyi hukuki bir temel olmaksızın elde eden biri, o kişiye iadeyle yükümlüdür." .

Görüleceği üzere tıpkı EBK'da olduğu gibi bu metnin düzenleniş biçimi tartışmalara gebe dir. EBK m. 66'da yer alan "*haklı bir sebep olmaksızın âharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur*" şeklindeki ifadede olduğu gibi, BGB m. 812 I c.1 "auf dessen Kosten" ibaresinden ötürü sebepsiz

⁹⁷ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015, s. 198vd. ; Kemal Oğuzman/Turgut Öz,**Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**,İstanbul ,2013, s. 315 vd. ; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, İstanbul,1981,s.375 vd. ; Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s.969 vd.; İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017 , s.162 vd. ; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul , 2013, s. 202 ; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Bursa, 2012, s. 129 vd. ; Şaban Kayıhan / Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, s. 319 vd. ; İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara , 2013, s.110. ; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, İstanbul , 2019 , s. 106. ; İsmail Kayar, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2010 s. 87. ; Sezer Aydın / Mehmet Remzi , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul , 2017 , s. 476. ; Ali Bozer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2007, s.145vd. ; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2001, s. 134.

⁹⁸ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e**, s. 407.

zenginleşmede malvarlığının kaymasının bir şart olup olmadığı Alman doktrinde tarihsel süreçte tartışmalı bir hal almıştır⁹⁹. Fakat doktrinde ve uygulamada hakim görüşün malvarlığı kaymasının – fakirleşmenin- sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemler için illa bir şart olarak aranması gerekmediği yönünde olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰.

Yukarıda tarihsel sürece ilişkin açıklamalarımıza yer verdikten sonraki başlıklarda Türk maddi hukukunda sebepsiz zenginleşme kurumunu ele almaktayız.

2. Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Kurumu

2.1 Genel Bilgi

Yukarıdaki açıklamalarımızda özetle günümüze kadar gelen sebepsiz zenginleşme kurumunun oluşumu, gelişimini ele aldıktan sonra, bu başlık altında ise, sebepsiz zenginleşme kurumunu güncel maddi hukuk kuralları ve bunlara ilişkin güncel tartışmalar ekseninde ele alabiliriz. Bunu da sağlıklı yapabilmek adına, sebepsiz zenginleşmenin genel hatlarını ele almamızda yarar olacaktır.

Yukarıda tarihsel süreçte tartışılarak gelinmiş sonucun (aksi savunulmuş olsa da) sebepsiz zenginleşmenin birden fazla türü olduğu ve her ayrı türün farklı olarak

⁹⁹ Tartışmalar için bkz. Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.12; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.408; Hans-Georg Koppensteiner /Ernst A. Kramer, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, 2. Auflage, Berlin,1988, s. 70 vd. ; Christoph Hirsch, **Schuldrecht Besonderer Teil**, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018, s.390 (Rn.1359.) ve s.405 (Rn.1419); Hans Josef Wieling, **Bereicherungsrecht**,2007, s. 4.; Medicus/ Lorenz, **a.g.e.**, s. 408Jürgen Costede, **Dogmatische und Methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts**, Bern,1977, s. 85vd; Christof Kellmann , **Grundsätze der Gewinnhaftung**, Berlin, 1969,s.97 vd.

¹⁰⁰ Bkz. Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.408; Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.12.

ele alınması olduğunu, ileride ifade edileceği üzere bizim katıldığımız görüş doğrultusunda, belirtmemiz yanlış olmayacaktır.

İleride ifade edeceğimiz üzere sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri tek bir potada şartları aynı olan genel hükümler bütünü olarak kabul edilemez. Bu bakımdan sebepsiz zenginleşme türlerini ayrı ayrı olarak edimden ötürü zenginleşmeler - edim dışı zenginleşmeler olarak ele almak ve bu iki ana başlığın altındaki diğer tipleri de betimlemek gerekecektir. Bunu yapmadan evvel ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin görüşleri de ele alarak, sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemlerin diğer borç kaynakları ile aralarındaki farkları ortaya koymaya çalışacağız.

2.2 Sebepsiz Zenginleşmenin Amacı Hakkında

Bilindiği üzere sebepsiz zenginleşme kurumu mehzaz kanunda (OR) olduğu üzere ayrı bir kurum olarak Türk-İsviçre hukuk sisteminde düzenlenmiştir. Gerçekten de, TBK m. 77-82 arasındaki hükümler dışında yer alan bazı hükümlerin vasıflandırılması açısından da bu başlık altında Türk hukukunda sebepsiz zenginleşme kurumunun hangi amaçla düzenlendiğine ilişkin görüşleri irdelememiz gerekmektedir.

Sebepsiz zenginleşme kurumunun tarihsel gelişimi de dikkate alındığında; sebepsiz zenginleşme, sözleşme ve haksız fiil hukukunda yer alan eksiklikleri tamamlama amacıyla getirilmiş kurumdur¹⁰¹. Roma hukukunda dahi durum böyle olmuş ve sebepsiz zenginleşme, sözleşme ya da haksız fiil ilişkisine dayandırılmayan veya dayandırılması adaletsiz sonuçlar doğuracağı düşünülen hukuk ilişkileri açısından düzenlenen bir kurum olmuştur. İşte bu bakımdan, sebepsiz

¹⁰¹ Aynı yönde Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 307.

zenginleşmenin temel amacının denkleştirici adaleti gerçekleştirme amacına uygun olarak iadeyi sağlamaya yönelik düzeltme olduğu ortadadır¹⁰².

Yalnız, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kanuni düzenlemeleri, pozitif hukukta yer aldığından dolayı soyut değer yargıları ile uygulanamaz¹⁰³.

Sebepsiz zenginleşmenin denkleştirici adalet düşüncesine dayandığı konusunda da Yargıtay kararlarında tutarlılık mevcuttur. Birçok kararında Yargıtay bu hususu belirtmiştir¹⁰⁴.

Sebepsiz zenginleşme kurumunun bir diğer amacı ise, diğer kurumların malvarlığı değerlerini korumasını tamamlamaktır¹⁰⁵. (Örn. TBK m. 39'da iptal hakkının kullanılması durumunda tarafların aldıklarının iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sağlanması¹⁰⁶, TMK m. 122/2'ye göre nişanın bozulmasında verilen hediyelerin iadesi aynen iade edilemiyorsa sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması).

¹⁰² bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.565 ;bkz. İlhan Ulusan, **İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, 1984, s.139; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 10.

¹⁰³ bkz. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 309.

¹⁰⁴ örn. bkz. Yargıtay 3. HD., 08.07.2019 t. , 2017/10764 E. , 2019/6321K. ; Yargıtay 3. HD., 08.07.2019t. , 2018/2247 E. , 2019/6323; Yargıtay 20. HD., 04.07.2019, 2018/4977E. ,2019/4799 K. ; Yargıtay 19. HD., 20.05.2019t. , 2018/922 E. , 2019/3320 K.

¹⁰⁵ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.566.

¹⁰⁶ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 310-311: Sözleşmeden dönme açısından iade yükümünün temelini ne olduğu ise tartışmalıdır. Bkz.

2.3 Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Özellikleri

2.3.1 Nispilik

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacak ancak taraflar arasında hüküm doğurur. Bir başka ifade ile, bu talep nispi bir alacak hakkı doğurur. Alacaklı ancak sebepsiz zenginleşene ya da onun külli haleflerine karşı talepte bulunabilir¹⁰⁷.

Burada, alacaklının aynen iade talebinin de nispi bir hakka ilişkin olduğunu belirtmemizde yarar var. Zira sebepsiz zenginleşme davasında davacı, bir malın mülkiyetini devrederse ortada sebepsiz zenginleşme olacak ve zenginleşene karşı talebini ileri sürebilecektir. Borçlu, devraldığı malı malik sıfatıyla üçüncü şahsa devrettiğinde, alacaklı kural olarak üçüncü kişiye karşı bir hak ileri süremeyip, ancak borçludan malın değeri kadar para talep edebilecektir¹⁰⁸.

Son olarak, sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların alacak hakkı olmalarından ötürü bunların karşılığını oluşturan iade borçlarının ifasına veya ifa edilememesine ilişkin genel hükümlerin, TBK m. 77-82 'de yer alan özel bir hüküm olmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰⁹.

2.3.2 Sebepsiz Zenginleşme Talebi Aslidir (Tali-İkincil Değildir.)

Aşağıda belirttiğimiz üzere¹¹⁰ sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması başka bir alacak hakkının uygulanamamasına bağlı değildir. Bu bakımdan sebepsiz

¹⁰⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.843; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz,, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 312; Yarg. 3 .HD. 24.01.2011 T. 2010/23018 E., 2011/630K..

¹⁰⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.843: " Sebepsiz zenginleşme davasının kişisel nitelikte olması, kendini bilhassa borçlunun iflası halinde gösterir. Alacaklının hakkı, bir iflas alacağı olduğu için, mal masada olsa dahi, bunun iflas masasından ayrılarak kendisine aynen geri verilmesini talep edemez."

¹⁰⁹ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz,, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 313.

¹¹⁰ Bkz. Birinci Bölüm Başlık no. 3 "Sebepsiz Zenginleşmeye Dayalı Talebin Benzer Talepler ile İlişkisi

zenginleşme talepleri kimi hallerde diğer taleplerle yarışabilir. Fakat kimi hallerde başka taleplerin varlığı, sebepsiz zenginleşme istemini dışlar.

2.3.3 Sebepsiz Zenginleşmeye Bağlı Alacak Hakkının Doğumu İçin Fiil Ehliyetinin Varlığı Aranmaz.

Doktrinde Öz'ün bahsettiği üzere, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir alacak hakkının varlığı için , hem borçlu hem de alacaklı açısından hiç bir fiil ehliyeti şartı aranmaması olup; bu da sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğundan önemli bir farktır¹¹¹.

2.3.4 Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacak Hakkının Borçların İfasına İlişkin Hükümlere Tabi Olması¹¹²

Ortada bir alacak hakkı doğacağından, borçların ifasına (ve ifa edilmemesine) ilişkin genel hükümlere tabi olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, eğer TBK m. 77-82'de özel bir düzenleme olmadığı takdirde TBK m. 83 vd. ve m. 112 vd. hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹¹³. Örneğin, Yargıtay'ın geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak ödenen ülke parası dışındaki paranın ödenmesinde TBK m. 99 (EBK m.83) hükmünün uygulanması gerektiğine ilişkin kararları mevcuttur¹¹⁴.

¹¹¹ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz,, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.313; Ayrıca, Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s.567.

¹¹² Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.313.

¹¹³ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.313.

¹¹⁴ Örn: Yarg. 3. HD. , 13.02.2014 , 2013/17670 E. , 2014/2177 K. "Haklı bir sebep olmaksızın başkası zararına mal edinen kimse, onu iade ile yükümlüdür. Düzenlenen 20.09.2005 tarihli harici satım sözleşmesi, taşınmazın devrini sağlamayan geçersiz bir sözleşmedir. Geçersiz sözleşmenin bulunması halinde taraflar aldıklarını birbirlerine geri vermek zorundadır. Sebepsiz zenginleşme kurumunun varlık sebebinde ise, haksız değer kaymalarının önlenmesi amaçlanmıştır. ... 23.01.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanunun 29.maddesiyle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine bir fıkra eklenerek, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklının, bu

3. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayalı Talebin Benzer Talepler ile İlişkisi

3.1.1 Genel Bilgi

Mehaz kanunlar İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nu olduğundan, evvela İsviçre uygulaması ve öğretisinde sebepsiz zenginleşme talepli alacakların varlığının eğer bir başka bir alacak var ise eskiden kabul edilmediğini olduğunu belirtmemizde yarar var¹¹⁵. Yalnız, bu husus artık kabul görmemektedir¹¹⁶. Başka bir ifade ile sebepsiz zenginleşme kurumu bağımsız olup; onun ikincilliğinden bahsedilemez¹¹⁷. Böylece, bu başlık altında diğer talepler ile bir arada olup olamayacağının incelenmesi gerekmektedir¹¹⁸.

alacağını aynen vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebileceği kabul edilmiştir. Bu durum karşısında, 21.000 GBP'nin BK'nun 83.maddesine göre tahsil tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının efektif satış kuru üzerinden Türk Lirası karşılığının dava tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunu'nun 4/a maddesi uyarınca Devlet Bankalarının GBP ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanmak suretiyle tahsiline karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir"

¹¹⁵ Bkz. Anne-Catherine Hahn, "OR 62" , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1375; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationentech Allgemeiner Teil**, s.662.

¹¹⁶ **a.e.**, s.1375.

¹¹⁷ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.576; Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, s.1375 ; buna mukabil, isabetsiz olarak birçok güncel Yargıtay kararında hatalı olarak sebepsiz zenginleşmenin taliliğinden bahsedilmektedir. Bkz. **YHGK , 17.02.2010 , 2010/13-93 E. , 2010/88 K. ; Yarg. 3. HD. 20.01.2014 t. 2013/16221 E. , 2014/608 K. ,** "sebepsiz zenginleşme alacaklıya, ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder."

¹¹⁸ **a.e.** , s. 1375.

3.1.2 Sebepsiz Zenginleşme - Sözleşmesel Sorumluluk

Yukarıda da izah edildiği üzere sebepsiz zenginleşme pozitif hukukun değer yargıları doğrultusunda hak edilmemiş bir kazancın aynen veya parasal piyasa değeriyle nakdi olarak arıtılmasına yönelik bir alacak hakkı doğurur. Tarihsel süreçte asıl olarak sebepsiz zenginleşme kurumunun temeli edimden ötürü sebepsiz zenginleşme olmuştur. Edimden ötürü zenginleşmede, adından da anlaşılacağı üzere, edimin hukuki bir dayanağı olmadığından dolayı onun iadesi (veya karşılığı olan değer iadesi) amaçlanmaktadır. Hal böyle olunca, bir sözleşme kapsamında taleple bir şeyin iadesi istenebilmektedir ve geçerli bir hukuki sebebin yokluğu şartı var olmadığından; sözleşmesel talep sebepsiz zenginleşmeden doğan taleple yarışmaz¹¹⁹. Sinallagmatik sözleşmelerde edimler arasında dengesizlik olsa da veya taraflardan birinin borcunu ifa ederken diğerinin ifada bulunmaması ya da eksik ifada bulunmasında da durum bu şekildedir ve sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez¹²⁰.

Peki bu hususun istisnası peki var mıdır? Bazı hallerde, sebepsiz zenginleşme talebi ile sözleşmeden doğan aykırılık tazminatının yarışması mümkün görülmektedir. *Serozan*, sözleşmeye aykırılık tazminatıyla müdahale zenginleşmesi isteminin, birisinin zararı diğerinin zenginleşmeyi telafi etmeyi amaç ettiklerinden ve işlevlerinin farklılığından ötürü pekala yarışabileceğini belirtmiştir¹²¹. Biz de, aynı gerekçelerle bu görüşe katılmaktayız.

Burada belirtilmesi gereken ve çok önemli olan bir tartışma da, borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden alacaklı tarafından dönülmesi durumunda

¹¹⁹ Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, İstanbul, 2018, s.578; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.847.; Christoph Althammer, **Schuldrecht III-Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Stuttgart, 2015, s. 187.

¹²⁰ Fikret Eren, **a.g.e.**, Ankara, 2015, s.847; Alman Hukukunda da bu görüş benimsenmiştir. (BGH NJW, 1992, s. 2690, http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/njw92_2690.htm (çevirimiçi) 23 Eylül 2018.

¹²¹ Rona Serozan, **a.g.e.**, s.806.

sebepsiz zenginleşmenin mi gerçekleşeceği, bir başka ifade ile sebepsiz zenginleşmenin mi söz konusu olacağıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira ortada sebepsiz zenginleşme değil "*sözleşmesel çözülme ilişkisi*" (*Liquidationsverhältnis*)¹²² mevcut olup; bunun doğal sonucu olarak, borçlu tarafından zenginleşmenin eksildiği savunulamaz ve borçlunun objektif zenginleşme sınırlandırılması da olmadan verilenler tam olarak iade edilme yükümlülüğü doğar¹²³. Dönme ile sözleşme ortadan kalkmaz ve sözleşmenin içeriği tersine yer değiştirir¹²⁴¹²⁵. Bunun temelinde de sözleşmeden doğan koruma yükümü "*Schutzpflicht*" yatmaktadır ve aşağıda belirtilen görüşlerin aksine sözleşmesel bir iade borcu doğmaktadır. "*Umwandlungstheorie*" olarak nitelendirilen bu görüş¹²⁶ Almanya'da hakim olan görüştür. Mehaz kanunun uygulandığı İsviçre'de ise bizim hukukumuzda olan tartışma devam etmiş ve öncesinde hakim görüş olarak iade talebinin sebepsiz zenginleşme talebi niteliğinde olduğu kabul edilmiş¹²⁷ ; günümüzde ise Federal Mahkeme bu görüşü kabul etmeyerek, sözleşmesel çözülme ilişkisinin varlığını kabul etmektedir¹²⁸.

¹²² (BGE 114 II 152) ; İsviçre Yargıtayı da aynı hususu kabul etmektedir. Ayrıca bu durum CISG sisteminde de kabul görmüştür. CISG m.81 vd.'nda sözleşmesel çözülme ilişkisi ele alınmaktadır.

¹²³ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.579 ; aynı yönde Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015, s. 206; Şaban Kayıhan / Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, s. 322.

¹²⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.848; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**,s. 414 (n.1141).

¹²⁵ aksi görüş olarak: Dönme durumunda hem akdi davanın hem de *condictio ob causam finitam*'ın yarışacağı yönündeki açıklamalar için bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.** , s. 206 (n.23).

¹²⁶ bkz. BGE 137 III 243.

¹²⁷ Ayrıca bkz. Anne-Catherine Hahn, "OR 62" , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, s. 1375; Isabella Monferrini/Hans Caspar von der Crone, "**Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge**", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 2011, s.489.

¹²⁸ bkz. BGE 114 II 152 [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019.

Doktrinde klasik görüş taraftarları ise, sözleşmeden dönme halinde artık ortada sebepsiz zenginleşme ilişkisinin olduğunu ileri sürmektedirler¹²⁹. Bu görüş taraftarlarına göre, sözleşmeden dönme ile artık sözleşme ilişkisi sona ermektedir ve iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır. Zira bu klasik görüşe göre dönme ile sözleşme *ex tunc* olarak içerdiği borç ve alacaklarla birlikte ortadan kalkmakta olup; bundan dolayı borçlunun malvarlığında olan artış bir sebepsiz zenginleşmedir¹³⁰.

Bir başka görüş ise "kanundan doğan borç" görüşüdür. Bu görüş kapsamında ETBK m. 108 özel bir iade borcu doğuracağından, sebepsiz zenginleşme söz konusu olmayıp; sebepsiz zenginleşmenin kıyasen uygulanmasının söz konusu olacağı ve klasik görüşten farklı olarak müspet zararın tazmini talep edilebileceği belirtilmiştir¹³¹. (Bizce TBK m. 125'in metni bu tartışmalara artık izin vermemektedir.)

Diğer bir görüş ise, dönme sonucunda iade talebinin "istihkak" niteliğinde olduğudur. Bu görüşü savunanlara göre, dönme sonucunda geçmişe etkili olarak tasarruf işlemleri de etkilenmekte, dönme ile bu işlemler ortadan kalkmaktadır¹³². Bunun sonucu olarak, ifa edilen maddi edimler ancak istihkak davasına konu olur.

Bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, sözleşmeden doğan borcun konusunu aşan veya ondan başka olan kazandırmalar ise pekala sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturacaktır¹³³. Örneğin 10.000-TL borç yerine 11.000-TL ödenmesi durumunda sözleşmenin borçlusu, alacaklıya karşı 1.000-TL'lik sebepsiz zenginleşmeden doğan

¹²⁹ bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, İstanbul, 2013, s. 340.

¹³⁰ bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.848.

¹³¹ bkz. Gülgün Anık, "Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", TBB Dergisi, Sayı 59, Ankara, 2005, s.225.

¹³² bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998, s.134.

¹³³ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **a.g.e**, s. 340.

alacak talebinde bulunabilecektir. Bu durumda, sözleşme hükümleri yerine salt olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerinden doğan bir borç söz konusu olacaktır.

İlave olarak, sinallagmatik bir sözleşmenin edimleri arasındaki dengesizlikler de sebepsiz zenginleşmeye konu olmaz; işlem temelinin çökmesinden ötürü dönme durumunda da sözleşmesel iade hükümleri uygulanır¹³⁴.

3.1.3 Sebepsiz Zenginleşme ve Vekaletsiz İş Görme

Kökeni, Roma Hukukunda "*Quasi Ex Contractu*" kurumuna dayanan ve bilindiği üzere bir kişinin vekaleti ya da yetkisi olmadan diğer bir kişiye ait işin görülmesi şeklinde basitçe ifade edebileceğimiz, Türk Borçlar Kanunu'nunda da 526-531. maddeleri arasında düzenlenen vekaletsiz iş görme iki türe ayrılmaktadır: gerçek olan vekaletsiz iş görme (*echte Geschäftsführung ohne Auftrag*) ve TBK m.530'da düzenlenen gerçekte olmayan vekaletsiz iş görme (*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*).

Genel olarak vekaletsiz iş görmede , her iki tür açısından da ilk şart bir "işin görülmesi"dir¹³⁵. Bu iş görme hukuki bir işlem ya da fiil olabileceği gibi , maddi bir fiil de olabilir ¹³⁶ . Sebepsiz zenginleşmede ise "bir işin görülmesi" bir şart olmayıp ¹³⁷ "zenginleşme" aranmaktadır. Bu bakımdan sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme kurumunun her iki türünden de bu açıdan farklıdır. Fakat bu farklılık sebepsiz zenginleşmenin vekaletsiz iş görme talepleri ile yarışamayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşmenin yarışıp yarışamayacağını irdelenmesi ise her iki tür vekaletsiz iş görme türü açısından ayrı

¹³⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 805.

¹³⁵ Ece Baş Süzel / Candan Yasan, " Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk" , **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 22 Sayı 2** , İstanbul ,2016, s. 370.

¹³⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.851.

¹³⁷ Ece Baş Süzel / Candan Yasan, **a.g.e.**, s. 366.

olarak ele alınmalıdır ve bunu yaparken her iki türün de kısaca açıklamasında yarar vardır.

Gerçek vekaletsiz iş görmede, iş görenin gördüğü işi iş sahibinin menfaatine yapma iradesi olmalıdır. Vekaletsiz iş gören, yukarıda belirtildiği üzere vekaleti olmaksızın iş görmekteyken, bazı zorunlu ve faydalı giderler yapmış, zarar görmüş, yükümlülük altına girmiş olabilir¹³⁸. İşte bu gibi durumlarda TBK m.529/1 hükmü uygulanır ve sonuç olarak iş sahibi *"durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür."* Hatta iş gören, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş ise de sonuç aynı olacaktır. Peki bu açıklama karşısında, iş gören hem TBK m.529'a hem de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilecek midir? Sebepsiz zenginleşme ile gerçek vekaletsiz iş görmenin yarışması mümkün değildir¹³⁹. Türk doktrininde Öz, taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana geldiğinden dolayı sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olmayacağını belirtmekte; işi yapanın masrafları karşılanmadığı durumda TBK m. 529/2 hükmünde bir yollama yapıldığından, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tamamlayıcı bir rolü olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁰. Eren de gerçek vekaletsiz iş görmenin sebepsiz zenginleşme ile yarışamayacağını, bunun sebebinin de iş görenin girmiş olduğu borç, yapmış olduğu masraf, hakimin takdir edeceği zarar kadar alacaklı olduğunu belirtmektedir. Eren, ayrıca iş görenin iş görme sebebiyle elde ettiği menfaatleri de onun iade yükümlülüğü altında olduğunu; (burada TBK m. 508 hükmünü, vekalet sözleşmesi ile gerçek vekaletsiz iş görme ile nitelik olarak yakın olduğunu ve bu bakımdan kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır.) bunun da iş sahibinin sözleşme benzeri bir alacak hakkı doğurduğundan dolayı bu hallerde de sebepsiz

¹³⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 851.

¹³⁹ bkz. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s.341; ayrıca Hartwig Sprau, "Einf v. § 677", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1046.

¹⁴⁰ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s.341.

zenginleşmenin söz konusu olmayacağını belirtmektedir¹⁴¹. *Antalya* da, doktrinde aynı görüşe yer vermiş, gerçek vekaletsiz iş görmenin yasal bir borç ilişkisi doğurduğundan dolayı sebepsiz zenginleşme ile bir arada olamayacağını belirtmiştir¹⁴². *Serozan* da, iş görene, iş görülene karşı özel bir tasfiye istemi tanınmış olduğunu; bu durumda iş gören kişiye masraftan veya borçtan kurtarmadan ötürü zenginleşme istemi tanımaya yer ve gerek olmadığını belirtmektedir¹⁴³. Yukarıda belirtilen görüşlere katılıyoruz. Zira, sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak gerçek vekaletsiz iş görmede özen yükümlülüğü vardır ve iş görenin sorumluluğu da buna bağlıdır. Özen yükümlülüğü de kanundan doğmaktadır. Bu bakımdan gerçek vekaletsiz iş görmenin varlığı, sebepsiz zenginleşmenin uygulanmasına engeldir¹⁴⁴.

Gerçek vekaletsiz iş görmeye karşılık olarak, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, iş gören kendi menfaatine olarak iş görür¹⁴⁵. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede hukuka aykırı olarak vekaleti olmadan kendi menfaatine iş görme durumu vardır¹⁴⁶. Böylece, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme baskın görüşe göre yarışabilir¹⁴⁷.

¹⁴¹ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 851.

¹⁴² Gökhan Antalya, **a.g.e.**, İstanbul, 2018, s.580.

¹⁴³ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 809.

¹⁴⁴ Peter Gauch, Walter R. Schluep , Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 2014, N. 1509.

¹⁴⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 850-851.

¹⁴⁶ **a.e.**, s. 852.

¹⁴⁷ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz., **a.g.e.**, s. 341; Antalya, **a.g.e.**, s. 581; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2014, s.504.; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationentech Allgemeiner Teil**, s.663vd.; Alm. H. açısından : Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1046 ; BGE 129 III 422 S. 425, Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2000, n. 57.01 vd. .; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich 1979, s. 494 vd.; **Yargıtay 3. HD. 05.12.2019 T. 2019/2396 E. - 9730K.**(söz konusu kararda kiracının yapmış olduğu zorunlu ve faydalı giderlerin TBK m.530'a göre isteyebileceği ve ayrıca sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulanabileceğinden bahsedilmektedir. Ayrıca bkz. **Yargıtay 3. HD. 02.10.2019 T. 2017/14145 E. -7379K.**; BGE129 III 422 (s. 425) [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019: Söz konusu karar, ayrıca İsviçre Hukuku açısından

Doktrinde belirtildiği üzere, bilhassa müdahale zenginleşmesi ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme birbirine yakın olup; İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısında gerçek olmayan vekaletsiz iş görme sebepsiz zenginleşme başlığı altında, yalnız klasik sebepsiz zenginleşme şartlarından ayrı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁴⁸. Doktrinde de, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sebepsiz zenginleşme ile yarışabileceği kabul edilmiştir¹⁴⁹.

Aşağıda ele alınacağı üzere, Türk hukukunda sebepsiz zenginleşme de kimi yazarlarca " malvarlıkları arasında meydana gelen kayma " şartı¹⁵⁰ aranmakta¹⁵¹ olduğundan dolayı, vekaletsiz iş görme türleri ile sebepsiz zenginleşme arasındaki ilişki açısından farklılık göstermektedir. Dikkat edilmesi gereken ilk husus fakirleşme şartı aramayan görüş kapsamında, bilhassa müdahale yolu ile olan sebepsiz zenginleşmelerde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin fakirleşme sınırını aramadığından dolayı yarışmanın pratik bir öneminin olmadığıdır¹⁵². Buna karşılık, fakirleşme şartını arayan görüş kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, fakirleşme şartını aramadığından dolayı sebepsiz zenginleşmenin tamamlayıcısı konumundadır¹⁵³. Yalnız bu anlayış da *Serozan* tarafından eleştirilmiş; gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin BK m.530 uyarınca objektif zenginleşme tutarının üstündeki özel beceri ve yetenekle elde edilmiş tüm menfaatlerin talep edildiği ağır bir tasfiye yükümü doğurduğu, adeta bunun borçlar hukuku cezası olduğu ve bu

sebepsiz zenginleşmede fakirleşme şartının olmadığını belirtmiş olduğundan ötürü de önem arz etmektedir.

¹⁴⁸ Ece Baş Süzel, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı**, İstanbul, 2015, s.253.

¹⁴⁹ bkz. Ece Baş Süzel **a.g.e.**, s. 255.

¹⁵⁰ bkz.Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, **Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, 2014, s. 31.

¹⁵¹ Bir diğer ifade ile , doktrinde kimi yazarlar sebepsiz zenginleşmede bir tarafın yoksullaşp, diğer tarafın zenginleşmesini sebepsiz zenginleşmenin şartı olarak aramaktadırlar.

¹⁵² Ece Baş Süzel **a.g.e.**, s. 256; aynı doğrultuda Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1046 (n. 10)

¹⁵³ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz,**a.g.e.**,s. 341.

bakımdan iyi niyetli hareket eden kişilere karşı, ancak müdahale zenginleşmesi dolayısıyla talep edilebileceğini isabetli şekilde savunmuştur¹⁵⁴.

3.1.4 Sebepsiz Zenginleşme ve Haksız Fiil

Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmenin yarışıp yarışmadığı tartışmalı olmakla , Türk hukukunda hakim görüşe göre her iki talebin yarışacağı kabul edilmektedir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 808-809.

¹⁵⁵ Yargıtay 4. HD. , 22.10.1984, 1984/4791 E., 1984/7800K. ; “...Aynı konuya haksız iktisap yönünden bakacak olursak eğer haksız iktisabı oluşturan şey mukavele, mülkiyet veya haksız eylem davası ile takip edilen kişinin mal varlığında olmayıp da üçüncü bir şahsın elinde bulunursa haksız iktisaba dayanan dava hakkı, mukaveleyle veya mülkiyete dayanan dava hakkına göre ikinci derecede kalırsa da, haksız eyleme dayanan dava hakkı ile birlikte yanyana husule gelir (Bakınız; Dr. H. Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI, Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, 1967 sahife 370 ve 371), Diğer bir ifadeyle haksız bir fiil (mesela, başkasına ait bir şeyin haksız olarak devri veya istihlaki) (A) nın bir zararına sebebiyet verdiği ve aynı zamanda (B) ye sebepsiz bir iktisap temin ettiği takdirde (A) nın zarar ziyan talep hakkı sebepsiz iktisaba müstenit dava hakkı ile telahuk eder ve bu taleplerden birinin yapılması diğer talebi birincisi nisbetinde iskat eder. (Bakınız; Yargıtay Yayınları No: 15, Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cevat Edege Çevirisi 1983, Sahife 452 ve 453; yine bakınız; Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 153, Dr. Seza Reisoğlu Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları 1961 sahife 42 ve sonrası) Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yoldadır. Ayrıca bkz .Yarg. 10. HD. 05.02.2020 T. , 2020/289 E. , 2020/694 K. ; 22.11.2018t. , 2016/10246 E. , 2018/9813 K. ; 29.03.2018 t. 2016/426 E. 2018/2698 K. “Uyuşmazlık, murisin vefatından sonra banka kartı vasıtasıyla çekilen aylığının tahsilinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu fiil, ceza hukukunda Türk Ceza Kanununun “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” başlıklı 245. maddesinde müeyyideye bağlanmış olup, anılan maddede başkasına ait bir banka veya kredi kartını kullanarak yarar sağlamak hususu cezalandırılmıştır. Özel hukukalanındaise; davanın,somut olayınözelliğine göre, sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiilden kaynaklandığı kabul edilebilir. Bu hukuki sebeplerden herhangi birine dayanılması imkan dâhilinde olup, bu durumda hakların yarışmasından (telahukundan) bahsedilir. (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.Edege Çevirisi 1983, Sahife 452 ve 453;; Dr. S.Reisoğlu Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları 1961 sahife 42 ve sonrası, Fikret Eren.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 4. B., İstanbul,1994, sayfa 14)”

Bir görüşe göre haksız fiilin failinin (örneğin bir parayı çalan hırsızın) haksız fiil hükümlerine göre tazminat borcu altına girdiğinden dolayı zenginleşmediği savıyla, haksız fiilin varlığı sebepsiz zenginleşmeyi dışlar¹⁵⁶. Bu görüşe göre, haksız fiilden doğan alacak zenginleşmeden fazla ise onu dışlar¹⁵⁷. Buna karşı olan ve katıldığımız hakim görüş ise, her iki borç kaynağının birbiriyle ilgisiz olması nedeiyle, her iki talebin yarışabileceğidir¹⁵⁸. Bu görüşe göre, müdahale zenginleşmelerinde, haksız fiilin aksine, failin kusurunun, mağdurun yoksullaşması (fakirleşme şartının aranmadığı görüş kapsamında), hukuka aykırılığın aranmadığından dolayı davacının menfaati daha fazla olacaktır. Buna mukabil, davacının özel bir menfaati varsa, örneğin haksız fiilin aynı zamanda suç olduğu zamanlarda, ceza zamanaşımının uygulanmasında (müdahale zenginleşmesinden doğan talebin zamanaşımına uğraması halinde) böyle bir menfaatten bahsedilebilecektir¹⁵⁹.

Bir diğer görüşe göre haksız fiille sebepsiz zenginleşmenin yarışmasının ancak haksız fiilin faili ile sebepsiz zenginleşenin farklı kişiler olduğu durumlarda olup; davalının kusurunun ispat edilmediği durumda zaten haksız fiilden söz edilemeyeceğinden yarışma durumu çıkmaksızın sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabilecektir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Görüş hakkında bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 338.

¹⁵⁷ Görüş hakkında bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.849.

¹⁵⁸ Theo Guhl/ Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Schultess Juristische Medien AG, Zurich, 2000, s. 222. Hahn, **a.g.e.**, s. 1376 ; Bucher, **a.g.e.**, s. 662; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 807; bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altıp, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s.978; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2014, s.504;; Alman Hukuku için bkz. Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1046.

¹⁵⁹ **a.g.e.**, s. 807; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.850: " Davalının zenginleşmesi , davacının zararından çok olduğu haller ile davalının kusurunun olmadığı hallerde, davacının sebepsiz zenginleşme davası açması kendi yararınadır."

¹⁶⁰ Görüş için bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 339.

3.1.5 Sebepsiz Zenginleşme ve İstihkak Talebi

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere istihkak talebi ile sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep yarışamaz^{161 162}. Zira istihkak talebi malik olanın haksız zilyede karşı olan talebi olup; haksız zilyet mülkiyeti kazanamadığından o mal bakımından zenginleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sınırlı iktisap bakımından da durum böyledir¹⁶³. Sebepsiz zenginleşme için, bir hakkın kazanılması gerekmektedir¹⁶⁴.

Yalnız, sebebe bağlılık ilkesi gereği geçersiz borçlandırıcı işlem sebebiyle mülkiyet hakkının kazanamayan biri, tapu kütüğünde malik olarak görüldüğünden dolayı iyi niyetli üçüncü bir kişiye mülkiyeti devreder ise, TMK 1023 kapsamında sicile güven ilkesi gereği üçüncü kişi malik olacağından, ilk malik malik olmayan ama tapuda malik olarak gözükp iyi niyetli üçüncü kişiye devirde bulunan şahsa karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir¹⁶⁵. Burada da görüldüğü üzere, mülkiyet el değiştirmiş olduğu için ilk malik artık istihkak davası açamayacağından,

¹⁶¹ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 804-805; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2015, s.846; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul,2014, s.504; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, İstanbul, 1981, s,375. Sezer Aydın/Mehmet Remzi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2017, s.479 ; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 334-335; Anne-Catherine Hahn, “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1376.

¹⁶² **Yarg. HGK, 09.04.2014 t. ,2013/1018E., 2014/508 K. :“Dördüncü şart; vukubulan iktisabın (çoğalmanın) sebepsiz iktisap kuralları dışında, özel bir hukuk kuralına dayanılarak iadesi mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir imkan varsa artık sebepsiz iktisap kuralları değil, sözü edilen özel kurallar uygulanır. İadenin; istihkak davası, haksız inşaat sebebiyle tazminat davası, sözleşmenin ifası davası, sözleşmeden dönme sebebiyle iade davası, vekaletsiz iş görmeye dayanan iade davası gibi yollarla gerçekleştirilmesi mümkünse, artık sebepsiz iktisap kurallarına başvurulamaz (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 734-738).”**

¹⁶³ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 335.

¹⁶⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 804.

¹⁶⁵ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 804.

sebepsiz zenginleşme hükümlerine, müdahaleden ötürü zenginleşme savıyla dayanabilecektir. Yalnız burada belirtmekte yarar var, zenginleşenin borcunun kapsamı zenginleşenin elden çıkarma anında iyi niyetli olup olmadığına göre değişecektir. Edimden ötürü zenginleşme talebi ise, malın maliki artık üçüncü bir kişi olduğundan söz konusu olamayacaktır. Taşınırılar da hakim görüş olan sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde durum böyle olacaktır. (MK m. 988 bu durumda uygulanacak; emin sıfatıyla zilyet olana güvenerek iyi niyetli üçüncü kişi taşınmazı devralabilecek, yeni malik olacaktır.)

Sebepten soyutluk ilkesinin kabul edildiği görüşte ise, borçlandırıcı işlemin geçersiz fakat tasarruf işleminin geçerli olduğu durumda, artık mülkiyet el değiştirmiş olacaktır ve mülkiyeti devralana karşı edimden ötürü sebepsiz zenginleşme savında bulunulabilecektir.

İsabetli olarak *Serozan* tarafından bir şeyin maliki olmayan zilyedine karşı malikin, zilyedin mülkiyeti devredememesine rağmen kötü niyetli üçüncü kişiye yapılan tasarruf işlemine (zilyedin kötü niyetli üçüncü kişiye devrine) icazet vererek; yetkisiz bir şekilde mülkiyeti üçüncü kişiye devreden zilyede de müdahale zenginleşmesi savıyla başvurabilme hakkının tanınması gerektiği savunulmuştur¹⁶⁶. Gerçekten de, kanuni bir engel olmadığı için, pratikte de önem arz edilebilecek bu görüş kabul edilmelidir¹⁶⁷. Zira kötü niyetli üçüncü kişiden malın iade alınmasının mümkün olmadığı durumlarda (malın zayi olması, kaybolması gibi durumlar yanında üçüncü kişinin aczi gibi hallerde) , malike bu seçimlik hakkın tanınması adalet gereğidir ve bunun aksine bir düzenleme de kanunda yoktur.

Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin naklinde de, artık mülkiyet el değiştirdiğinden ve kanuni bir sebep olduğundan sebepsiz zenginleşme hükümlerine uygulama alanı tanınmaz¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 835.

¹⁶⁷ Alman Hukukunda aynı yönde: Sprau, **a.g.e.**,s. 1185 (n.21); BGH , NJW, 86,2430.

¹⁶⁸ Anne-Catherine Hahn, “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, s. 1376.

3.1.6 Sebepsiz Zenginleşme ve Zilyetlik Davaları

Bir başka tartışılması gereken husus da, zilyetliğe bağlı taleplerin sebepsiz zenginleşme talepleri ile bir arada olup olmadığıdır.

TMK m. 989 ve 991 uyarınca açılan taşınır davalarında davalının mülkiyet hakkını iktisap etmediğinden ötürü sebepsiz zenginleşme istemine yer olmadığı ortadadır¹⁶⁹. Aynı durum zilyetliğin gaspı yönünden de aynıdır¹⁷⁰.

İyi niyetli zilyedin karineyle “şeyi” mevcut hakkına uygun şekilde kullanması veya ondan yararlanması durumunda, herhangi bir tazminat talebiyle karşı karşıya bırakılamaz. (TMK m. 993/1) Bu madde açısından sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin tartışmaları ve görüşümüzü müdahaleden ötürü zenginleşme ile ilgili açıklamalarımızda ele aldık¹⁷¹.

Zilyedin, eşyaya yapmış olduğu masrafların talebini düzenleyen ve bizim görüşümüze göre sebepsiz zenginleşmenin (harcamadan kurtulmadan ötürü zenginleşme) özel düzenlenmiş halleri olan TMK m.994 ve 995 hükümleri açısından olan değerlendirmelerimiz ise aşağıda “Harcamadan Ötürü Zenginleşmeler” başlığı altında ele alınmıştır¹⁷².

Bu başlık altında ayrıca haksız el atmanın önlenmesi davası ile sebepsiz zenginleşme talebinin bir arada bulunup bulunamayacağı da ele alınmalıdır. TMK m.683/2 hükmü “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava*

¹⁶⁹ Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.335; bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 846; bkz.Emil W. Stark/ Barbara Lidemann, “**Der Besitz** , Art. 919-941ZGB , Berner Kommentar, 4. Auflage, Bern, 2016, s. 280 (Rn. 64); (Bucher,**a.g.e.**, s. 660; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 251.)

¹⁷⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.335.

¹⁷¹ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.2.

¹⁷² Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.3.

edebilir.” şeklinde kaleme alınmıştır. Uygulamada, diğer adıyla müdahalenin men’i davası taşınmazlara ilişkin olarak çok sefer karşılaşılan bir dava türüdür ve “ecrimisil” ile birlikte talep edilebilmektedir. Ecrimisilin niteliği ise hukukumuzda tartışmalıdır. Yargıtay tarafından ecrimisil hakkında verilen bir kararında ecrimisil,

TMK m.995 inci maddeye göre ve 8.3.1950 gün ve 22/4 Sayılı YİBK. Kabul edildiği gibi; başkasının taşınmazını haksız olarak kullanmış olan kötü niyetli kimse, o taşınmazı haksız olarak elinde tutmuş olmasından doğan zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri tazminle yükümlüdür. Zira, işgal zararı; gelir getirebilecek bir yerin haksız işgali sebebiyle malikin o yerden olağan biçimde yararlanmaması yüzünden mal varlığındaki artışa engel olmaktadır. Bu engel olmanın sağladığı mal varlığına girmeyen çoğalma en az kira en çoğu da tam gelir yoksunluğu olarak değişebilir. Tazminatın amacı, el atma olmasaydı malikin mal varlığı ne durumda olacak idiye o durumun sağlanmasıdır.

şeklinde tanımlanmışken¹⁷³ diğer bir başka yakın tarihli kararında *Bilindiği, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 8.3.1950 tarihli 22/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; füzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleriyle kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarıyla haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal sebebiyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal sebebiyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan olumlu zararlar kullanmadan kaynaklanan olumlu zararlar malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir. (Yargıtay H.G.K.'nun 25.2.2004 gün ve 2004/1-120-96 Sayılı kararı)”* şeklinde tanımlamıştır¹⁷⁴.

¹⁷³ Yargıtay 3. HD. 27.10.2011, 2011/11463 E., 2011/16600K.

¹⁷⁴ Yargıtay 1. HD. 29.09.2014, 2014/144 E. , 2014/15061 K. ; Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD. 25.05.2017, 2015/20026 E., 2017/8011K. : “TMK’md.993-995 ve 8.3.1950 gün, 22/4 sayılı Y.İ.B. Kararında da kabul edildiği gibi ecrimisil; haksız fiil benzeri olup, üstün bir hakka dayanmadan başkasının taşınmazını işgal edip böylece “haksız kazanç elde eden” şahsın iade etmekle yükümlü olduğu bir tazminat türüdür. Kötü niyetli kimsenin sorumluluğu ise, taşınmazı haksız olarak elinde tutmuş olmasından böylece “haksız kazanç elde etmesinden doğan” davacı zararları ve buna ilave olarak, elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal eylediği semerelerden kaynaklanan tazminatla sınırlıdır.”;bkz. Ayrıca Yargıtay 3. HD. 30.06.1988 t. 1988/6169 E. , 1988/6841 K.

Görüleceği üzere, Yargıtay tarafından kabul edilen ecrimisil talebinin haksız fiil benzeri olduğudur. 8.3.1950 gün ve 22/4 Sayılı YİBK.'dan evvel ise, 25.5.1938 tarihli ve 37/29-38/10 sayılı YİBK'da ecrimisil talebi kira bedeline benzetilmiş ve 5 yıllık zamanaşımının uygulanacağı kaleme alınmıştır¹⁷⁵. Yukarıda Yargıtay kararlarında da atıfta bulunulan YİBK'da da başkasının malının haksız olarak kullanılmasının Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin hükümlerine tabi bir haksız fiil olduğu ve bakımdan haksızlığa uğrayan şahsın bu yüzden zarar görmüş olmasının gerektiği savunulmuştur¹⁷⁶. Türk doktrininde de görüş birliği yoktur. Ecrimisilin haksız fiil olarak vasıflandırılmasını kabul eden görüşe göre, ecrimisil davasında davacı davalının kusurlu olduğunu ve kötü niyetli olduğunu ispat etmek zorunda olacaklardır¹⁷⁷. (Bu, TBK m. 50/1 hükmünün gereğidir.)

Diğer bir görüş ise, ecrimisilin dayanağının TMK m. 995'de yer alan zilyetin bizzat elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler olduğunu ileri süremektedir. Bu görüşü ileri sürenler arasında da fikir birliği yoktur. Zira bu yazarların bir kısmı elde edilen yararlar ifadesinden yola çıkarak ecrimisilin dayanağına ulaşmakta, bir kısmı ise elde edilmesi ihmal edilen ürünler kavramına dayanmaktadırlar¹⁷⁸. İhmal edilen semereler kavramına dayanan görüşü ileri sürenler de zilyetliğe konu malın

¹⁷⁵bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s.125-126.

¹⁷⁶ Bkz. Yargıtay 3. HD, 30.06.1988t. , 1988/6169 E. , 1988/6841 K. ; ayrıca bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s.125vd.

¹⁷⁷ Hatırlatmak gerekir ki , TMK m. 993/1'nde yer alan özel hüküm uyarınca, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde zilyetliğe konu malı kullanması veya ondan yararlanması halinde, iyi niyetli zilyede karşı bir talep ileri sürülemez. Yeter ki, iyi niyetli zilyet malı elinden bir ikame değer karşılığı çıkarmamış olsun. Bu bakımdan , ecrimisil talep eden davacı ispat kuralları gereği (TMK m.6, HMK m.190) iddiasının dayanağı olan davalının kötü niyetli olduğunu ispatla mükellef olacaktır. Buna mukabil, Alman hukukunda olduğu gibi, bu taleplerin sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirildiği durumda davacının bu şekilde bir ispat külfeti doğmayacaktır Zira sebepsiz zenginleşme, bu görüşe göre zararı da fakirleşmeyi de aramaz.

¹⁷⁸bkz. Mehmet İstemi, "Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukuki Dayanağı- Ecri Misil Sorunu", **TBB Dergisi 1998/1**, Ankara, 1998, s. 39 vd.

kiraya verilebilir olmasının aranıp aranmadığı konusunda anlaşılamamaktadırlar¹⁷⁹. Doktrinde Oğuzman/Seliçi/Oktay'a göre, malikin kiraya verip vermeyeceğine bakmaksızın, malın kiraya verilmesinin mümkün olup olmadığının ele alınması gerekecek; eğer kiraya verilmesi mümkün bir mal söz konusu ise kötü niyetli zilyet malı bizzat kullanarak ürünü elde etmeyi ihmal etmiş sayılarak TMK m. 995'in doğrudan uygulanması sonucu ecrimisil ödemek zorunda kalacaktır¹⁸⁰¹⁸¹.

Doktrinde azınlıkta kalan görüş ise, ecrimisilin dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğudur. Bu görüşün azınlıkta kalmasının sebebi, Türk doktrininde mal varlığı kaymasının, "fakirleşme"nin sebepsiz zenginleşme için bir şart olarak aranması görüşünün ağırlıklı olarak kabul edilmesidir. Fakirleşme şartını arayan çoğunluk görüşe göre, malikin kullanma niyetinin olmadığı durumlarda kötü niyetli zilyede prim verilmesine sebebiyet verileceğinden dolayı sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁸².

3.1.7 İcra-İflas Kanunu Düzenlemeleri İle

Bu başlık altında İİK m. 40 ve İİK m. 361 hükümlerinden bahsetmek gerekecektir. İİK m. 40/1 *"Bir ilâmın bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya temyizen bozulması icra muamelelerini olduğu yerde durdurur"* şeklinde kaleme

¹⁷⁹ bkz. **a.e.**, s. 40.

¹⁸⁰ . Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s.127vd.

¹⁸¹ Bu görüşe karşılık : İhmal edilen yararların asgari anlamının, emsal kira olduğunu ve bir yerde ihmal edilen semere ile ecrimisilin eş anlamlı olduğunu, bu bağlamda malın kiraya verilebilir olmasına gerek olmadığı hakkında bkz. Mehmet İstemi, **a.g.e.**,s.45; İlhan E. Postacıoğlu, "Sui Niyet Sahibi Zilyetlerin Ecri Misile Mükellef Olup Olmadığı", **İHFM C. XVII Sayı : 1-2**, İstanbul, 1951, s. 430 vd.; Postacıoğlu, fuzulen işgal edilen arazinin getireceği kira ile gayrimenkulün emsaline nazaran getieceği hasılat arasında malığın seçimlik hakkı olduğunu ve malikin zarar görmesinin şart olmadığını belirtmektedir.

¹⁸² Tartışmalar içim bkz. Mehmet İstemi, **a.g.e.**,s. 49vd. Konumuz dışında olduğundan ecrimisil konusunu ayrıntılı olarak ele almıyoruz.

alınmış, İİK m. 40/2 hükmü ise “Bir ilâm hükmü icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtayca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk ederse, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur.” şeklinde düzenlenmiştir. İİK m. 40/1 uyarınca kanun gereği bozulan ilam gereği takip durur; fakat İİK m. 40/2’de ise ancak yazılı şartların varlığı halinde ilamın icrasının eski hale iadesinin mümkün olacağı kaleme alınmıştır. Kısacası İİK m. 40/2’de “ilamın icrasının eski hale iadesi” kurumu düzenlenmiştir. Bir ilamın kural olarak kesinleşmesi gerekmediğinden dolayı¹⁸³, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ilam sebepsiz olarak (bozulan ilama dayanılarak) icra takibine konulmuşsa ve İİK m. 40/2’de yer alan şartların (bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtayca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk ederse) varlığı halinde aynı icra dosyası üzerinden ayrıca bir davaya gerek kalmaksızın ilamın içeriğine göre tamamen veya kısmen icra takibi eski haline iade olunur¹⁸⁴. Aslında bu düzenleme niteliği gereği bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın takip borçlusunun sonradan sona ermiş bir sebebe dayalı olarak takip alacaklısına ödenen meblağın iadesidir.

Bu da aslında bir müdahaleden ötürü zenginleşme durumudur¹⁸⁵. Bir başka ifade ile , İİK m. 40/2’ye dayanılarak takip alacaklısına karşı yapılan iade istemi sebepsiz zenginleşmeye dayalı özel olarak düzenlenmiş bir istemdir. Bu bakımdan, hukuk tekniği açısından ortada İİK m. 40/2 ile sebepsiz zenginleşme talebinin yarışmasından bahsedilemez. İİK m. 40/2’ hükmü, usul hukuku bağlamında sebepsiz olarak icra takibine muhatap olan takip borçlusunun dava açmadan takibin eski hale iadesi ile verdiklerini almasına olanak sağlayan bir usul hükmüdür. Nitekim Yargıtay

¹⁸³ Bkz. Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku Esasları**, İstanbul, 2017 s.646 vd.

¹⁸⁴ **a.e.**, s. 646 vd.

¹⁸⁵ Alman hukuku açısından aynı yöndeki görüş için bkz. Sprau, **a.g.e.**, s. 1168 ve 1178.

uygulamasında da, bu sebepsiz zenginleşme talepli bir dava yoluna başvurmaya İİK m. 40'ın engel olmayacağı düzenlenmektedir¹⁸⁶.

İİK m. 361 hükmü ise “İcra dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir tarafa para tediye olunduğu hesap neticesinde anlaşılırsa verilen para ayrıca hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümde de, tıpkı İİK m. 40 hükmü gibi sebepsiz zenginleşme alacaklısı olan dosya borçlusunun sebepsiz zenginleşme talebini dava açmadan aynı dosya üzerinden ulaşmasına usulen olanak sağlanmaktadır. Bu bakımdan da, ortada müdahale zenginleşmesi söz konusu olup; taleplerin yarışmasından söz edilemez ve sebepsiz zenginleşme talepli bir dava açılmasına bir engel yoktur¹⁸⁷.

¹⁸⁶Yarg. 3. HD. 26.02.2007 t. , 2007/2264 E. , 2007/2630 K. : “Bir ilam hükmü icra edildikten sonra nakzedilip de aleyhinde icra yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kati bir ilamla tahakkuk ederse, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur denilmektedir. Bu maddenin hükmü haksız yere para ödemiş olanların geri alma haklarını kolayca kullanabilmelerini sağlamak üzere konulmuştur. Bu maddenin verdiği hakkın, sebepsiz mal edinme esasları gereğince mahkemeye başvurularak kullanılması da mümkündür. Böyle bir davaya İİK'nın 40. maddesindeki hüküm engel teşkil etmez. İİK'nın 40. maddesi hükmü emredici nitelikte değildir (Yargıtay HGK 05.10.1960 tarih, Esas 3/12, Karar 12). Davacı, bir mahkemece hükmü altına alınan ilama konu alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takibi sırasında takibe konu kararın Yargıtay'ca bozulması ve yeniden yapılan yargılama sonrasında önceki miktardan daha düşük bir miktara hükmedilmesi nedeniyle önceki ilama dayalı olarak ödenen paranın, sonraki ilam ile arasındaki farkın iadesini istemektedir. Sebepsiz zenginleşme esasları gereğince dava açma hakkı bulunmaktadır. Böyle bir dava açılmasına İİK'nın 40. maddesi engel değildir. Mahkemece işin esasına girilerek ortaya çıkacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

¹⁸⁷Yarg. 3. HD. 12.09.2013, 2013/12387 E., 2013/12539K.

4. Sebepsiz Zenginleşmenin Şartları

4.1.1 Genel Bilgi

TBK m. 77/1 hükmü "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*" şeklinde kaleme alınmış olup EBK m. 66'da yer alan "*haklı bir sebep olmaksızın âharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur*" şeklindeki ifadede oldukça farklı olarak kaleme alınmıştır. Hiç kuşkusuzdur ki, bu önemli değişikliğin temelinde doktrin ve uygulamada çıkan yeni anlayış yatmaktadır¹⁸⁸. Bu hükme yer veren kanun koyucu tarafından m.77/1'le yetinilmeyerek, m. 77/2'de başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşenin iade yükümünün kanun metninde de açıkça belirtildiği üzere "*özellikle*" zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olmayacağı belirtilmiştir. Görüleceği üzere m.77/2'de yer alan "*özellikle*" ibaresinden de anlaşılacağı üzere; Türk hukukunda sebepsiz zenginleşme, zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebepten dolayı olabileceği gibi başka şekilde de gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile, m. 77/2 hükmü açıklayıcı bir hükümdür; alacak hakkı m.77/1'den doğmaktadır; "*Anspruchsgrundlage*" bu hükümdür.

İşbu çalışmamızın başlangıç kısmında da belirttiğimiz üzere, EBK m. 66'da yer alan "*âharın zararına*" ibaresine yer verilmemesi istençlidir ve apaçık olan m.77 hükmünden dolayı, Türk hukukunda sebepsiz zenginleşmede fakirleşme şartının aranması ve birçok sebepsiz zenginleşmeye konu hususların sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilmemesi açıkça kanuna aykırı olacaktır. EBK zamanında "*âharın zararına*" ibaresine ilişkin tartışmalara girebilmek artık söz konusu değildir¹⁸⁹. Zira bize göre kanunun bu açık düzenlemesi yoruma kapalıdır. Nitekim kanun gerekçesi

¹⁸⁸ Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s.566.

¹⁸⁹ bu tartışmalara ilişkin olarak bkz. Mehmet İstemi, **a.g.e.**,s.50 vd.

de bu yöndedir¹⁹⁰. Bu hususa rağmen doktrinde ve yargı kararlarında halen sebepsiz zenginleşmenin mal varlığı kayması şartına bağlanması ve fakirleşme şartı aranması yanlıştır¹⁹¹. Bu hususa aşağıda ayrıca ilgili başlığı altında değinilecektir¹⁹².

4.1.2 Zenginleşme Şartı

4.1.2.1 Zenginleşme Nasıl Gerçekleşir?

Kanunda yazılı olduğu üzere TBK m. 77/1 'de açıkça "bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen" ibaresinden anlaşılabacağı üzere zenginleşme şartının malvarlığından veya bir başkasının emeğinden zenginleşme olarak ikiye ayırabiliriz.

Doktrinde bu şartın incelenmesi açısından da bahsedildiği üzere, neyin zenginleşmeye konu olamayacağını tespit etmek, neyin zenginleşme sayılacağını tespit etmekten daha zordur¹⁹³. Zira malvarlığı kavramı çok geniştir ve malvarlığının

¹⁹⁰818 sayılı Borçlar Kanununun 61 inci maddesinde, “Haklı bir sebep olmaksızın âharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur” denildiği hâlde, öğreti ve uygulamada ortaya çıkan yeni anlayışa uygun olarak Tasarının 76 ncı maddesinin birinci fıkrasında “Haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.” denilmektedir

¹⁹¹ Yargıtayın eski BK açısından verilen kararları “mal varlığındaki eksilme” şartını aramaktadır. Bkz. **Yargıtay 3. HD. 20.01.2014 t. , 2013/16221 E. , 2014/608 K. : “Sebepsiz zenginleşmede ise; sadece mal varlığındaki eksilmenin giderilmesinin talep edilmesi sözkonusudur. Sebepsiz zenginleşme alacaklıya 2.derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemmez. Bunun bir sonucu olarak da, sözleşmeden doğan bir hukuki ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması olanaklı değildir. Nitekim, aynı ilkeler HGK. 13.06.2007 tarih, 2007/18-330 E. 2007/350 K.ve 17.02.2010 tarih, 2010/13-93 E. 2010/88 K.sayılı kararlarında da benimsenilmiştir.”**

¹⁹² Bkz. Birinci Bölüm başlık no. 4.1.2.3.

¹⁹³ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 316.

artması zenginleşmedir¹⁹⁴. İşte bu bakımdan öncelikle malvarlığı terimini ele almak gerekir. Hukuki anlamda malvarlığı kavramı tartışmalıdır ve genel kabul edilen görüşe göre malvarlığı, bir kimsenin ekonomik değeri olan, bir başka ifade ile parayla ölçülebilen haklar bütünüdür¹⁹⁵. Bu kavram bize göre hukuki anlamda malvarlığı kavramını yeteri kadar ifade edememektedir. Zira bir hakkı olmaksızın, örneğin bir malın zilyedi olmak gibi fiili durumlar dahi kimi zamanlarda ekonomik bir değer ifade edebilecektir. Daha geniş bir ifade ile, ekonomik değer ifade eden her şey hukuki anlamda malvarlığı olarak kabul edilmelidir. Ekonomik değer ise, paraya çevrilmesi dolaylı ya da dolaysız mümkün olan şeylerdir¹⁹⁶. Zenginleşme bu bakımdan en geniş anlamı ile kabul edilmelidir¹⁹⁷. Örneğin, bir şeyi kullanma şansı dahi bu kapsama girebilecektir¹⁹⁸.

Zenginleşme, görüleceği üzere bir aynı hakkın iktisabı olabileceği gibi zilyetliğin kazanılması gibi fiili bir durum dahi olabilecektir. Alacak haklarının iktisabı da , mevcut bir hakkın güçlendirilmesi de¹⁹⁹ (örn. def'i hakkından vazgeçme), bir şeyden istifade etmek de, ekonomik değer taşıyan fikri haklardan yararlanma da zenginleşmeye konu olur²⁰⁰.

¹⁹⁴ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.857.

¹⁹⁵ bkz. **a.e.**, s. 857.

¹⁹⁶ Bu tanım özellikle 21. yüzyılda bilişim çağı açısından daha tutarlıdır. Zira elektronik ortamdaki bir takım değerlerin kimi zaman bir hak olarak kabul edilebilmesi bazen mümkün olmamaktadır. Buna örnek olarak , ücretsiz bir online oyunda oyun ve server sahibinin hakimiyeti söz konusu olduğu durumda, oyuncuların eğer oyun sahibinin aksine bir taahhüdü yoksa , o oyundaki hesapları üzerinde hak sahipliğinden bahsedilemeyecektir. Zira oyun ve server sahibi istediği zaman oyunu kapatabilecektir. Fakat söz konusu oyunda devam eden hesabını pekala bir şahıs bir başka şahsa para karşılığı devredebilir. Burada zilyetliğin devrinin kabulü gereklidir.

¹⁹⁷ bkz. Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 857.

¹⁹⁸ Aynı yönde bkz. Anne-Catherine Hahn, "OR 64" , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1378.

¹⁹⁹ Volker Wiese, , "**§ 812**", Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.3 beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020

²⁰⁰ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 317.

Nihayet, kanunda ayrıca ifade edilen “emekten zenginleşme” kavramı üzerinde durabiliriz. Emeğin de bir ekonomik değer olduğu tartışmasızdır²⁰¹. Kanun koyucu tarafından , malvarlığı kavramının dar yorumlanabilmesi ihtimaline binaen burada emek kavramına yer verilmiştir. Aslında bu ibareye yer verilmeseydi dahi, malvarlığının geniş yorumlanması suretiyle, bir başkasının malının eşyasının taşınması gibi emeğin kullanıldığı şeklindeki fiili durumlar da kapsama girecekti. Kanımızca kanun koyucu burada istençli olarak, kavramsal kargaşaların önüne geçmek amacıyla bu ibareye yer vermiştir.

Zenginleşme, tıpkı haksız fiillerde zarar şartında olduğu gibi iki türlü olabilir: fiili zenginleşme ya da fakirleşmeden kurtulma²⁰².

“Fiili zenginleşme”yi (*lucrum emergens*) ilk olarak ele alabiliriz. Fiili zenginleşme ise malvarlığındaki aktifin artması ya da pasifin azalması şeklinde olabilir.

“Aktifin artması”nda zengileştirmeye konu olay sonunda sebepsiz zenginleşme borçlusunun mevcut malvarlığının müspet ve fiili bir artış söz konusudur²⁰³. Parayla ölçülebilen (ekonomik bir değer taşıyan) hukuki değerın elde edinilmesinin "zenginleşme" sayılıp sayılamayacağını da somut olaya göre ele alınması gerekmektedir. Zira ivazlı kazandırmalarda, karşı edimin değerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna karşılık, ivazsız kazandırmalarda, parayla

²⁰¹ Gökhan Antalya ,**a.g.e.**,s.568.

²⁰² Gökhan Antalya ,**a.g.e.**,s.568; ayr. bkz. Hatemi, **a.g.e.**,s. 198; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.318vd. Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 858 vd.; Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 376-377; ayrıca bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s.802: " ...zenginleşmenin bizatihi nasıl saptanacağına gelince: bu sorunun çözümü o denli karmaşık değildir. Nasıl zarar kavramı bakımından malvarlığının küçülmesi (*damnum emergens*) ile malvarlığının büyümesinin engellenmesi(*lucrum cessans*) ayrımı yapıyorsa, zenginleşme kavramı bakımından da bu ayrım yapılır.Şu kadar ki hukuk mantığının dikiz aynasında, zarar görüntüsü , göze tersinden (yarar görüntüsü olarak) gözüktür."

²⁰³ Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 859.

ölçülebilen (ekonomik bir değer taşıyan) bir *hukuki değer*²⁰⁴ elde edilmesinin kazanılması her zaman malvarlığının artması sonucunu doğuracaktır²⁰⁵. Bu bakımdan, bu bir hakkın elde edilmesi olabileceği gibi, hakkın değerinin artması ya da fiili bir durumun elde edilmesi (örneğin zilyetliğin elde edilmesi) dahi zenginleşmeye konu olabilecektir²⁰⁶.

“*Pasifin azalması*” ise borçtan tamamen veya kısmen kurtulma yoluyla malvarlığında artış meydana gelecektir²⁰⁷. (Örn. başkası tarafından borcun ödenmesi, hukuki sebep olmaksızın ibra)²⁰⁸

Fakirleşmeden kurtulma (damnum cessans), bir başka ifade ile “*menfi zenginleşme*” ise, sebepsiz zenginleşme borçlusunun hayat tecrübelerine göre , olağan şartlarda yapması gereken giderleri yapmaması, haksız olarak başkasının parayla ölçülebilen hukuki bir değerini kullanması ve bu sayede giderlerden tasarruf etmesi şeklinde meydana gelecektir²⁰⁹. Kısacası, sebepsiz zenginleşme borçlusu masraftan veya hak kaybından ya da bir yükümlülük altına girmekten kurtulmakta , böylece malvarlığının azalması önlenmektedir²¹⁰. Örneğin, bir trene kaçak olarak binen yolcu, yol masrafından tasarruf etmiş olacak, malvarlığından azalma

²⁰⁴ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere malvarlığı haklardan oluşmamaktadır. Hukuki değerler de, parayla ölçülebiliyorlarsa malvarlığının içerisinde dirler ve bunların kazanımı zenginleşmeye konu olabilecektir. (Ayrıca bkz. Aytekin Ataay, **a.g.e.**,s. 377 : “*Yeter ki, zenginleşenin malvarlığında akça ile ölçülebilen bir yararlanma meydana gelmiş bulunsun.*”)

²⁰⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 859.

²⁰⁶ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 318: “*Geçersiz bir sebebe dayanarak taşınır mülkiyeti iktisabı veya bir alacağın devir yoluyla kazanılması yahut bireşyanın onarılmasının veya bir tarlanın ekilmesinin sağladığı yarar.*”

²⁰⁷ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 318 ; Volker Wiese, , “§ 812”, Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.3 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020 ; BGE 87 II 137(çevirimiçi) 21 Mart 2020.

²⁰⁸ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 802.

²⁰⁹ BGE 129 III 646 S. 652 ; Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 861 ; Volker Wiese, **a.g.e.**, p.4.; ayrıca bkz. Sieber Lorenz, **Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten**, Zurich, 2015, s. 53.

²¹⁰ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 319.

engellenmiş olacaktır. Para karşılığı elde edinebilen hizmetlerin, geçerli bir hukuki ilişki olmaksızın edinilmesi de bu zenginleşme türünün tipik örneğidir²¹¹.

4.1.2.2 Zenginleşme Nasıl Belirlenir?

Yukarıda zenginleşmenin nasıl gerçekleştiğini ifade ettikten sonra, zenginleşmenin ortada olup olmadığı - belirlenmesi- hususunu ele almamız gerekir. Burada kabul edilen görüş, tıpkı zararın tespit edilmesinde olduğu gibi "*fark teorisi*" dir²¹². Sebepsiz zenginleştiği iddia edilen kişinin sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet verdiği iddia edilen *zenginleştirici olay* sonucu malvarlığındaki güncel durum ile söz konusu olay gerçekleşmeseydi sahip olacağı malvarlığı arasındaki fark denkleştirmeye konu zenginleştirmeyi oluşturacaktır²¹³.

Zenginleşmeye konu bir mal ise bunun yanı sıra, bunun sağlamış olduğu yararlar, semereler, malın elde edinilmesi ile illiyet bağı içindeki tüm kazançlar ve varsa kayıplar iade kapsamında ele alınacak ve zenginleşme buna göre belirlenecektir²¹⁴.

Fark teorisinin uygulanmasının yanı sıra TBK m. 79/1 hükmünün uygulanması önem arz etmektedir. Sebepsiz zenginleşen iyi niyetli olmaksızın zenginleşmeye konu değeri elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa zenginleşmenin tamamını geri vermek

²¹¹ bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 319-320 : "*Ancak tapılan iş zenginleşene ait bir eşyaya bir başka malı ekleme tarzında ise, ... fiili zenginleşme söz konusu olur.*"

²¹² Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 803.

²¹³ Burada dikkat edilirse, "iktisap" ifadelerine bilinçli olarak yer vermemekteyiz. Zenginleşme kavramı "iktisap" ile sınırlı değildir. İktisap ancak bir hakkın veya zilyetliğe özgüdür. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet verenin hukuki işlem olması gerekmez. Pekala bir doğa olayı dahi , sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet olabilir. Bu bakımdan da,kavramlar doğru ifade edilebilme adına bu şekilde kullanılmıştır. (karş. Rona Serozan, **a.g.e.**,803.)

²¹⁴ bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 320.

zorundadır. Anlaşılacağı üzere; zenginleşen, elden çıkarma anında iyi niyetli ise fark teorisi , aksi halde fark teorisi ile TBK m. 79/1 hükmü uygulanacaktır²¹⁵.

Bu aşamada *objektif zenginleşme* ile *sübjektif zenginleşme* kavramlarını ele almamız gerekir. Objektif zenginleşme, zenginleştirici olaydan dolayı herkesin elde edebileceği nesnel değer artışıdır²¹⁶. İzinsiz tüketilen mallarda bu, malların piyasa değeridir ²¹⁷ . Borçlunun malvarlığının objektif artışından ziyade, özellikle zenginleşenin fiziki veya ekonomik faaliyetine bağlı diğer artışlar da varsa, *sübjektif zenginleşmeden* söz edilir ²¹⁸ . Örneğin, zenginleşen zenginleşmeye konu malı kullanarak , örneğin ticari faaliyette kullanarak, kâr elde ettiyse durum böyledir. Bir başka örnekle bu hususu somutlaştırabiliriz:

(A)'dan geçersiz bir satış işlemi sonucu aldığı taşınırı (B), piyasa değerinin çok üzerinde (Ü)'ye satarsa elde ettiği kâr sübjektif zenginleşme olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sübjektif zenginleşme her zaman objektif zenginleşmeden fazla olacak diye bir kaide de yoktur ve bu somut olaya göre bakılacak bir husustur²¹⁹.

Objektif zenginleşme ile *sübjektif zenginleşme* kavramlarını ele aldıktan sonra, zenginleşmenin belirlenmesinde kural olarak objektif zenginleşmenin göz önünde bulundurulacağını bu aşamada belirtmeliyiz²²⁰. Sübjektif zenginleşmenin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenip istenemeyeceği ise tartışmalıdır. İsviçre'de olduğu gibi Türk hukukunda da sebepsiz zenginleşme ile objektif zenginleşmenin

²¹⁵ Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s. 569.

²¹⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 803 ; Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 862.

²¹⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 862.

²¹⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 863.

²¹⁹ bkz. **a.e.**,s. 864.

²²⁰ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 803.

istenebileceği, sübjektif zenginleşmenin ancak gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye konu olacağı görüşü hakimdir²²¹.

Zenginleşmenin ispat edilmesine rağmen, tutar belirlenemiyorsa ne olacağına ilişkin olarak TBK'da somut bir düzenleme yoktur. Doktrinde Öz tarafından, sözleşmelere ilişkin TBK m. 114/2²²²'de açık bir yollama olmasına karşın sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin bir yollama mevcut olmasa da, TBK m.50/2 hükmünün kıyasen uygulanması ve böylece hakimin olayların olağan akışını göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tutar belirlemesi gerektiği kaleme alınmıştır. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Bu başlık altında son olarak, zenginleşmenin esnek ve soyut malvarlığı değeri olduğu hususunu ele almamız gerekir. Doktrinde de ifade edildiği üzere; zenginleşme statik değil dinamik bir yapıdadır ve bundan ötürü iadenin kapsamı da değişkendir²²³. İadenin kapsamı ise kendi başlığı altında incelenecektir.

4.1.2.3 Zenginleşmenin Bir Başkasının Malvarlığından veya Emeginden Oluşu (Fakirleşme Şartının Aranıp Aranmayacağı)

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere, sebepsiz zenginleşme teorisine ilişkin olan "klasik görüş", bizim görüşümüze göre kanun koyucu tarafından TBK'da kabul edilmemiştir. Kısaca tekrar edecek olursak, alacaklının malvarlığında azalma şeklinde gerçekleşen "malvarlığı kayması" sebepsiz zenginleşmenin bir şartı değildir.

²²¹ Anne-Catherine Hahn, "OR 64", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1379; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e.**, N. 1517c; Walter Rene Schluep, **a.g.e.**, s.206, **BGE 129 III 422**, <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 2 Aralık 2018, Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 596.

²²² TBK m.114:

²²³ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 569.

Bu hususun halen tartışmalı olduğunu ayrıca hatırlatmamızda yarar var²²⁴. Klasik görüş uyarınca, zenginleşmenin azami miktarı alacaklının "fakirleştiği" miktardır ve alacak zenginleşme ile fakirleşme arasındaki illiyet bağı ile sınırlıdır²²⁵. Türk doktrinde haklı olarak Eren, bu görüşe göre adeta haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmenin birbirine karıştırıldığını; söz konusu kurumun adının da sebepsiz fakirleşme değil, sebepsiz zenginleşme olduğu ifade edilerek; fakirleşmenin bir şart olmadığını, sebepsiz zenginleşmenin şartının "başkasının aleyhine zenginleşme" ya da "başkasının malvarlığından zenginleşme" olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir²²⁶. Tekrar edeceğimiz üzere fakirleşme şartına kanun koyucu tarafından TBK'da yer verilmemiştir. Bir başkasının zararı, fakirleşmesi gibi bir şart olmadığından; bunun aksini kabul etmek bize göre yorum değil, tartışmaya kapalı olan kanun maddesinin yok sayılması olacaktır²²⁷. TBK hükmündeki tanımda kesinlikle fakirleşme unsuruna yer verilmemiş ve iade yükümlülüğü de fakirleşme ile sınırlandırılmamıştır²²⁸. Burada mehzaz kanun OR'de yer alan düzenlemeden de bahsetmek gerekir. OR m. 62/1'de "*Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.*" denilerek salt olarak "başkasının malvarlığından zenginleşme" ibaresine yer vermiştir. Nitekim İsviçre doktrinde de yargısında da fakirleşme şartını arayan görüş terk edilmeye başlanmıştır demek yanlış olmayacaktır²²⁹. Hal

²²⁴ İsviçre Hukukundaki yayım tarihi itibari ile tüm görüşleri içeren kapsamlı çalışma için bkz. Alexander Christoph Bürgi-Wyss, "**Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag**", Zürich, 2005, s. 107vd. ; Ayrıca bkz. Sieber Lorenz, **a.g.e.**,s. 52 vd.

²²⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 865.

²²⁶ **a.e.** , s. 865.

²²⁷ Antalya tarafından ayrıca da belirtildiği üzere,eski düzenlemede yer alan *âharın zararı* ibaresi zenginleşmenin illiyet bağına ilişkindir. (bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s. 570)

²²⁸ Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s. 571.

²²⁹ Bkz. BGE 129 III 422 ; Walter Schluep, "**Über Eingriffskonditionen**", Fritz Sturm(ed.) Festschrift für Mélanges Paul Piotet, Bern, 1990, s. 173 vd.; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, paragraf 57.01 vd. ; Christoph Bürgi-

böyle iken, sebepsiz zenginleşmede fakirleşme şartının aranmasının gerek TBK'da yer alan açık hüküm gerek ise sebepsiz zenginleşme kurumunun amacı doğrultusunda mümkün değildir²³⁰²³¹. Nitekim İsviçre'de de hiçte azımsanmayacak ağırlıktaki görüşün ve kimi İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinin de yeni kararlarında "fakirleşme" şartını aramamakta olduğunu belirtelim²³².

Bahsetmiş olduğumuz görüşün aksine Türk doktrinde bir çok isim tarafından halen "fakirleşme/yoksullaşma" sebepsiz zenginleşmenin bir şartı olarak ileri sürülmektedir²³³.

Wyss, “Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag”, Zürich, 2005, s. 107vd.; ayrıca bkz. Sieber Lorenz, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Claire Huguenin, **Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess Verlag, Zurich , 2012 s. 477vd.

²³⁰ Yargıtay'ın güncel kararlarında maalesef açıkça sebep zenginleşme şartları açısından " malvarlığı eksilmesi" şeklinde basmakalıp ifadelere yanlış şekilde yer verilmektedir: Örn. bkz. **Yarg. 3.Hukuk Dairesi 30.09.2019T 2018/ 5211 E. 2019 / 7267 K. : aynı daire- 19.10.2017 T. 2016/3544 E. 2017/14219K.**; "*Sebepsiz zenginleşmede ise; sadece mal varlığındaki eksilmenin giderilmesinin talep edilmesi sözkonusudur...*" (söz konusu kararlarda EBK zamanında doğan bir ihtilafa ilişkin olduğundan yeni düzenleme açısından bir yorum yapılmaksızın genel ifadelere kararda yer verilmiştir.)

TBK m. 77/1 de “fakirleşme” şartının olduğu yönünde yanlış ifadelere yer verilen karar için bkz. **Yarg. 3.Hukuk Dairesi 18.06.2019T 2018/ 5891 E. 2019 / 5519 K.**

²³¹ Fakirleşme şartının kabul edildiği görüşlerin yer aldığı açıklamalar için bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 323 vd.; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, 1961, s. 105; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015, s. 198vd.

²³² bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1373; BGE 129 III 422; BGE 129 III 646 [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019.; Bruno Huwyler, "**Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht**", ed. Nedin Peter Vogt/ Dieter Zobl, **Festschrift für Hermann Schulin**, Basel 2002, S. 41 ff., insbes. S. 66 f. ; Christoph Bürgi-Wyss, **a.g.e.**,s. 107 vd; Bucher, **a.g.e.**, s. 652; Peter Gauch, Walter R. Schluep , Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 2014, p. 1566

²³³ İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017 , s.162 vd. ; Kemal Oğuzman/Turgut Öz,**Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**,İstanbul ,2013, s. 315 vd. ; Haluk N.

Bu başlık altında irdelenmesi gereken diğer husus da, başkasından zenginleşmeyi açıklayan doktrindeki teorilerdir.

Wilburg'un kurucusu ²³⁴ olduğu kabul edilen *Yetki İçeriği Teorisi* ²³⁵ (*Zuweisungsgehaltstheorie*) doktrindeki hakim görüş olup, bu görüş hakların aitlik düzeni ve hakkın sahibine verdiği yetki içeriği olduğuna dayanır²³⁶. Hukuk düzeni bireylere haklar; haklar da bireylere hakkın içeriği doğrultusunda münhasıran onlara tanınmış yetkiler vermektedir ve işte bu yetkilerle çelişerek bu yetkilere aykırı olarak elde edilen her zenginleşme, zenginleşenin elde ettiği menfaatin aslında hukuk düzeninin başka birine özgülediği menfaat olduğundan dolayı, başkası aleyhine zenginleşmedir ²³⁷. Bu görüş de müdahaleden ötürü zenginleşmenin temelini oluşturur²³⁸. Edimden dolayı zenginleşmelerde ise edim

Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul , 2013, s. 202 ; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Bursa, 2012, s. 129 vd. ; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015, s. 198vd. ; Şaban Kayıhan / Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, s. 319 vd. ; İsmail Kayar, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2010 s. 87. ; İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara , 2013, s.110. ; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, İstanbul , 2019 , s. 106. ; Sezer Aydın / Mehmet Remzi , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul , 2017 , s. 476. ; Ali Bozer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2007, s.145vd. ; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2001, s. 134; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku : Genel Hükümler**, İstanbul, 1972, s. 614 vd. ; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, İstanbul,1981,s.375 vd. ; Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s.969 vd.

²³⁴ Walter Wilburg, **a.g.e.**, s. 122; Jenny, **a.g.e.**, s. 195.

²³⁵ bkz. Hans-Georg Koppensteiner/ Ernst A. Kramer, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, 2. Auflage, Berlin, 1988 ,s. 75vd., bkz. Reinhard Ellger, **Bereicherung durch Eingriff**, Tübingen, 2002, 485 vd. ; Walter Wiburg ,**Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht**, Graz , 1934, s. 27vd. .; bkz. Reto M. Jenny, “**Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen**”, Zurich, 2004, s. 195 vd.; Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 160.

²³⁶ bkz. Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 868; Reto M. Jenny,**a.g.e.**, s. 195-196. ; Schwab,**a.g.e.**,

²³⁷ Wilburg,**a.g.e.**,s. 122 vd.; Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 868.

²³⁸bkz. Reinhard Ellger, **Bereicherung durch Eingriff**, Tübingen, 2002, 485 vd.

ilişkisi esas olup; "başkası aleyhine zenginleşme" edim ilişkisi çerçevesinde açıklanır²³⁹. Hakların sahiplerine verdiği hukuk düzenince özgülenen yetkilerin ne olduğu ise, tartışıla gelmektedir. Bu görüşte dikkat edilirse, müdahale oluşturan fiilin hukuka aykırı olmasının bir önemi yoktur²⁴⁰.

Hukuk alanının ihlali teorisi (Beeinträchtigungstheorie) uyarınca ise, bir hakkı olmaksızın başkasının kendi hukuk alanındaki değerlere müdahale durumunda, başkasının malvarlığında eksilme meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın başkası aleyhine zenginleşme söz konusu olur²⁴¹. Ayrıca *Hukuka aykırılık teorisi (Widerrechtlichkeitstheorie)* ise hukuka aykırı fiil olarak, edim dışı sebepsiz zenginleşmeyi açıklamak amacıyla ortaya atılmış olduğunu belirtebiliriz²⁴².

4.1.3 Haklı Bir Sebebin Bulunmaması : "Sebepsizlik"

Sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için; zenginleşmenin "haklı bir sebebinin" olmaması gerekir. TBK m. 77/1²⁴³ hükmü tüm sebepsiz zenginleşme halleri için geçerlidir ve açıkça "haklı bir sebep olmaksızın" ibaresine yer verilerek bu şart vurgulanmıştır. Bu şart, doktrinde "sebepsizlik" şartı olarak da ifade edilmiş: sebepsizlik kavramı, zenginleşmenin hukuk açısından değer taşıyan bir nedene dayanmama durumu olarak ifade edilmiş ve sebepsizliğin kazandırıcı hukuki

²³⁹ Edim ilişkisinin temel alınması sonucu Türk uygulamasında da, edimden ötürü zenginleşmelerde sözleşmeye uygulanacak zamanaşımı uygulanmaktadır. Haricen satış sözleşmelerinde , şekil şartı sebebiyle batıl olan sözleşmeye istinaden ödemelerin iadesi genel zamanaşımı süresine tabidir. Yargıtayın bu yaklaşımı da bu görüşün iz düşümüdür: **YİBK , 1936/ 31E. , 1939 / 47K. 07.06.1939 t. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 16.02.2017 t. 2017/430E. ,2017/1300 K. ,; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 25.10.2018 t. 2017/ 951E. , 2018 / 10598 K.**

²⁴⁰ Reto M. Jenny,**a.g.e.**, s. 195.

²⁴¹ Bkz. bkz. Reto M. Jenny,**a.g.e.**, s. 191 vd.

²⁴² Bkz. bkz. Reto M. Jenny,**a.g.e.**, s. 185 vd.

²⁴³ TBK m.77/1 :” Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.”

muamelelerden meydana gelen zenginleşmelerde olduğu kadar, diğer şekillerle de meydana gelen zenginleşmelerle de söz konusu olabileceği ifade edilmiştir²⁴⁴. Biz de aynı görüşü savunmaktayız.

TBK m.77/2'de²⁴⁵ ise dikkat edilmesi gereken bir husus da , söz konusu fıkarda yazan haller ile "sebepsizlik" şartı sadece örneklendirilmiş; sınırlandırılmamıştır²⁴⁶. Örneklendirilen sebepsizlik şartları zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanmasıdır. Söz konusu fıkarda "özellikle" ibaresine yer verilerek bu husus vurgulanmıştır; bu durumların dışında da sebepsizlikten bahsedilebilecektir. Örneğin bir başkasının malının başkasına karışması durumunda ortada bir sebepsizlik söz konusu olacaktır.

Geçerli bir borcun ifası olarak yapılan kazandırmalar ve kanun gereği bir iktisabın korunduğu durumlarda ortada bir sebep olduğundan, ortada sebepsiz zenginleşme söz konusu olmayacaktır.

Peki sebepsizliğin tespiti nasıl yapılır? Bu soruyu cevaplayabilmek adına; edimden ötürü zenginleşmeler ve edim dışı zenginleşmeleri ayrı ayrı olarak incelemek gerekir. Bu bakımdan bu şart aşağıda ele alınan sebepsiz zenginleşme çeşitlerine yer verilirken ilgili başlıkları altında incelenmiştir²⁴⁷.

Yalnız bu başlık altında belirtmemiz gereken bir husus da, eğer sebebin varlığı kamu hukukunu ilgilendiren bir husus ise, sebebin varlığının kamu hukuku ilkelerine

²⁴⁴ Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, İstanbul,1981, s.379; ayrıca bkz. Claire Huguenin, **Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess Verlag, Zurich , 2012 s. 478.

²⁴⁵ TBK m.77/2: “Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur.”

²⁴⁶ EBK m.61 açısından bakınız : Aytekin Ataay, **a.g.e.**,s.379.

²⁴⁷ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.

göre çözümlenmesi gerekmektedir. Nitekim bu husus da 27.01.1973 tarihli YİBK ile vurgulanmıştır²⁴⁸.

4.1.4 Nedensellik Bağı

Zenginleşmenin bir başkasının malvarlığından veya emeğinden olmasının gerektiği kanun metninde vurgulanmıştır. Bundan çıkan sonuç da zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında nedensellik bağının olması gerektiğidir ve bu bağ ,sorumluluk hukukundan farklı olarak, fiil ile zarar arasında değildir²⁴⁹. Borçlunun malvarlığında başkası aleyhine oluşan zenginleşme; "kazandırma, müdahale veya umulmayan olay gibi zenginleştirici olaylar"²⁵⁰ ve hatta doğal olayları dahi olabilir. Doktrindeki fakirleşme şartını arayan görüşe göre ise; nedensellik bağı ise aranan malvarlığı azalanın fakirleşmesi ile diğer tarafın zenginleşmesi arasında nedensellik bağı olmalıdır²⁵¹. Tazminat hukukunda yer alan illiyet bağı ile sebepsiz zenginleşme müessesesinin bağdaşmadığı ortadadır ve sebepsiz zenginleşmede nedensellik bağının daha geniş olarak sadece hayatın olağan akışı bakımından gerçekleşmesi olağan karşılanan zenginleşmeler değil, en beklenmeyen durumlarda dahi başkasının malvarlığından olan (fakirleşme şartını savunanlarca fakirleşme ile) zenginleşmeler

²⁴⁸ YİBK 27.01.1973 T. , 1972/6 E., 1973/2K. : Ayrıca belirtmek gerekir ki, YHGK 05.12.1984 tarihli kararında (1982/13-387E., 1984/997K.) bahsedildiği üzere söz konusu YİBK salt “hatalı intibak veya hatalı terfi işlemi gibi bir şart tasarrufun sonradan idare tarafından geri alınması halinde daha önce bu şart tasarrufa dayanılarak memura yapılmış olan fazla ödemelerin nedensiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenmesinin idare hukuku ilkelerine göre mümkün olup olmadığı konusu ile” ilgilidir.(YHGK 05.12.1984 T. , 1982/13-387E., 1984/997K.) Söz konusu YİBK’de “Yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart tasarrufunu (özellikle yanlış intibak işlemi), ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri” alabileceğine karar verilmiştir.

²⁴⁹ Gökhan Antalya, **a.g.e.** , s.573. Ayrıca bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 328.

²⁵⁰ Fikret Eren, **a.g.e.** , s. 871.

²⁵¹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 327.

iade borcu kapsamına girecektir²⁵². Böylece, sorumluluk hukukunda geçerli olan ve işlevi sorumluluğu sınırlandırarak ve böylece zarar vereni belli oranda koruyarak, zarar vereni zarar veren olayın tesadüfi ve beklenmedik sonuçlarında korumak olan *uygun illiyet bağı* görüşü sebepsiz zenginleşmede bir şart olarak aranmayacaktır²⁵³. Bunun sebebi ise aslında basittir. Sebepsiz zenginleşmede iade kapsamı, borçlunun kendi asıl malvarlığına dokunmamakta; zenginleşen sebepsiz olarak elde ettiğini, malvarlığındaki artışı, iade etmekle yükümlü tutulmaktadır. Borçlunun, zenginleştirici olaydan evvel olan mevcut olan asıl malvarlığı korunmalı ve borçlu azami olarak zenginleştiği kadar sorumlu olmalıdır²⁵⁴. (Bu husus, iade borcunun kapsamına ilişkin açıklamalarımızda ayrıca ele alınmıştır²⁵⁵.)

“*Dolaysızlık ilkesi*”ni de ele almamız gerekir²⁵⁶. Bu ilkeye göre, alacaklının malvarlığından zenginleşme gerçekleştikten sonra gerçekleşenin elindeki "zenginleşme" üçüncü bir şahsın malvarlığını arttırsa bile , üçüncü kişilere karşı iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde kural olarak ileri sürülemez²⁵⁷²⁵⁸. Buna karşılık zenginleşme, zenginleşme ilişkisinin tarafları dışında üçüncü bir

²⁵² bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 328; Gökhan Antalya, **a.g.e.** , s.573.

²⁵³ Fikret Eren, **a.g.e.** , s. 871.

²⁵⁴ Elde edilmesi savsaklanan semerelerle de sebepsiz zenginleşenin sorumlu olması gerektiği hakkında bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 884-885.

²⁵⁵ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 7.3.

²⁵⁶ bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 328; Gökhan Antalya, **a.g.e.** , s.573.

²⁵⁷ Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s. 574.

²⁵⁸ BGB m. 816/1 c.2 "Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt." ifadesine yer verilerek, üçüncü kişiye yapılan ivazsız kazandırmalarda ise üçüncü kişinin de iade ile yükümlü olacağı belirtilmiştir. Yalnız burada belirtilmesi gereken husus, salt "karşılıksız kazandırmanın" varlığının yeterli olup; sebepsiz zenginleşen ile üçüncü kişi arasındaki karşılıksız kazandırmanın geçerli olup olmadığına bakılmamaktadır. Bu bakımdan Antalya'nın BGB m. 816/1 c.2'de yer alan istisnai düzenlemenin uygulanması için "geçersiz bağışlama" şeklindeki ifadesine katılmıyoruz. (bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s.574).

kişinin eylemi veya işlemi ile gerçekleşir ise "dolaylı" sayılmaz²⁵⁹. Bu ilkenin istisnaları ise, ayrıntılı olarak aşağıda ele almaktayız²⁶⁰.

5. Sebepsiz Zenginleşme Çeşitleri

5.1.1 Edimden Ötürü (İfa Sonucu) Sebepsiz Zenginleşmeler

5.1.1.1 Genel Bilgi ve Edim Olgusu

Yukarıda da ifade edildiği üzere tüm sebepsiz zenginleşme türlerini öğeleri, amaçları, sınırlamaları , uygulama alanları ile tek potada toplayan²⁶¹ von Savigny'den kalan tekçi anlayış artık kabul edilmemektedir²⁶². Bu bakımdan bu çalışmamızda da belirttiğimiz üzere sebepsiz zenginleşmeleri iki ana grup altında incelemekteyiz: a)edimden ötürü zenginleşmeler (*Leistungskondiktion*) ve b) edim dışı zenginleşmeler (*Nichtleistungskondiktion*).

Sebepsiz zenginleşmeden "haklı bir sebebin olmadığı" hallere ilişkin örneklendirme yoluyla vurgulayan TBK m. 77/2 hükmünü hatırlatmakta yarar var: *"Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur."* Görüleceği üzere kanun koyucu, a) geçerli olmayan , b) gerçekleşmemiş ve c) sona ermiş sebeple olan kazandırmalardan bahsetmiş ve ayrıca TBK m. 78/1'de geçerli olmayan sebepsiz zenginleşmenin bir özel çeşidi olarak *"borçlanılmamış şeyin ifası"* halinden bahsetmiştir. Yalnız burada belirmemiz gerekir ki TBK m. 77/1 hükmü borçlanmamış şeyin ifasını –*condictio indebiti* 'yi- kapsar şeklinde zaten düzenlenmiştir. TBK m. 77/1 sebepsiz zenginleşme talebinin temel kaynağını (*Anspruchsgrundlage*) oluşturur ve TBK m. 78/1 hükmü bizim de katıldığımız görüş

²⁵⁹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 328; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.574.

²⁶⁰bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

²⁶¹ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 822.

²⁶² Savigny hakkında bkz. Birinci Bölüm başlık no. 1.2.

çerçevesinde bir ispat kuralıdır²⁶³. Kısacası, sistematik olarak tüm sebepsiz zenginleşme talepleri, *condictio indebiti* dâhil TBK m. 77/1'den doğar. Buna karşılık Türk doktrininde sanki *condictio indebiti*'nin kaynağı, orada düzenlediği şekilde ifadeler bizim görüşümüze göre hatalıdır²⁶⁴. Kanun sistematığından de anlaşılacağı üzere;TBK m. 77/2 üç hali sadece örneklendirmiştir. Zaten borçlanılmamış şeyin ifası hali –*condictio indebiti*- aşağıda belirttiğimiz üzere geçerli olmayan bir sebebe dayalı zenginleşmenin – *condictio sine causa*'nın- alt türüdür. TBKm.78/1'de geçersiz olan sebebe dayalı zenginleşmenin özel bir haline ilişkin ispat kuralına yer verilmiştir. Bahsetmiş olduğumuz üzere; kanun koyucu örneklendirme yoluna gitmiştir ve kanun metninden de anlaşılacağı üzere ("özellikle" ibaresinden) bu türler sınırlı olarak yazılmamıştır.

Sebepsiz zenginleşme türleri, "haklı bir sebebin bulunmaması" şartının nasıl gerçekleştiğine göre birbirinden ayrılırlar ; bu bakımdan, edim amacıyla yapılan

²⁶³ Hahn, **a.g.e.**,s.1377; Bruno Schmidlin, “ **Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR**” , Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Ed: Heinrich Honsell, Basel, 2004, s. 674. Yarg. 3. HD. Bir kararında teknik olarak doğru bir şekilde TBK m. 77/1 hükmünün borcun kaynağı olduğunu ifade etmiştir. Somut olayda davacı idare tarafından devlet hastanesinde patoloji uzmanı olarak görev yapan doktor davalıya fazladan ödeme yapıldığı, özetle “Borç olmayı rızası ile ödeyen kimse yanlışlığa düştüğünü ispat ettiği takdirde ödediğini geri isteyebilir.” İfadelerine yer verilmiş; fakat borcun kaynağının TBK m. 77/1 olduğu belirtilmiştir. **(Yarg. 3. HD, 25.02.2019 T. , 2017/14376 E. , 2019/1523 K. ; aynı yönde benzer kararlar Yarg. 3. HD, 11.02.2019 T. , 2017/12443 E. , 2019/942 K. ; Yarg. 4 HD. 12.02.2018, 2017/4208 E. , 2018/782 K.)**

²⁶⁴ Doktrinde hatalı ifadelere ilişkin olarak Bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 581; EBK'ya ilişkin açıklamalarla ilgili olarak bkz. Aytekin Ataay, **a.g.e.**,s. 381: EBK'da da kanun sistematığı aynı şekildedir. "*Borçlar Kanunun 61. maddesinin 2. cümlesine göre, 'hususiyile .. muteber .. olmıyan veya tahajjuj etmemiş ..bulunan bir sebebe veyahut vücudu nihayet bulmuş bir sebebe müsteniden ahzolunan şeyin... iadesi lazımdır.'* Görülüyor ki, burada sayılan sebepsiz zenginleme halleri , geçerli bir hukuki sebebin bulunmaması veya hukuki sebebin gerçekleşmemiş olması veyahut da sona ermiş bulunması nedeiyle meydana gelen sebepsiz zenginleşmelerden ibarettir. Öte yandan, *Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin 1. cümlesinde de bir sebepsiz zenginleşme hali düzenlenmiştir. Burada aslında geçerli bir hukuki sebebin bulunmaması nedeniyle meydana gelen sebepsiz zenginleşmelerin... özel bir çeşidi olan 'borç olmayan şeyin ödenmesinden'... söz edilmektedir.*"

kazandırmalar "edimden ötürü zenginleşme"den bahsedebilmenin temel koşuludur²⁶⁵ ve bu kazandırmaların haklı bir sebebe bağlı olmamaları gerekir.

İşte “edim” olgusunun tespiti, sebepsiz zenginleşme isteminin edimden ötürü zenginleşme mi edim dışı zenginleşme mi olması açısından önem arz eder. Zira edimden ötürü zenginleşmelerle edim dışı zenginleşmeler arasındaki fark buradan doğmaktadır. Edim ifanın özünü oluşturmakla birlikte, edimden ötürü zenginleşmenin de özünü oluşturmaktadır²⁶⁶. Kısacası hangi koşullarda ortada edim olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Edim kimi kaynaklarda borcun konusu olarak soyut bir şekilde ifade edilmektedir²⁶⁷. Bu anlamda ifade edilen edim borcunun borcunu ifa etmek için vermesi yapması ya da yapmaması gereken şeyleri belirtmek için kullanılmaktadır²⁶⁸. Edim borçtan bağımsız bir kavram olduğundan²⁶⁹, edimden ötürü sebepsiz zenginleşme istemleri açısından yeterli bir ifade değildir. Burada “edim” belirli bir amaca yönelik ve bilinçli yabancı bir malvarlığındaki kazandırmadır²⁷⁰. Ortada bilinçli bir kazandırma yoksa; edimden söz edilemez²⁷¹.

²⁶⁵ Dirk Looscehelders, **a.g.e.**, s. 393.

²⁶⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 826.

²⁶⁷ Bkz. Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s.8; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.3.

²⁶⁸ Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş –Hukuki İşlem – Sözleşme**, İstanbul , 2017 , s.34.

²⁶⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 34: Yazar eserinde batıl olan bir sözleşmede ortada borç olmamasına rağmen yerine gerilen bir edimin söz konusu olduğunu ifade ederek örneklendirmiştir. Bu durumlarda da edim, ifa sebebi (solvendi causa) olarak değil “sine causa” olarak gerçekleşmiştir.

²⁷⁰ Dirk Looscehelders, **a.g.e.**, s. 393 ; Hartwig Sprau, "**§ 812**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s. 1162 (p.3); Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2014 s.409 (n.1126); Martin Schwab, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7** , 8. Auflage, München, 2020 ,n. 47., beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 827; BGH, Urteil vom 31. 10. 1963 - VII ZR 285/61 (Hamburg) (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020 ; Volker Wiese, , "**§ 812**", Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.3 beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020

²⁷¹ Volker Wiese, **a.g.e.**, n. 5; Dirk Looscehelders, **a.g.e.**, s. 393 ve 395 : Alman Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda, reşit olmayarak tek başına, havayolu şirketinin hatası ile

Yalnız bu ayırım her zaman kolay değildir. Bu bakımdan şu örneği vermemiz yerinde olacaktır:

Bir otobüs firmasının otobüsüne kaçak olarak binen yolcuya otobüs firması tarafından sağlanan bir edim söz konusu mudur?

Burada otobüs firmasının genel anlamda tüm yolculara ilişkin bir edim istencinden bahsetmek söz konusu değildir; kaçak yolcunun diğer yolcular gibi taşınması söz konusu olsa da burada ona karşı ortada “*causa solvendi*” söz konusu değildir. Anlaşılabacağı üzere belli bir kişi ya da kişilere karşı edim amacının söz konusu olması gerekmektedir. Edimin amacının tasavvuru kimi zamanlarda taraflar (edimde bulunanla-edimi alan) bakımından farklı olabilir. Burada edimde bulunanın sübjektif istencine mi yoksa edimi alanın bakış açısına göre objektif saptamaya değer verileceği tartışmalı olup; bizim de katıldığımız hakim görüş edimi alanın bakış açısına göre tayin edilmesinin gerektiğidir²⁷². Bu husus güven ilkesinin ve dürüstlük kuralının gereğidir²⁷³.

Üst paragrafta belirttiğimiz üzere edimin edimde bulunan tarafından “bilinçli” olması gerekmektedir. Peki icra takibi gibi “zorlama” ile gerçekleşen kazandırmalar

yanlış bilet verilen küçüğün; aktarma uçuş ile Almanya’dan Amerika’ya gitmesinde hava yolu şirketinin tüm yolcuları kapsayacak şekilde edimde bulunulduğu ,yalnız burada küçüğe karşı bir edim istencinin olmamasından dolayı, ortada edimden ötürü bir zenginleşmeden bahsedilemeyeceği belirtilmişti.

²⁷² Bkz. Dirk Looscehelders, **a.g.e.**,s. 393; Üç köşeli ilişkiler açısından BGE 70 II 121: BGH, Urteil vom 23. 10. 2003 - IX ZR 270/02 (OLG Hamburg) NJW 2004, 1169vd. beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020; BGH, Urteil vom 02-11-1988 - IVb ZR 102/87 (München) NJW 1989, 900vd. beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020 ; BGH, Urteil vom 4. 2. 1999 - III ZR 56–98 (München) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

²⁷³ Nitekim birden çok fazla borcun olduğu hallerde alacaklının bakış açısına önem verildiği de vurgulanmıştır. TBK m. 101’de alacaklıya birden çok borcu olan borçlunun bildirimde bulunmasını aramış ; bildirimde bulunmaması durumunda ve derhal itiraz etmemesi durumunda alacaklının makbuzda gösterdiği borç için ödemenin yapılmış olacağı kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımı da bizim görüşümüzü desteklemektedir.

edimden ötürü zenginleşmenin mi yoksa edim dışı zenginleşmenin mi konusunu oluştururlar? Bu husus bilhassa Alman Mahkeme kararlarına konu olmuştur. İş hukuku uyuşmazlıklarında Alman istinaf makamı olan ikinci derece mahkemesi ilgili eyalet iş mahkemesi “*Landesarbeitsgericht*” kararında, ortada baskı altında olduğunda dolayı edimden ötürü zenginleşmeden bahsedilemeyeceği, edim dışı zenginleşmenin söz konusu olacağını vurgulamıştır²⁷⁴. Fakat bu husus doktrinde eleştirilmiş olup; aşağıda da “*condicito indebiti*”ye ilişkin açıklamalarınızda da belirttiğimiz üzere kabul edilmemektedir. Alman doktrininde Schwab tarafından, edimde “gönüllük” (*Freiwilligkeit*) unsurunun aranmayacağı haklı olarak belirtilmiştir²⁷⁵. Yalnız belirtmemiz gerekir ki; bizim görüşümüze göre hakkında açılmış bir icra takibinin baskısı altında edimde bulunma ile takip borçlusundan icra dairesi kanalıyla haciz yoluyla tahsilde bulunulması durumu farklıdır. İlk durumda takip borçlusu bilerek edimde bulunmaktadır, ikinci durumda ise ortada bir edim olmadığından edim dışı sebepsiz zenginleşme söz konusudur.

Tabi burada, "sebepe" olgusunun ne olduğunu irdelemek gerekir. Her kazandırma bir sebebe bağlıdır. Örneğin A'nın B'ye olan borcunu yanlışlıkla C'ye banka kanalıyla havale ederse, bu kazandırmanın bir sebebi (A'nın B'ye olan borcunu ödeme istenci) vardır. Ama burada hukuki "sebepe" (B'ye kazandırma olmadığından A borcundan kurtulamamıştır.) söz konusu değildir. Bu bakımdan, kanunda yer alan "sebepe"ten anlaşılması gereken "hukuki sebepe"tir.

Bu bakımdan, hukuki sebepe olmadan yapılan kazandırmadan doğan bir zenginleşme, ilke olarak haksız zenginleşme olup; sebepsizlik kavramı ile haksızlık kavramı burada sebepsiz zenginleşme açısından aynı anlamdadır²⁷⁶. Kazandıran,

²⁷⁴ Martin Schwab, **a.g.e.(812)**, p.51'den aktarılmıştır (LAG Mainz BeckRS 2017, 134435 Rn. 29 f.)

²⁷⁵ **a.e.**, p.51; ayrıca aynı yönde bkz. Ivo Schwander, **Orell Füssli KommentarOR Kommentar (OR art. 63) (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser)**, Zurich, 2016, s. 340.

²⁷⁶ Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 874.

kazandırmayı kazandırma sebebi ile yapar ve tarafların kazandırma sebebi arasında konsensüsünün olmaması , (hukuki) sebebin haksızlığını doğurur²⁷⁷.

Tabi burada hemen belirtmek gerekir ki; haklı sebebe dayanmayan borç ilişkisinin sebepsiz zenginleşme alacaklısı ile borçlusu arasında olmasına gerek yoktur²⁷⁸. Örneğin, oğlunun borcu olduğunu sanarak ifade bulunan baba, ortada borç olmadığından alacaklı olduğunu sandığı kişiye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere; kanun sistematüğinde düzenlenişine göre, fakat bu hallerle sınırlı kalmamak üzere, edimden ötürü sebepsiz zenginleşmeler üçe ayrıldığını görmekteyiz: 1) hukuki sebebin geçersiz olması (ya da mevcut olmaması), 2) hukuki sebebin gerçekleşmemiş olması, ve 3) hukuki sebebin sona ermesi. Bu bakımdan bu türleri aşağıda kendi başlıkları altında ele almaktayız.

5.1.1.2 Hukuki Sebebin Geçerli Olmaması Halleri (Üst Tür olarak "Condictio Sine Causa")

TBK m. 77/2'de "geçerli olmayan sebep" terimine yer verilmiştir. Bu terim aslında yukarıda bir ispat kuralıyla TBK m.78/1'de belirtilen borçlanılmamış şeyin ifasını "*Condictio Indebiti*"yi de kapsar. Bir başka ifade ile *condictio indebiti*, *condictio sine causa'nın* özel bir görünümüdür²⁷⁹. Kendisini borçlu sanarak borçlanmadığı edimi yerine getiren kişi açısından ortada geçerli bir hukuki sebep yoktur.

²⁷⁷ bkz. Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 874;von Tuhr/Peter,**a.g.e.**, s.476.

²⁷⁸ bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s.581.

²⁷⁹ bkz. Hatemi, **a.g.e.**,s. 204; aynı yönde bkz. Hahn, **a.g.e.**, s.1377; Ivo Schwander, **Orell Füssli KommentarOR Kommentar (OR art. 63)**, Zurich, 2016, s. 340.

Doktrinde geçerli olmayan bir sebebe dayalı zenginleşmeler; dar anlamda “*sine causa*” (sebepsiz kazandırma) olarak ifade edilmektedir²⁸⁰ ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere bunun iki görünümü vardır: tarafların hukuki sebebin, yani “*causa*”nın ne olduğu üzerinde anlaşmamış oldukları “*condictio indebiti*” ve tarafların “*causa*”nın ne olduğu üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen “*causa*”nın geçersiz olduğu “*condictio sine causa*”²⁸¹.

Hukuki sebep üzerinde tarafların anlaşmamış olduğu zenginleşme türü “*condictio indebiti*” de kazandıran ile zenginleşenin birbirinden başka hukuki sebebi kazandırmanın temeli saydığı durumlarda meydana gelir²⁸². Borçlanılandan farklı şey vermek de yanlışlıkla bir üçüncü kişiye edimde bulunmak da *condictio indebiti*’ye girer²⁸³. Görüldüğü üzere bu hallerde taraflar farklı ifa sebeplerine dayanmaktadırlar. Tabi burada dikkat edilmesi gereken husus, ifa sebebinin üzerindeki anlaşmama tasarruf işlemini geçersiz kılıyorsa, ortada bir zenginleşme söz konusu olmayacağından, iade talebi ancak istihkak iddiasıyla ileri sürülebilir²⁸⁴.

Zenginleştirmenin dayandığı sebebin hukuki işlemin geçersizliği veya tamamlayıcı olguların gerçekleşmemesinden ötürü geçersiz hale gelmesinin vuk’u bulunduğu durumlar da “*condictio sine causa*” söz konusu olabilir. Bu durumda, dikkat edilmesi gereken ilk husus, doğal olarak kazandırıcı işlemin sebebe bağlı olup olmadığının tespit edilmesidir²⁸⁵. Kazandırıcı işlem eğer sebebe bağlı olarak kabul

²⁸⁰ bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 583; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul**, 1990, s. 80vd.

²⁸¹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.344.

²⁸² Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.344 ; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 583.

²⁸³ Rona Serozan, **a.g.e.**, s.854.

²⁸⁴ bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 584.

²⁸⁵ karş. bkz. Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015, s. 204 (n.19) : “ ‘Sebep üzerinde anlaşma’ yok ise, harcama işleminin de uyumsuzluk dolayısı (dissens) ile ‘yok’ sayılması gerekmez mi? Bu takdirde de mülkiyetin geçmediği, iktisabın gerçekleşmediği sonucunda varmayacak mıyız? Kanaatimce bu soruya olumsuz cevap vermemiz gerekir: Borçlanma işleminde bu kabilden bir Dissens, uyuşma olmadığı için, akdın yokluğuna yol açabilir. Kadı ki orada dahi beyanlar arasında uyumsuzluk yok ise , sözleşme hatalı olarak meydana gelmiş sayılır. ‘Sebep anlaşması’nın bulunmaması halinde de harcama

ediliyorsa, bu durumda sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez. Zira bu halde hem borçlandırıcı işlem hem de kazandırıcı işlem geçersiz olacaktır. Buna mukabil, eğer kazandırıcı işlemin sebepten soyutluğu kabul edilmiş ise, kazandırıcı işlem geçerli olduğundan, zenginleşene karşı sebebin geçersiz olduğundan dolayı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulabilir. Bu haller örneğin sözleşmenin TBK m. 27/1 uyarınca batıl olması; TBK m. 30 vd. uyarınca irade bozukluğu halleri sebebiyle iptal ; şekil sebebiyle sözleşmenin batıl olması²⁸⁶; ya da taraflardan birinin ehliyetsizliği durumları olarak karşımıza çıkabilmektedir²⁸⁷.

Bu bakımdan, bilhassa şekil şartına riayet edilmediğinden dolayı sözleşmenin geçersiz olması durumuna değinmek gereklidir. Borçlandırıcı işlemin geçersiz olmasına rağmen ifade bulunan tarafın sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi, hakimin re'sen dikkate alacağı TBK m. 12/2 c.2 ve şekil şartı taşıyan hükümler uyarınca kesin hükümsüzlük söz konusu olduğundandır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; şekil noksanlığı sebebiyle hakimin re'sen dikkate alacağı kesin hükümsüzlüğün mü olduğu yoksa kendine has bir hükümsüzlük halinin olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. ²⁸⁸ . Taşınmaz satışında, sözleşmedeki şekil eksikliklerine rağmen taşınmaz tapuda alacaklı adına tescil edilmiş ise; ortada mülkiyet devri olmayacağından dolayı malik -yani satıcı gözükken kişi- TMK. 1025'e

işleminde (ayni akit) hata dolayısı ile düzelebilir hükümsüz bir işlem yok mudur? Kanaatimce bu soruya olumlu cevap vermemiz gerekir. Şu halde 'yokluk' dolayısı ile değil, irade bozukluğunun yol açtığı düzelebilir hükümsüzlük (iptal edilebilirlik) dolayısı ile ayni akit (harcama işlemi) hüküm doğurmamış, iktisap gerçekleşmemiştir, yoksa sebebe bağlılık dolayısı ile değil"

²⁸⁶ Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 364 vd.

²⁸⁷ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 584.

²⁸⁸ bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 364. (bkz. dipnot 355) Çoğunluk görüş kesin hükümsüzlük olduğu görüşünde olup; azınlıktaki görüşe göre ise, şekil şartında eksiklik sonradan düzelebileceği için ortada kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir. Gerek Yargıtay'ın gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü ise ortada kesin hükümsüzlük yönündedir.

dayanarak kaydın düzeltilmesi davası açabilir²⁸⁹. Fakat taşınmaz mülkiyetinin iyi niyetli üçüncü kişiye devri, malik gözükenin TMK m.712 uyarınca şartların gerçekleşmesi ile zamanaşımı ile mülkiyeti kazanırsa ve hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa kaydın düzeltilmesi davası açılmayacaktır²⁹⁰.

Şekil şartı sebebiyle kesin hükümsüzlüğün istisnaları ise Türk hukukunda ve yargı içtihatlarında kabul edilmektedir²⁹¹²⁹². Örneğin, taşınmaz satış sözleşmelerinde

²⁸⁹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 364.

²⁹⁰ **a.e.**,s.364.

²⁹¹ ayrıntılı açıklamalar için bkz. bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 364vd.

²⁹² **Yargıtay 3. HD. ,12.02.2015 t. , 2014/22074 E. , 2015/2183 K.** sayılı kararında "*Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen "alacağın temlik" hükümlerine tabi bir işlem*" olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kararda söz konusu durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde söz konusu bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, diğer bir ifadeyle sözleşmeden doğan kişisel hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş sayılacağı belirtilmiştir. Böylece söz konusu sözleşmelerde alacağın temlik dolayısıyla adi yazılı şeklin yeterli olacağı kabul edilmiştir. Bize göre, söz konusu karar hatalıdır. Zira yargılamada somut olayda tarafların iradesi göz önünde bulundurulmaksızın, topyekün yüklenicilerin kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca kendilerine arsa sahibi tarafından ileri devredilmesi öngörülen tüm sözleşmelerin alacağın temlik sözleşmesi sayılamaz. Tarafların somut olayda iradeleri farklı olabilir. Örneğin, sözleşmede alıcı konumundaki kişi; yükleniciyi baştan itibaren malik sanmış olabilir. Bu tarz durumlarda tarafların ortada bir alacağın temlik konusunda birbirine uygun irade beyanları olmayacağından; ortada alacağın temlik sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Ayrıca Yargıtay'ın aksi yönde kararları da vardır. (bkz. Yargıtay 19. HD. 01.03.2011, 2010/14869 E. , 2011/2621 K.)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 16.06.2010 tarihli, E.2010/14-290, K.2010/328 sayılı kararına göre ise, arsa sahibi ve yüklenici sıfatlarının birleşmesi ve arsa sahibinin kendisine ait taşınmaz üzerinde inşa edeceği binanın finansmanını sağlamak üzere, yapmakta olduğu inşaata, "yapı ortaklığı"

taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (*tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmiştir²⁹³.YİBK, 30.09.1988 , 1987/2 E. , 1988/2 K. sayılı kararda da, kat mülkiyetine tabi taşınmazların satış vaadi sözleşmesinde şekle uyulmadığı savının hakkın kötüye kullanılması olduğu durumunda, tapu tescili davasının açılabilceğı kabul edilmiştir²⁹⁴.

modeliyle üçüncü kişileri dâhil ettiği durumlarda da, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin de, yazılı yapılması yeterli olup; resmi koşul aranmaz.

²⁹³bkz.HGK. nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları; HGK. nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları; Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir.

²⁹⁴YİBK, 30.09.1988 T. , 1987/2 E. , 1988/2 K. sayılı kararı sadece taşınmazların satış vaadi sözleşmesinde şekle uyulmadığı durumlar için uygulama konusudur. Kararda, somut olayda satıcı konumundaki yüklenicinin alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; örneğin bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceğı zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri geldiğı durumlarda satıcı yüklenicinin sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçındığından,hakkın kötüye kullanılması sayılarak böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebileceğı belirtilmiştir. Yargıtay'ın, diğer istisna saydığı durumlar; (Geçersiz sözleşme uyarınca aldığı tapulu taşınmaza yapı yapan ya da ağaç diken kimseye arsanın veya tarlanın adına cebren tescilini TMK m. 724 uyarınca (EMK m.650)isteme hakkının tanınması (YİBK 5.7.1944 T., 1944/12E., 1944/26K. sayılı) gösterilebilir. (Ayrıca, kadastro hukuku açısından olan istisnalara ilişkin olarak bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 368.) Ayrıca, belirtmemiz gerekir ki hakkın kötüye kullanılması iddiasında bulunabilmesi için öncelikle, o iddiaya bulunan tarafın kendisine düşen edimleri yerine getirmiş olması gerekir. Taşınmaz satış sözleşmesinde, satıcının ifası ancak tapunun tescili ile gerçekleşir (aynı yönde YİBK, 30.09.1988 T. , 1987/2 E. , 1988/2 K. sayılı kararı); bu bakımdan da satıcı ifada bulunmaksızın (tapu tescilinde) bulunmaksızın , alıcı tarafından verilen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesi talebine karşı hakkın kötüye kullanılması iddiasında bulunamamalıdır.

Borçlanmamış şeyin ifasından (*condictio indebiti*) farklı olarak, *condictio sine causa*'da kazandırmada bulunan kişinin sebepsiz olarak hataya düşerek ödeme yapmış ve bunu ispatlamış olması, kazandırmanın hukuki sebebinde anlaşma olmadığından şart değildir²⁹⁵. "*Condictio sine causa*"dan farklı olarak kanun koyucunun "hataya düşerek ifayı" *condictio indebiti* 'nin bir unsuru olarak ele almasının sebebi;" *condictio indebiti* "nin, edimi alan kişiye karşı "*condictio sine causa*"dan daha ağır bir sorumluluk gerektirmemesi düşüncesidir²⁹⁶. Bu pratik ihtiyaçlara yönelik kanun koyucunun tercihidir. Örneğin bağış amacına ilişkin olarak ödeme yapanın, başkasının borcunu ödeyip sonradan pişman olanın veya irade bozukluğuna rağmen bilerek ifade bulunanın *condictio* istemine konu edebilmesinin engellenmesinin gerektiği düşüncesiyle *condictio indebiti*'de edimde bulunana (kendini borçlu sanarak edimde bulunduğunu) ispat yükümlülüğü getirilmiştir²⁹⁷. Bunun dürüstlük kuralının gereği olduğu kuşkusuzdur²⁹⁸. Bunun izdüşümü olarak aşağıda da belirteceğimiz üzere TBK m. 78/1'in amacı ise çelişkili davranış içerisine girmiş olan kişinin davranışının hukuk düzenince korunmaması gerektiğidir. TBK m.

²⁹⁵ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.345; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 583.

²⁹⁶ bkz. Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 383.

²⁹⁷ Ayrıca bu hükmün, tasarruf işlemi göz önüne alınarak ele alınmasından dolayı, bu hükmün Türk-İsviçre Hukukunda taşınırlarda da sebepten soyutluk ilkesinin kabul edildiğinin ispatı olduğudur. Açıklama için bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.346.

Aksi yönde ise, bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.203: Yazar, *condictio indebiti*'nin pratik öneminin kalmayacağı görüşünü kabul etmemektedir. Bunun gerekçesi olarak da, para gibi misli eşya tediyelelerinde esasen karışma dolayısıyla mülkiyetin geçmekte olduğu; bunun aksine olarak bunun ifa sebebine dayalı zenginleşme olamayacağı görüşüne de katılmamayacağını; kanunkoyucunun doğrudan ifanın sonucu olmasa, karışma hukuki hadiseninin sonucu olsa bile, burada *condictio indebiti*'yi düzenlemiş olduğunu ileri sürmektedir.

Ayrıca Alman Hukukunda da *condictio indebiti*'nin katı şekilde kabul edilmiş sebepten soyutluk ilkesi açısından pratikte önemi olduğu vurgulanmaktadır.(bkz.; Christoph Althammer, **Schuldrecht III : Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, s.196 ,(n.406).

²⁹⁸ Hartwig Sprau, "**§ 814**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1180. (n.1).; Hirsch, **a.g.e.**, s. 399 vd. .

78/1'in temelinde yatan hukuki düşünce de, bu maddenin "ratio legis"i de **çelişkili davranış**"*venire contra factum proprium*" yasağıdır²⁹⁹.

5.1.1.2.1 **Condictio Indebiti (Borçlanılmamış Edimin İfası)**

Yukarıda ifade edildiği üzere TBK m.78/1'de bu tür kanun koyucu tarafından ispat kuralı çerçevesinde belirtilmiştir ve sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulabilmesi için kişinin kendini borçlu olduğunu sanarak ifada bulunmasıyla birlikte bu hususu ispat etmiş olması aranmıştır. İspat kuralı olmasının yanı sıra İsviçre doktrinindeki yazarlarca da belirtildiği üzere bu hüküm TBKm. 77'nin (OR m.62) uygulama alanını daraltmakta³⁰⁰ ve aşağıdaki şartların mevcut olduğu kazandırmalarda edimde bulunana ispat yükü yüklemektedir³⁰¹.

Burada evvela önemli bir hususu belirtmemiz gerekmektedir: TBK m. 78/1 bizim de katıldığımız görüşe göre sebepsiz zenginleşmeye bağlı alacağın - talebin temel kaynağı- (*Anspruchsgrundlage*) olmayıp, sebepsiz zenginleşme talebinin kaynağı TBK m. 77/1 hükmüdür³⁰².TBK m. 78/1 1 hükmü bir ispat kuralıdır³⁰³ ve

²⁹⁹ aynı yönde Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 859; Hahn, **a.g.e.**, 1377; F. Arnold Rusch/ R. Phillip Bornhauser, "**Schenkung und Beweis**", AJP 2013, Zurich,2013, 1139; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **a.g.e.**, n. 1535; bkz. Theo Guhl/ Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Schultess Juristische Medien AG, Zurich, 2000, s. 223. Ayrıca Alman Hukukun'da BGB 814 c.I'in temelinde yatan düşüncenin de çelişkili davranış yasağı olduğu belirtilmiştir: Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München,2014, s. 417 (n. 1148) ; Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 160; Koppensteiner/Kramer, **a.g.e.**, s.54.

³⁰⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **a.g.e.**,n. 1489; Schwenger, **a.g.e.**, n. 55.04;BGE 115 II 28 <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 2 Aralık 2019; Hahn, **a.g.e.**, s.1377; Alfred Koller, Die "**Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR**",AJP 2006, Zurich, 2006, s 468 vd.

³⁰¹ Bkz. Hahn, **a.g.e.**,s.1377; Bruno Schmidlin, "**Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR**" , Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Ed: Heinrich Honsell, Basel, 2004, s. 674.

³⁰² Hahn, **a.g.e.**,s.1377 ; Schmidlin, **a.g.e.**, s. 674

sadece *condictio indebiti* için geçerli bir ispat şartı kuralı olup; bu kural *condictio ob rem* ve *condictio ob causam finitam* açısından uygulama alanı bulmaz³⁰⁴.

İlk şart olarak *borcun olmaması şartı* , ya ortada bir borç ilişkisinin yokluğu ya da var olan bir borç ilişkisinin hükümsüzlüğünden meydana gelebilir³⁰⁵. Borç ilişkisinin geçerli olmamasına rağmen, ifanın "icazet" halini aldığı durumlarda -borç ilişkisinin irade bozukluğu sebebiyle iptal edilebilecek olmasına rağmen TBK m. 39 hükmü uyarınca hak düşürücü sürenin geçmesi veya icazet verilerek ifada bulunulması durumunda- artık borcun geçerli olmadığı şartının varlığından bahsedilemeyecektir ve yetkisiz temsilde de temsilcinin işlemine icazet verilmesi durumunda da aynı durum söz konusu olacaktır³⁰⁶.

İfa anında da sona ermiş bir borca rağmen edimde bulunma durumu da, TBK m. 78'in uygulanmasına sebebiyet verir³⁰⁷ ve bunun tipik örneği de “daha evvelden ifa ettiği borcunu yanılarak tekrar ifa etmektir”³⁰⁸.

Geciktirici şarta bağlı borçlarda da, geciktirici şart gerçekleştiğinden itibaren borç hüküm ifade edeceğinden dolayı TBK m.78/1 hükmünün, koşul gerçekleşmediği sürece, uygulama alanı bulabileceği Türk doktrininde

³⁰³ Aynı yönde bkz. Hahn, **a.g.e.**,s.1377 ; Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 674; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **a.g.e.**, n. 1489; Schwenger, **a.g.e.**, n. 55.04; BGE 115 II 28 <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 2 Aralık 2019.

³⁰⁴ Ivo Schwander, **a.g.e.**,s. 340 ; Hahn, **a.g.e.**, s.1377; Alman Hukuku açısından da durum aynıdır. BGB 814 kuralı salt olarak *condictio indebiti* için geçerlidir. (bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 207; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 417 (Rn. 1148).

³⁰⁵ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.347.

³⁰⁶ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.347.

³⁰⁷ bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.348;Yazar, örnek olarak kira sözleşmesi feshedildikten sonra yanılarak kira bedelinin yatırılması, sözleşmeden döndükten sonra yanılara satış bedelinin ödenmesi, karşı edimin kusursuz imkansızlığa uğradığını bilmeden ifa durumunda" bu şartın gerçekleşeceğini vurgulamıştır.

³⁰⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 877.

belirtilmiştir³⁰⁹. Henüz doğmamış borcun ifasında da durum aynı şekildedir³¹⁰. Vadesi gelmemiş fakat doğmuş borcun ifasında - vadesi daha gelmemiş taksitin ödenmesi - durum farklı olup; *condictio indebiti*'ye dayanılmaz³¹¹.

Sürekli defi hakkı olmasına rağmen yapılan ifade da, TBK m. 78 hükmü uygulama alanı bulabilir³¹² ve hatta Alman Hukukunda bu hususa ilişkin özel bir hükme BGB m. 813/1 yer verilmiştir³¹³. Bu hükme göre; daha geniş bir düzenleme ile açıklayıcı olarak bu durumlarda da *condictio indebiti*'nin mevcut olacağı belirtilmiştir³¹⁴. Yalnız dikkat edilmesi gereken husus, def'i hakkının ifa anında mevcut olması gerekmektedir³¹⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bozucu bir yenilik doğrucu hakkın kullanılmasından evvel *condictio indebiti*'ye şartların varlığı halinde dayanmak mümkün değildir³¹⁶.

Eksik borç söz konusu ise ortada borcun mevcut olmamasından bahsedilemez³¹⁷. TBK m. 604'te kumar ve bahis borçları için yapılan ödemeler, TBK m.524 evlenme simsarlığından doğan ücret borcu, TBK m.78/2 uyarınca ahlaki bir

³⁰⁹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.348; Ayrıca, kanuni temsilcinin onayverip vermeyeceğinin henüz belli olmadığı durumlarda da aynı sonuca ulaşmak gerekecektir.

³¹⁰ Rona Serozan, **a.g.e.**, s.856.

³¹¹ Rona Serozan, **a.g.e.**, s.856.

³¹² Rona Serozan, **a.g.e.**, s.856.

³¹³ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, München, 2017, s. 389 (n. 1034-1035); Christoph Althammer, **Schuldrecht III- Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Stuttgart, 2015, s. 197 (n.408); Christoph Hirsch, **a.g.e.**, s. 393(n.1376);

³¹⁴ Hartwig Sprau, "**§ 813**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1179. (n.1) ; Astrid Stadler "813", **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, München, 2021, p.1 vd.

³¹⁵ Christoph Althammer, **Schuldrecht III- Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Stuttgart, 2015, s. 197 (n.409) .

³¹⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 857.

³¹⁷ Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 388; Hahn, **a.g.e.**, s. 1378, Schwander, **a.g.e.**, s. 341.

ödevin ya da zamanaşımına uğramış bir borcun ifasında^{318 319}, TMK m. 119/2 uyarınca evlenmeden kaçınma için öngörülen cayma tazminatı veya ceza koşulu eksik borç oldukları için, bu durumlarda ortada geçerli bir ifa olacaktır³²⁰.

Borç ilişkisinin kapsamını aşan ödemeler de, *condictio indebiti*'ye konu olurlar^{321 322}. Örneğin satış sözleşmesine konu 10 tane koyun yerine 11 koyunun verilmesi durumunda diğer şartların da varlığı halinde "*condictio indebiti*" talebinde bulunulabilir.

İkinci şart ise, kazandırmada bulunanın edimde bulunma amacıyla hareket etmesidir; bir başka ifade ile ortada edim söz konusu olmalıdır. Kanun metninde yerine getirme teriminden de anlaşılacağı üzere, her türlü borç TBK m. 78/1 kapsamına girmektedir³²³. Bu kanundan doğan bir borç olabileceği gibi sözleşmeden doğan bir borç da olabilir³²⁴. Borcun ifasının her türlü borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ifası şeklinde olması yeterli olup; ille de hukuki işlem

³¹⁸ Alman Medeni Kanunu'nda § 813 I c.2'de § 214 II hükmünün uygulama alanı bulacağı vurgulanmış; zamanaşımına uğramış bir borcun -o borcun zamanaşımına uğradığını bilinmeden ödenmesine rağmen- ödenmesi iade edilemeyeceği bahsi geçen hükümde belirtilmiştir.

³¹⁹ Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 388.

³²⁰ bkz. H. Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 16vd.; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 860; bkz. Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 388 vd..

³²¹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.348; Faiz tutarını aşan ödemeler, fazladan faiz ödeme de bu kapsama girmektedir.

³²² Yarg. 11. HD. 12.11.2019 2019/296 E. 2019/7125 K <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6806#> (Çevirimiçi) 01.08.2020. : Söz konusu kararda kredi borcu sözleşmesinde erken ödeme komisyon oranına yer verilmesine rağmen, oranın ne olduğu belirtilmediğinden erken kapama tazminatının diğer bankalar uygulamalarına bakılarak tespit edilerek söz konusu oranlardan fazla tahsil edilen bedelin kredi kullanana iadesinin gerektiği vurgulanmaktadır.

³²³ bkz. Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 878; Hahn, **a.g.e.**, s. 1377; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **a.g.e.**, 1530.

³²⁴ Hartwig Sprau, "**§ 812**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1174. (n.71) ; BGH NJW-RR 95,130.

kaynaklanması gerekli değildir³²⁵. Edim belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceği gibi; bir eşyanın mülkiyetinin devri, hizmetin görülmesi şeklinde olabilir ve edim tipi kişisel edim olabileceği gibi maddi edimde olabilir; edimin tipinde bir sınırlama bulunmamaktadır³²⁶. Bir borcun ifası amacıyla olmayan kazandırmalarda ise bu şart gerçekleşmemiş olacaktır. İfa yerine edim ve ifa uğruna edim de ifa amacıyla olan kazandırmalardır³²⁷ ve bunların varlığı bu şartın gerçekleşmesine engel değildir. Yukarıda “Genel Olarak ve Edim Olgusu”³²⁸ başlığı altında da bahsettiğimiz üzere bir “edimden” söz etmek için edimin gönüllük unsurunu - “*Freiwilligkeit*”- taşıması gerekmemektedir. Yalnız TBK m. 78/1’in uygulanması açısından gönüllük unsuru kilit rol oynar.

Üçüncü şart ise, borçlunun "kendisinin borçlu olduğunu sanması" ve bunu ispat şartıdır³²⁹. **Dördüncü şart** ise edimin iradi olması, bir başka ifade kazandırmada bulunanın “kendi isteği” ile edimde bulunması halidir³³⁰. Bu iki şartı aşağıda birlikte ele almamız konunun anlatımı açısından daha yararlı olacaktır.

³²⁵ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 585 .

³²⁶ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1377;

³²⁷ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 585.

³²⁸ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.1.1.

³²⁹ **Yarg. 13. HD. 28.11.2005T., 2005/10883E., 2005/17468K.:** “*Borçlar Kanunun 62/1 maddesi borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez hükmünü getirmiştir. Dava konusu olayda, davalının davacı aleyhine icra takibi yaptığı veya onu ihtar çekerek temerrüdü düşürdüğünü iddia ve ispat edilmemiştir. Başka bir deyişle davacının icra baskısı sonucu dava konusu miktarı ödediği hususunda her hangi bir delil sunulmamıştır. Öte yandan davacı parayı öderken herhangi bir ihtirazı kayıta ileri sürmemiştir. Bu durumda davacının dava konusu miktarı rıza ve iradesiyle ödediğinin kabulü zorunludur. Mahkemece, davacının ödemeyi yaparken her hangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmediği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.*”

³³⁰ bkz. Ayterkin Ataay, **a.g.e.**,s.385; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586; Rona Serozan,**a.g.e.**, s. 857; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul,2014,s.526.

Öncelikle tasarruf işlemi eğer irade bozukluğu sebebiyle iptal edilirse, zaten ortada sebepsiz zenginleşme olmayacağı göz önünde bulundurulmalıdır³³¹. Eğer, ifade bulunan kendisinin borçlu olmadığını “biliyorsa” – burada bilmenin ne anlama geldiğini aşağıda ele almaktayız- bu şart gerçekleşmeyecek ve TBK m. 78/1 hükmünden dolayı *condictio* isteminde bulunulamayacaktır³³². Yalnız burada irdelenmesi gereken bir diğer husus da; ifade bulunanın kendinin borçlu olmadığını bilebilecek durumda olması durumunda bu şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Kanunda açıkça "kendisini borçlu sanma" ifadesine yer verildiğinden dolayı, borçlunun borçlu olmadığını bilebilecek durumda olup olmaması önemli değildir. Kusurlu olup olmama önemli olmayıp yanılgının da mazur görülüp görülemeyeceği irdelenmemektedir³³³. Kendini borçlu sanma bir tür saik yanılgıdır³³⁴. Yanılgının kusurlu olup olmaması aranmaz ve hukuki yanılgı yeterli görülecektir³³⁵. Yalnız burada dikkatle vurgulanması gereken husus; kazandırmada -tasarruf işleminde- açıklama (beyan) yanılgısı olması halinde, bu kazandırmanın iptaline imkan tanır;

³³¹ bkz. Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 878; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **a.g.e.**, s. 485; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.526.

³³² Alman Medeni Kanun'da sistematik olarak bu şarta ayrı bir hükümde (m.814) yer verilmiştir.bkz. Hirsch, **a.g.e.**,s. 399 (n.1395).

³³³ Ivo Schwander, **a.g.e.**,s. 340 ; Hahn, **a.g.e.**,s.1377; Thomas Probst/Ernst A. Kramer, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2003, s. 513; Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 384; Türk doktrininde eskiden "mazur görülebilir" olma aranmakta olacağı kimi yazarlarca belirtilmişken bu görüş artık terkedilmiştir.(bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 351.).

³³⁴ Aytekin Ataay, **a.g.e.**,s. 384; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 350.

³³⁵ Ivo Schwander, **a.g.e.**,s. 340 ;Aytekin Ataay, **a.g.e.**, s. 384; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586 ; Hahn, **a.g.e.**,s.1377; BGE 129 III 646 [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019.; Frédéric Krauskopf, **“OR 63”, Präjudizienbuch OR** (ed: Peter Gauch, Viktor Aeppli, Hubert Stöckli), Zurich , 2016 , s. 334. Volker Wiese,**a.g.e.** (812),p. 10; ayrıca bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul,2014,s.526: "davacı davalıya yaptığı ifanın irade bozukluğuna dayandığını ispat etmeyecektir.Bu nedenle burada... "esaslı olma" unsuru aranmayacaktır. Burada davacının ispat etmesi gereken husus, davalının zenginleşmesini haklı çıkaracak bir sebebin bulunmadığı, yani davacıya borcunun bulunmadığı; olmalıdır. Bir başka ifadeyle kişi 'ifa yükümlülüğü' yani ifanın hukuksal sebebinde hataya düşmelidir. Hukuksal hata da burada gündeme gelebilir."

iptal söz konusu olursa da ortada kazandırma iptal edilmiş olacağından zenginleşme gerçekleşmiş olmayacaktır³³⁶. TBK m.78'de belirtilen yanılma hali, tasarruf işlemi üzerindedir ve "temel yanılması" şekline dönüşmesi gerekli değildir³³⁷. Özetle, ifade bulunanın borcun varlığı hakkında yanılması illa şart değildir³³⁸.

Açıkça anlaşılacağı üzere, ifa ile yükümlü olmadığını bilen buna rağmen edimde bulunması durumunda, iade istemi mümkün olmayacaktır³³⁹. Yeter ki, ifade bulunan baskı altında ifade bulunmuş olmasın³⁴⁰. Yalnız buradaki baskının TBK m. 38'in kapsamına girip girmediği ele alınmalı; TBK m. 38'in kapsamına giriyorsa-tasarruf işleminde iptal edilebilirlik söz konusu olacağından- ortada sebepsiz zenginleşme olmayacaktır, şayet TBK m. 38 kapsamına girmeyen bir baskı unsuru, (doktrinde verilen tipik örneği ile sözde alacaklının hapis hakkı korkutması ile hapis konusu malı kurtarmak için geçersizliği bilerek ifade³⁴¹) var ise edimde bulunmanın rıza ile gerçekleştiği kabul edilmeyeceğinden sebepsiz zenginleşme istemi mümkün kılınacaktır³⁴².

Peki **ifada bulunmakla yükümlü olmadığını bilme** ne anlama gelmektedir? Daha da somutlaştıracak olursak; sözleşmenin şekil şartının eksikliği sebebiyle geçersiz olduğu bir durumda bu şekil şartının geçersizliğini bilerek ifade bulunma durumunda ne olacaktır? Burada, kabul edilen karşılıklı sözleşmelerde karşı edime kavuşma amacıyla yapılan kazandırmaların, *condictio ob rem* sayılacağı için BK m.

³³⁶ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 350.

³³⁷ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586.

³³⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**,s. 578.

³³⁹ Alman Medeni Kanunu'nda (§ 814) açıkça kaleme alınarak eğer ifade bulunan yükümlü olmadığını biliyorsa bunu iade isteyemeyeceği kaleme alınmıştır.

³⁴⁰ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 352; Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 578; Hahn,**a.g.e.**, s. 1377; BGE 123 III 101 vd.

³⁴¹ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 352; Andreas von Tuhr/Hans Peter, **a.g.e.**, s. 485.

³⁴² Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 352 ; Rona Serozan, **a.g.e.**, s.858 ; Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 586.

78/1 engelinin gerçekleşmeyeceğidir³⁴³. Yukarıda belirttiğimiz üzere salt bilme TBK m. 78/1'in uygulanması için yeterli olmayıp; "gönüllülük" -*Freiwilligkeit*- olgusu söz konusu olmalıdır³⁴⁴. Mevzuat kanun İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 63/1'in Almanca metninde de "*freiwillig*" ibaresine yer verilmiştir. TBK m. 78/1'de bu "kendi isteğiyle" şeklinde yerini bulmuştur. Kanımızca bu ifade yerinde değildir. **Gönüllülük** ile "kendi isteğiyle" aynı anlamda değildir. Şu şekilde örneklendirebiliriz:

İcra takibi baskısı altında edimde bulunan kişi, kendi isteği ile edimde bulunurken (edim edimde bulunanın biliciyle belli bir amaca ve kişiye yönelmektedir.) gönüllü olarak edimde bulunmamaktadır.

Bir diğer çarpıcı örnek de, aracı haksız olarak trafik polisi tarafından yedieminine ait otoparka çekilen kişinin yediemin ve otopark masraflarını aracını hemen iade alabilmek adına "kendi isteğiyle" ödemesidir³⁴⁵.

³⁴³ Rona Serozan, **a.g.e.**,s.858; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 352, BGE 115 II 28 <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi)10 Eylül 2019; ayrıca bkz. Theo Guhl/ Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2000, s. 224; Alman Hukuku açısından Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München,2014 s.417 (n.1148)

³⁴⁴ Hahn, **a.g.e.**, s. 1377; BGE 123 III 101 ; Ivo Schwander, **a.g.e.**, s. 340. ; Frédéric Krauskopf, **a.g.e.** s.333.

³⁴⁵ Martin Schwab, **a.g.e.** (814), p.10; Koppensteiner/. Kramer, **a.g.e.**,s. 54 ;BGH, Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019.

Ayrıca Yarg. 19. HD. , 16.06.2020 tarihli kararında (**Yarg. 19. HD. 16.06.2020 T. 2018/1458 E. – 2020/1062K.**) bize göre söz konusu hususla sakıncalı bir gerekçe ile karar vermiştir. Söz konusu karara konu olayda davacı davalı idare ile "dâhilde işleme izin belgesi ile mal bedeli peşin ödemeli satışa ilişkin sözleşme" akdedilmiştir. Davacı şirketin davalı "idare" sözleşmeye aykırı hareket ettiği iddiası ile davalı kurum tarafından davacı şirkete cezai müeyyide uygulandığını, davacının faizi ile birlikte cezai müeyyide ödemesini yapmak zorunda kaldığını, davalı kurumun işleminin usul ve yasaya aykırı olduğunu, davacının süresi içerisinde sözleşme kapsamındaki ihracaat sorumluluğunu yerine getirdiğini, tahrifat yapıldığı iddia edilen kara manifestosu tanziminin davacı şirketin mükellefiyetinde olmadığı iddiası ile dava ikame etmiştir. İlk derece ve istinaf mahkemesi söz konusu olayda cezai yaptırımın koşullarının oluştuğu hususu ile davayı reddetmesine rağmen, Yargıtay kararında borçlanılmamış edimin davacının idareye kendi isteğiyle yerine getirdiğinden dolayı TBK

Burada gönüllü bir edim söz konusu değildir. Bu bakımdan, “kendi isteği” yerine “gönüllü olarak” ibaresinin madde metninde kullanılması daha uygun olurdu. Her ne kadar edimin “kendi isteğiyle” yerine getirilmesi şeklinde ibarelere yer verilmiş olsa da; burada –TBK m. 78’in uygulanması için- gönüllülük- *Freiwilligkeit*- olgusunun aranması gerekmektedir. Buradan anlaşılabacağı üzere edimde bulunanın salt olarak borçlu olmadığını bilmesi TBK m. 78’in uygulanması için yeterli olmayıp, ayrıca gönüllü olarak edimde bulunulması gerekmektedir. Aşağıda belirttiğimiz üzere icra tehdidi vs. gibi durumlarda da sonuç aynı olacaktır.

Ayrıca kısaca belirtmemiz gerekir ki, idarenin yapmış olduğu kazandırmalar da *condictio indebiti*’ye konu olabilir³⁴⁶.

m. 78 uyarınca istemeyeceği karara bağlanarak onama kararı verilmiştir. Yargıtay’ın buradaki yaklaşımı hatalıdır. Zira bilhassa Türk uygulamasında idare ile akdedilen özel hukuk sözleşmelerde kimi durumlarda idareden hak edışı alabilmek, gerek ise idare ile başkaca sözleşmelerinin olmasından dolayı bu tarz cezai yaptırımları kabul edebilmektedirler. Bu bakımdan da Yargıtay’ın vermiş olduğu kararda cezai yaptırımın ödenmesinin peşinen, genel-geçer şekilde ödeyenin “kendi isteği” ile ödediği şeklindeki soyut gerekçe hatalara gebe dir. Halbuki her somut olayda, sebepsiz zenginleşmeye bağlı talepte bulunanın gönüllü olarak edimde bulunup bulunmadığı irdelenmelidir. Yukarıda verdiğimiz örnekte de olduğu üzere, idarenin statüsü gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ortada “gönüllü” bir edim yoksa, TBK m. 78/1 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır.

³⁴⁶**Bkz. YHGK 05.12.1984 T. , 1982/13-387E., 1984/997K. :** Ayrıca, bkz. **YİBK 27.01.1973 T. , 1972/6 E., 1973/2K.**’ı salt olarak“hatalı intibak veya hatalı terfi işlemi gibi bir şart tasarrufun sonradan idare tarafından geri alınması halinde” ne olacağına ilişkin olarak idarenin yanlış şart tasarrufunu, ancak iptal davası süresi veya “kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine...Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınamayacağına,...Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere, hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiğine,...yanlış işlemin (intibakın) bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (aylıkların) hukuken geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü gerekmesi karşısında artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamayacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenemeyeceğine” karar verilmiştir.

Cebri icra tehdidi altında borçlu olmadığına bilinmesine rağmen ifade bulunulması da, sebepsiz zenginleşme istemine engel olmayacaktır³⁴⁷. Bir başka ifade TBK m. 78/1'deki ispat kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır³⁴⁸ ve edimde bulunana bir ispat külfeti yüklenmeyecektir. Doktrinde bu hususta verilen soyut ifadeleri derinleştirmek gerekir. Bizim görüşümüze göre cebri icra tehdidi altında yapılan ödemenin iadesinin istenebilmesi için, ortada bir icra takibinin başlamış olması şart değildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir karar sonrasında davacı icra takibine geçmeden davalının ifade bulunması; sonrasında da kararın bozulması durumunda, *condictio indebiti*'ye dayanarak iade talebi yöneltebilmesi haliyle mümkün olacaktır. Yalnız alacaklı tarafından icra takibinde bulunulup; haciz yoluyla alacağın tahsil edilmesi gibi durumlarda, bizim görüşümüze göre ortada bir edimden bahsetmek mümkün olmayacağından iade talebi edim dışı zenginleşme karakterli olacaktır.

Edimde bulunanın borçlu olmadığına ilişkin şüphesi varken; edimde bulunması durumunda ne olacağı doktrinde tartışılmıştır ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³⁴⁹ ve bu husus çok tartışmalıdır. Bu görüşleri genel hatlarıyla burada belirtelim³⁵⁰: ilk görüş her türlü şüphe halinde edimde bulunmanın –çekince ileri sürülmediği

³⁴⁷ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 858; Martin Schwab, **a.g.e.** (§ 812),, Rn. 51.

³⁴⁸ Ivo Schwander, **a.g.e.**, s. 340; Hahn,**a.g.e.** s. 1377.

³⁴⁹ bu tartışmalar için bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 351-352; Hahn, **a.g.e.**, s. 1377-1378.

³⁵⁰ Söz konusu görüşler için ayrıca bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 351-352.

müddetçe- iadeye engel olacağıdır³⁵¹. Hatta bu görüşü savunan Schwab’a göre huzur, barış için ihtilafı engelleme amacıyla yapılan ödemeler de çelişkili davranış yasağına girer³⁵². Aynı şekilde de emin olmadığı bir durumda da edimde bulunulması da edimde bulunanın kendi isteği ile rizikoya girmektedir ve bu da çelişkili davranış yasağına girmektedir³⁵³. Diğer bir görüş de, edimi alanın objektif olarak bakış açısına önem verilerek eğer edimde bulunanın davranışından borcun mevcudiyetinin onun ebaşka görüş de şüpheyi de bilinçli bir “bilme” olarak kabul etmemekte v yanılma olarak saymaktadır³⁵⁴.

Bizim görüşümüze göre, şüphe durumunda ifada da bu şartın (*condictio indebiti*’ye ilişkin ispat şartının) varlığını kabul etmek gerekir³⁵⁵. Zira şüphe durumunda ifada bulunan kendisinin borçlu olamayacağını düşündüğü gibi, borçlu olabileceği şüphesini de doğal olarak taşımaktadır. Bir başka ifade ile edimde bulunan açısından ikilemde kalma durumu söz konusu olacaktır. Ayrıca, şüpheyile edimde bulunan ifa etmemenin duruma göre ona yükleyeceği kanundan doğacak veya sözleşme ile öngörülmüş külfetlerle karşı karşıya kalmama amacıyla hareket edebilir. Hele ki, yargı harçları yüksek olduğundan, karşı taraf icra takibinde bulunmadan veya dava ikame etmeden ikilemde kalan şahıs ifada bulunmak

³⁵¹ Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, s. 1378; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s.484; Ivo Schwender, **a.g.e.**, s.340 ; Martin Schwab, **a.g.e.**,(§814) , Rn. 9; Yargıtay uygulamasında da aynı görüşü desteklendiğini görmekteyiz. Bkz. **Yarg. 11. HD. 19.03.2015, 2014/6096 E. , 2015/3865**: “*Mahkemeye, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, tacir olan davacının davalı tarafından düzenlenen 26/11/2010 tarih ve J 570761 sayılı 107.930,34 TL tutarında faturayı 15/12/2010 tarihinde basiretli bir tacir gibi davranmadan ihtirazi kayıt koymadan ödediği, davanın hukuki dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğu, davacının borç hakkında hataya düşmüş olduğunu ispat etmek zorunda olduğu, borcun mevcudiyeti hakkında yalnız şüphenin bulunmasının istirdat için yeterli olmadığı, ödemenin hataya dayalı olmaksızın yapıldığı, ödemede bulunan kimsenin verdiği geri isteyemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*”

³⁵² Martin Schwab, **a.g.e.**,(§814) , Rn. 9.

³⁵³ Martin Schwab, **a.g.e.**,(§814) , Rn. 9.

³⁵⁴ Looschelders,**a.g.e.**,s.399; Ayrıca bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 351 dipnot 166’daki eserler.

³⁵⁵ Yargıtay’ın şüphe durumunda edimde bulunulması durumu

isteyebilir. Bu bakımdan şüpheyile, ikilemde kalınarak ifa durumunda *condictio indebiti*'ye dayanılamayacağı şeklindeki görüşler-ifada bulunanın çekince sürdüğü müddetçe- kabul edilmemelidir^{356 357}. Aksini kabul etmek adil sonuçlar doğurmayacaktır. Bu bakımdan maddede yer alan "kendini borçlu sanma" ibaresini ifada bulunan lehine -ikilemde kalınan durumları- da çekince konulması durumunda kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekmektedir. Buna mukabil, çekince ileri sürmeksizin ifada bulunan; çelişkili davranış içerisine girmiş olur ki; bu husus hukuk düzenince korunmamalıdır³⁵⁸. TBK m. 78/1'in temelinde yatan hukuki düşünce de,

³⁵⁶ Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, s. 1378 ; Ingeborg Schwenzer,**ag.e.**, n. 56.07 ; Martin Schwab, **a.g.e.(812)** ,Rn. 9.

³⁵⁷BGH, Urteil vom 17-02-1982 - IV b ZR 657/80 (Celle); Hartwig Sprau, § 814, **a.g.e.**,s.1181 (n.5); Looschelders, **a.g.e.**, s. 398 (n. 1037); Gerhard Danneman, **The German Law of Unjust Enrichment and Restitution**, New York, 2009 , s.76 vd.

³⁵⁸**Yargıtay 4. HD. 30.04.2019, 2018/3798 E. , 2019/2516 K. : "Uyuşmazlık sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmakta olup, dosya kapsamına göre, ... taraflar arasında protokol düzenlendiği, ilgili protokol uyarınca 2011 tarihine kadar davacının taksitler halinde ödemelerde bulunduğu, davacı tarafından yapılan ödemelerle ilgili olarak herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmediği gibi protokol metninden bu hususta beyanda bulunulmadığı anlaşılmaktadır.Şu durumda, 2012 yılında açılan bu davada davacı tarafın borcu öderken herhangi bir ihtirazi kayıt bildirmediği gözetilerek açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken,..."**

Karş. Yargıtay 23. HD. (18.06.2019T. ; 2019/54E., 2019/2791K.) somut olayla ilgili olarak uyuşmazlığın "sözleşme şartlarına uymayan ödemenin iadesine ilişkin alacak davası" olduğu nu kabul etmesine ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağını belirtip; sözleşmeyle borçlanılmayan edimin aslında sebepsiz zenginleşmeye bağlı olduğu gerçeği karşısında ve istirdat talebini kabul ettiği davada davacı tarafından ödenen ceza faturalarına ilişkin bedellerinin istirdatının sözleşmeden doğduğu şeklinde hatalı bir nitelendirme yapmıştır. Söz konusu kararda Yargıtay tarafından bizzat sözleşme konusu olmayan ödenen edimin iadesine karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu kararda Yargıtay, bizzat sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin olarak karar vermiştir. Yalnız kararda "sözleşme hükümlerine uymayan bir ödeme yapılmış olması halinde, ödeme sırasında ihtirazi kayıt ileri sürmese dahi ödeyen zamanaşımı süresi içinde bu bedelin istirdatını talep edebilir". İbaresiyile söz konusu Hukuk Dairesi, ihtirazi kayıt olmaksızın sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceği sonucuna varmaktadır ki; bu husus bize göre –yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda- hatalı bir yaklaşımdır.

bu maddenin “ratio legis”i de **çelişkili davranış**“*venire contra factum proprium*”
yasağıdır³⁵⁹³⁶⁰.

Zamanaşımına uğramış bir borcun, zamanaşımının varlığının bilinmeden dahi ödenmesi TBK m. 78 II hükmü uyarınca *condictio indebiti*'ye konu edilemez. Hatta zamanaşımına uğramış olduğu yönündeki kuşkuya rağmen ödenmesi durumunda dahi, çekince sürmüştü olursa bile iade isteminde bulunulamaz³⁶¹. Yukarıda belirtmiş olduğumuz borcun varlığındaki şüphe durumundan, zamanaşımındaki varlığın şüphesi durumu farklıdır. Zira zamanaşımı durumunda dahi ortada borç vardır. Zamanaşımına ilişkin şüpheye rağmen -çekince ileri sürülerek yapılmış olsa dahi- ifade bulunulduktan sonra, bunun iadesinin talep edilebilmesine izin verilmesi gibi bir görüş, sebepsiz zenginleşmenin ayrı bir borç kaynağı olarak öngörülmesinin ardında yatan hukuk güvenliğinin tesisi amacıyla bağdaşmaz³⁶².

³⁵⁹ aynı yönde Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 859; Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, 1377; F. Arnold Rusch/ R. Phillip Bornhauser, “**Schenkung und Beweis**”, AJP 2013, Zurich,2013, 1139; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **a.g.e.**, Rn. 1535; Ayrıca Alman Hukukun'da BGB 814 c.I'in temelinde yatan düşüncenin de çelişkili davranış yasağı olduğu belirtilmiştir: Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München,2014, s. 417 (n. 1148) ; Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 160; Koppensteiner/Kramer, **a.g.e.**, s.54; Althammer, **a.g.e.**, s. 207 (Rn. 431) ; Hirsch,**a.g.e.**, s. 399.

³⁶⁰ Bu maddenin kökeni aslında borç yükümüne ilişkin hataya düşmeden edimde bulunan kişi gibi hareket ettiği şeklindeki *Digesta*'da Paulus'un (46.2.12) ifadelerine dayandığı İsviçre doktrininde aktarılmıştır. (F. Arnold Rusch/ R. Phillip Bornhauser, **a.g.e.**,s. 1138)

³⁶¹ Christoph Althammer, **Schuldrecht III- Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Stuttgart, 2015, s. 197 (n.408) ; BGH, Urteil vom 28. 3. 2006 - XI ZR 425/04 (KG).

³⁶² Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil** , s. 389 (n. 1035); ayrıca bkz. Christoph Althammer, **a.g.e.** , s. 197 (n.408) ; BGH NJW-RR 2006,1277 . <https://beck-online.beck.de/> (Çevirimiçi) 07.01.2021.

Eğer ifa temsilci aracılığı ile yapılırsa, bu durumda da doğal olarak davacının temsilcisinin hatasını ispat etmesi gerekecektir³⁶³. Birlikte temsil halinde ise birinin hatasını ispat etmesi yeterli olacaktır³⁶⁴.

İspat açısından, yukarıda ifade edildiği üzere, ispat şartının aranması hakkaniyet gereğidir. Bununla, bağışlamada bağışlanan bağışlayanın iade istemine karşı, başkasının borcunu ödeyenin pişmanlıktan dolayı haksız olarak alacaklıdan iade istemi ve hata-hile durumunda sözleşmeye icazet vererek ifada bulunanın iade istemlerinin kapılarının kapanması sağlanır³⁶⁵. Alman Medeni Kanunu açısından kısaca bilgilendirme yapmamız önem arz eder. BGB m. 814'de bilerek edimde bulunanın iade isteminde bulunamayacağı özel olarak düzenlenmişse de, Türk-İsviçre hukuk sisteminden farklı bir şekilde ispat külfeti yüklenmemektedir. Böylelikle Alman hukukunda diğer tarafın borçlu olmadığını bilerek edimde bulunduğunu edimi alana yüklenmektedir³⁶⁶. Alman sebepsiz zenginleşme hukuku ile Türk-İsviçre sebepsiz zenginleşme hukuku açısından da bir önemli fark budur.

Batıl olan sözleşmelerde ifada bulunanın ayrıca kendisini hataen borçlu sandığını ispat etmesi aranmalı mıdır? Bu soruya Türk doktrinde kimi yazarlarca olumsuz cevap verilmektedir³⁶⁷. Bunun sebebi olarak da kanun koyucu tarafından batıl sayılan bir borcun ifasını geçerli saymanın çelişkili bir durum olacağı ifade

³⁶³ Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **a.g.e.**, s. 483; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 350; ayrıca bkz. Hartwig Sprau, "**§ 814**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1181. (n.7).

³⁶⁴ aynı yönde bkz. **a.e.**, s. 1181 (n.7)

³⁶⁵ Bkz. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s.991; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2014, s.526.

³⁶⁶ Schwab, **a.g.e.**, (812), Rn. 23; Stadler, **a.g.e.**(814), Rn. 7. <https://beck-online.beck.de/> (Çevirimiçi) 07.01.2021.

³⁶⁷ bkz. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **a.g.e.**, s.991 ; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.526.

edilmektedir³⁶⁸. Bu görüşlere katılmamaktayız. Bizim görüşümüze göre, burada dikkat edilmesi gereken aşağıda belirttiğimiz iki prensibin çatıştığıdır ve hangisine değer verilmesinin gerektiği önem arz etmektedir. Aslında hemen belirtmek gerekir ki *sinallagmatik* sözleşmeler açısından karşı edimi elde edeceğine ilişkin inançla edimde bulunma durumunda, alt paragrafta da belirtmiş olduğumuz üzere ortada *condictio indebiti*'den değil; *condictio ob rem*'den bahsedileceğinden dolayı TBK m. 78/1 hükmü –sınırlaması- söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan dolayı batıl olan sözleşmeler açısından TBK m. 78/1 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmanın tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından söz konusu olacağını da belirtelim. Burada da, bize göre batıl olan sözleşmenin daimi batıl olacağı prensibinin mi (*ab initio nullum semper nullum*)mi yoksa çelişkili davranış -“*venire contra factum proprium*”- yasağının mı ağır basacağını tartışılması gerekmektedir. Bize göre burada “çelişkili davranış” yasağına öncelik verilmesi gerekmektedir. Bir başka ifade ile çelişkili davranış yasağına öncelik verilerek, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin geçersiz olmasına rağmen bilerek edimde bulunma durumunda TBK m. 78/1 kısıtlaması uygulanmalıdır³⁶⁹. Zira çelişkili davranış yasağı bizzat sözleşmenin diğer tarafını korumakta ve onu ilgilendirmektedir. Buna karşılık, kanun koyucunun hukuk politikasıyla belirlenen³⁷⁰

³⁶⁸ Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **a.g.e.**, s.991.

³⁶⁹ Bağış sözleşmeleri açısından F. Arnold Rusch/ R. Phillip Bornhauser, **a.g.e.**, s.1138-1139: Yazarlar burada OR m. 63/1'in (TBK m. 78/1'in) tek tarafa borç yükleyen sözleşme tipi olan bağışlamalarda da uygulama alanı bulduklarını vurgulamaktadır. Bir başka ifade ile bilerek edimde bulunulursa iadede bulunulamayacağı kaleme alınmıştır. Yalnız burada yazarlar, ispat yükü açısından bağışlamada bulunanın bağışlama sözleşmesinin niteliği gereği edimde bulunanın borçlu sanma durumunun ispatı beklenemeyeceğinden dolayı, bağışlamada bulunan sebepsizliği ispatının yeterli olduğunu, ispat yükünün edimi alana geçtiğini ve onun edimde bulunanın sebepsizliği bilerek hareket ettiğini ispat etmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

³⁷⁰ Şekil şartını ayrıca ele almamızda yarar var. Zira şekil şartının belli sözleşmelerde öngörülmesi bizzat kanun koyucunun hukuk politikası olduğu kadar, sözleşme taraflarını koruma amacı da güder. kanun koyucu tarafından bazı sözleşme tiplerinin belli şekillerde yapılması şartının aranmasının ardında özel hukuki yararlar vardır. Kanun koyucu uyarı fonksiyonu (Warnfunktion), açıklayıcı fonksiyonu (Klarstellungsfunktion), Bilgilendirme Fonksiyonu ve danışma fonksiyonunu gözeterek

geçerlilik şartlarının olmaması sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına rağmen sonradan geçerlilik kazanamayacağı “*ab initio nullum semper nullum*” kuralı modern hukukumuzda istisnasız değildir³⁷¹. Ayrıca, batıl olan sözleşmelerde TBK m. 78/1 kuralının uygulanmamasını batıl sayılan bir borcun ifasını geçerli saymak çelişkili bir durum olacağı gerekçesini savunan görüş TBK m. 81 hükmünü de dikkate almadan ifade edilmiştir. Şöyle ki, TBK m. 81 uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla gerçekleştirilen edimlerin geri verilemeyeceği yazmaktadır ve burada da aslında TBK m. 27’e aykırılık sebebiyle batıl olan bir borca ilişkin edimin iade alınamayacağı düzenlenmiştir ve bu bir çelişki olmayıp kanun koyucunun hukuk politikasının bir ürünüdür. Bu bakımdan, TBK m. 78/1 uyarınca batıl olan tek tarafa borç yükleyen ya da eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye ilişkin olarak bilerek edimde bulunma durumunda da bu edimin geçerli sayılması bir çelişki olarak görülmemelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, tarafların edimle izlenen amacın dışında olan ve ortaklaşa güttükleri diğer hukuki amaçlar sebebiyle karşılıklı sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmeye rağmen yapılan kazandırmalarda, örneğin şekil şartı eksikliği sebebiyle geçersiz sözleşmenin bilinmesine rağmen yapılan ödemelerin iadesi isteminin *condictio indebiti*’ye değil, *condictio ob rem/ Condictio causa data causa non secuta* sebebiyle olacağıdır³⁷².

belli hukuki işlemlere belli tipte şekil şartlarını getirmektedir. (Helmut Heinrichs/Jürgen Ellenberger, "§ 125", Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage, München, 2008, s.100. Rn.1vd.).Örneğin, taşınmaz satışının resmi şekle tabi olması; alıcının taşınmazdaki takyidatları görerek devralması gibi mağduriyetlerin engellenmesi amacını taşır. Fakat, sinallagmatik olmayan sözleşmelerde şekil eksikliğini bile bile edimde bulunulması durumunda artık edimde bulunan korunmaya layık değildir. Tam aksi edimde bulunulan korunmayı hak eder. Örneğin kefil olan TBK m. 583’deki şartların eksik olduğunu bilmesine rağmen alacaklıya ödeme bulunursa, bunu geri istemesi korunmayı hak etmez.

³⁷¹ Örn. bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.** s.583vd.

³⁷² Serozan, **a.g.e.**, s. 859; Hahn, **a.g.e.**, s. 1371; Alman Hukuku'nda bu çözüm kabul edilmektedir. bkz. Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s. 400(n.1044) ; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, ,s.415 (n.1145).

Örneklendirecek olursak, bir taşınmazı sahibinden almak isteyen alıcı (A) , taşınmazın sahibi (S) ile haricen taşınmazın bedeli üzerinde anlaşır ve sözleşmenin geçersizliğini bilmesine rağmen ödemede bulunursa ortada condictio indebiti'den bahsedilemeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de aynı yöndeki kararı mevcuttur ³⁷³ ve bizim hukukumuzdaki çözüm de budur ve Yargıtay kararlarında da TBK m. 78/1'in uygulanması aranmamaktadır³⁷⁴.

İİK m.72/7 hükmü ile düzenlenen istirdat davasından da kısaca burada bahsetmek gerekir³⁷⁵. "Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan kişi, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir." Görüleceği üzere bu hükmün temelinde de aynı düşünce yatmaktadır³⁷⁶ ve özel bir isteme kanun koyucu tarafından yer verilmiştir. Bu özel bir hüküm olarak düzenlendiği (*lex specialis*) için, ödemede bulunan kişinin TBK m. 78 hükmünden farklı olarak kendisini borçlu sanarak edimi yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmemektedir³⁷⁷.

TBK m. 78/3'te borç olmadığı halde ödenmiş olan edimin iadesine ilişkin diğer kanun hükümlerinin saklı olduğu kaleme alınmıştır. Mevzuatımızda özel bir hükümle bu şarta istisna getirilmiştir. TTK m. 1530 uyarınca yasaların ve yetkili mercilerin

³⁷³ Bkz. BGE 115 II 28 [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 25.03.2019

³⁷⁴ Örneğin bkz. Yarg. 3. HD 02.06.2015 T. , 2014/16637 E. 2015/10064 K. ; Yarg. 8. HD. 03.04.2018 2016/11260 E. – 2018/10570 K. ; Yarg. 13. HD. 03.04.2019 T. ; 2016/12872 E. , 2019/4503K..

³⁷⁵ İşbu çalışmanın asıl konusu açısından bağlama konusu açısından bu hükmün vasıflandırılması büyük önem arz eder.

³⁷⁶ İstirdat davası niteliği itibari ile bizim de katıldığımız üzere, özel bir sebepsiz zenginleşme davasıdır.

³⁷⁷ Hahn, **a.g.e.**, s. 1378. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda da (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) benzer düzenleme 86. Maddede yer almaktadır.

belirlediği azami hadden fazlaya ilişkin yapılan sözleşmeler kısmi butlan olmaktadır; bu bakımdan azami haddi aşan edimlerin iadesi gerekmektedir³⁷⁸. Ayrıca, belirtmemiz gerekir ki, bize göre “*condictio indebiti*” ile diğer edimden ötürü zenginleşme sebepleri ile yarışması mümkündür.

5.1.1.2.2 Zenginleşmenin Gerçekleşmemiş Bir Sebebe Dayanması ("Condictio Ob Rem")

Bu *condictio* türünde başlangıçta mevcut olan sebebin (amacın) sonradan gerçekleşmemesi halindeki iade istemine ilişkindir³⁷⁹. Yalnız burada amaçtan kasıt, edimle izlenen "*causa solvendi*"nin ötesinde olan hukuki amaçlardır³⁸⁰. Salt "*causa solvendi*"ye yönelik kazandırmalar bu *condictio* tipini dışlar^{381 382}. Bu bakımdan doktrinde tespit açısından en zor olan özel *condictio* tipi olduğu kaleme alınmıştır³⁸³.

Bu zenginleşme türünde, diğer türlerden farklı olarak kazandırma anında mevcut bir borç olmamasına ve kazandırma sebepsiz zenginleşme sayılmamasına rağmen; kazandırmanın temelinde yatan beklenti boşa çıkınca kazandırma en

³⁷⁸ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2014, s. 526 ; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 859.

³⁷⁹ Yves Rüedi, "Artikel 66 OR", **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, ed. by Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter, Bern, 2011, s. 19 ; bkz. Hartwig Sprau, "**§ 812**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s. 1176. (n. 86) .

³⁸⁰ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 829

³⁸¹ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil** , s. 398 (n. 1041) ; Medicus, **a.g.e.**, s. 415 (n. 1143)

³⁸² Rona Serozan , **a.g.e.**, s. 831 : "*Şu da var ki açıkça 'koşul' veya yükümlenti katına çıkarılmasalar bile , 'işlem temeli' düzeyinde tutulan bu gibi kazandırma amaçları , işlem temelinden çökmesinden ötürü bağışlamanın geri alınmasına elverişli sayılabilecekleri takdirde ve ölçüde condictio ob rem'e yer bırakmazlar. Nişanın bozulmasında iadenin istemi böyledir. "* İşlem temelinin çökmesi de bu condictio tipini dışlar. (bkz. **a.e.**, s. 831; Medicus, **a.g.e.**, s 415 (n. 1143).

³⁸³ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil** , s. 398 (n. 1041).

başından sebepsiz sayılmaktadır³⁸⁴. Bu istemin temel şartı ise, edimin ifasıyla güdülen amacın, bir zorunluluğun yerine getirilmesine dayanmamalıdır³⁸⁵; bir başka ifadeyle gerçekleşmeyen amacın gerçekleştirilmesinin yargısal yoldan sağlanamaz olmasıdır³⁸⁶. Amaçlanan beklentinin boşa çıktığı anın hukuki sebebin gerçekleşmediği, gerçekleşmesi öngörülen zamanın dolması ya da gerçekleşmesinin imkansızlaştığı tarih olduğu doktrinde vurgulanmıştır³⁸⁷.

Amaçlanan sebeplerin, hukuken korunmaya yönelik olmaları gerekmektedir³⁸⁸. Bu bakımdan, tarafların amaç üzerinde uyuşmuş- anlaşmış (*Zweckvereinbarung*) olmaları gerekir^{389 390}. Bu durum zımnen de olabilir³⁹¹. Aksi halde tek taraflı bir amaç

³⁸⁴ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 356.

³⁸⁵ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, s. 398 (n. 1041); Anne-Catherine Hahn, “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1370; Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6**, 7. Auflage, München, 2017, Rn. 448., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019.

³⁸⁶ Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830: Aksi halde ifa istemi söz konusu olur ve ifa istemin yer verildiği yerde sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez.

³⁸⁷ bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 356; Anne-Catherine Hahn, “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1370.

³⁸⁸ Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830.

³⁸⁹ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, s. 401 (n. 1046); Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830; BGH NJW 2010, 2202(2206) ; Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6**, 7. Auflage, München, 2017, Rn. 418., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ;Hirsch,**a.g.e.**, s. 403.

³⁹⁰ Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda, (BGHZ 44,321) teyzesinin üzerine inşaat yapması karşılığı kendisine ait araziye miras bırakacağını söz vermesi üzerine arazi üzerinde inşaat yapan yeğenine ölümünden evvel mirasını değiştirerek evi bırakmaması durumunda yeğenin *condictio ob rem'e* dayanabileceği kabul edilmiştir. (bkz. Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, s. 399 (n. 1043); Türk literatüründe bu kararın kısmen eksik olarak aktarılmış olduğunu görmekteyiz. Kararda taraflar arasında amaç açısından uyuşmakta oldukları sabittir. (Teyze'nin miras bırakacağını belirtmesi ve yeğenin bunun karşılığında araziye ev yapması) Türkçe incelediğimiz eserde bu örnekte tarafların arasındaki *Zweckvereinbarung*'dan bahsedilmemiştir. (bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz,**a.g.e.**, s. 355 dipnot. 183).

³⁹¹ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, s. 401 (n. 1046).

var ise, bu *condictio* türüne dayanılmaz³⁹². Örneğin, bir işi değerinden az bedelle, işverenin kızı ile evlenileceği umuduyla yapılması durumunda bu isteme yer verilmez³⁹³. Buna karşılık nişanlının işvereni olduğu işyerinde bila bedel çalışmak bu *condictio* kapsamına girecek midir? Bizim görüşümüze göre, somut olayda taraflar arasında ileride gerçekleşecek evliliğe katkı amacıyla bila bedel hizmet edimi görme üzerinde uzlaşma varsa (örneğin nişanlının masraf yapmasını engellemek amacıyla sekreteri olarak ona yardım etme) tarafların ortak ve özel bir amacı söz konusu olduğundan bu *condictio* türüne dayanmak mümkündür³⁹⁴.

Bu türe verilen en yaygın örnek geciktirici şartta, şartın gerçekleşmemiş olduğunun bilinmesine rağmen yerine getirilen edimin, şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması üzerine iadesi talebinde bulunulabilmesidir³⁹⁵.

Gerçekleşmesi öngörülen işlemlerin, gerçekleşmemesinden evvel yapılan kazandırmalar da bu kapsama girer³⁹⁶. Şekil bakımından geçersiz sözleşmeye ilişkin olarak karşı edime kavuşma amacıyla verilen edimler bu bakımdan bu kapsamdadır³⁹⁷. Uygulamada da bu durumların tipik örnekleri de harici taşınmaz satış sözleşmeleridir.

Önceden ödenmiş faizin; faizin doğmaması durumunda da durum aynıdır³⁹⁸. Verilen "kaparo" adı altında sözleşme yapılacağı amacıyla yapılan ödeme de, sözleşmenin yapılmayacağının anlaşılması üzerine bu isteme dayanır³⁹⁹.

³⁹² Anne-Catherine Hahn, "OR 62" , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1371.

³⁹³ Medicus, **a.g.e.**,s. 416 (n. 1145)

³⁹⁴ Nitekim Alman yargısında da benzer durumlarda tartışmalı olmakla birlikte, bila bedel hizmet edimini gören tarafın *condictio ob rem*'e dayanılabileceğini kabul etmiştir. bkz. OLG Stuttgart, NJW 77,1779 ; Wolfgang Fikentscher, **Schuldrecht**, Berlin , 1985, s. 675; Sprau, **a.g.e.**, s. 1177(n.90).

³⁹⁵ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 354; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.876.

³⁹⁶ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 355.

³⁹⁷ BGE 115 II 28; <https://www.bger.ch> 15 Mart 2019 (çevirimiçi).

³⁹⁸ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.876.

Evlat edinilme, eş olma, mirasçı olarak atanma gibi zorlanamaz yollarla, kazanç elde edileceği umuduyla bir takım kazandırmaların iadesi bu isteme dayanır⁴⁰⁰. Ayrıca TMK m. 566 /2 hükmü de özel bir düzenlemeye yer vermiş olup; miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tabi tutulan kimse, söz konusu kazandırma için verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebilir.

Evlenme amacına ilişkin parasal kazandırmalar da (başlık parası - çeyiz gibi), evlenmenin gerçekleşmemesi durumunda da bu isteme tabi olurlar⁴⁰¹. Alman Yargısı'nda da başlık parası gibi kazandırmalar da bu kapsama sokulmuştur⁴⁰². Türk doktrininde ise farklı görüşler ileri sürülmüş; Yargıtay kararları arasında da farklılıklar vardır. Kimi Yargıtay kararlarında, EBK m. 65 (TBK m.81) uyarınca başlık parasının ahlaka aykırı olduğundan istenemeyeceğini belirtmektedir. (Yargıtay 3. HD. yakın zamanlı kararlarında bu kazandırmaları ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle EBK m.65'e dayanarak başlık parasının iadesini reddetmiştir. Görüleceği üzere, bu kararlarda bu istemlerin sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğu vurgulanmaktadır⁴⁰³. Yargıtay'ın eski kararlarında ise, bozulan nişan dolayısıyla başlık parasının iadesinin mümkün olacağı, verilen paranın kız adına verildiğinden nişanlı kıza verilmiş bir hediye olduğu şeklinde yoruma varılmıştır⁴⁰⁴.

³⁹⁹ Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830; bkz. Medicus, **a.g.e.**,s. 415 (n. 1144).

⁴⁰⁰ Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s. 399 (n.1042.); Medicus, **a.g.e.**, s. 415 (n. 1144); ayrıca bkz.Nurten İnce, “**Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, Malatya, 2018,,s.164-165.

⁴⁰¹ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 831; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 401 (n.1045.); BGH NJW 2010,998 (1000). Çeyizin iadesi de bu condicito tipine girer.

⁴⁰² OLG Köln NJW-RR 94,1026 . <https://beck-online.beck.de/> (Çevirimiçi) 17.01.2021.

; Sprau, "§ 812",**a.g.e.**,s. 1177 (n.90). Dikkat edilirse, Alman Yargısı ahlaka aykırılık hususuna girmemiştir.

⁴⁰³Yargıtay 3. HD. 24.05.2016 2015/13389 E. 2016/7993 K.

⁴⁰⁴Yargıtay 6. HD. 16.06.1978 T. 1978/4796E.-4888K. (www.sinerjimevzuat.com.tr (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ve ayrıca bkz. Yıldız Abik , "Nişanlanma ve Nişanlılık", AÜHFD 2015 C. 54 Sa.2,Ankara, 2005,s. 111 dipnot 276)

Doktrinde, TBK m.78'in EBK m. 65'in başlık parasının iadesi açısından TMK m. 2'nin göz önünde buldurularak, verenin istencinin evlenme amacı olduğu dikkate alınarak uygulanamayabileceği ileri sürülmüş; bunun tek istisnai halinin de başlık parası alanın verenin borçlu olmadığını bilerek ödemede bulunduğunu ispat etmesi durumunda başlık parasının iadesi talebi reddedilebileceği olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁵.

Bizim görüşümüz ise, evlenme amacına yönelik başlık parası olarak belirtilen edimin her somut olay açısından kime verildiğine göre TMK m. 122 kapsamına girip girmediğinin tespitinin gerektiğidir. Eğer, ödeme salt nişanlının (tabi ortada geçerli bir nişanlanma varsayımında) ailesine yönelik yapılıyorsa, doğal olarak ortada TMK m.122'den bahsedilemeyecek; *condictio ob rem* söz konusu olacaktır. Bu halde ise somut olayda kadının evlenmeye zorlanması gibi bir durum var ise, TBK m. 81 uyarınca "hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacı" var olduğundan iade isteminde bulunulamayacaktır. Buna karşılık, somut olayda eşlerin rızası olan bir evlilik mevcut ise, "başlık parasını" veren taraf sebepsiz zenginleşme istemine dayanabilmelidir. Eğer kazandırma direkt olarak nişanlıya yapılmış ise ya da nişanlı tarafın adına ailesine verildiği somut olayda ispat edinilebiliyorsa, kazandırmada bulunan taraf TMK m. 122'de belirtilen kişilerden ise bu hükme dayanılarak eski nişanlıya karşı talepte bulunulabilir. Her iki hal açısından da, kazandırmada bulunan taraf evlenme amacıyla hareket ettiği müddetçe, TBK m. 81 hükmü uygulanmamalıdır. Nitekim, aşağıda bahsedileceği üzere TBK m. 81 hükmü uyarınca "hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacı"nın varlığı gereklidir. Evlenme de hukuka ve ahlaka uygun bir amaçtır. Hem TMK m. 122 hükmünün geçerli olması için, hem de *condictio ob rem*'den bahsedebilmek için ortada tarafların birbirine uygun iradeleri ile geçerli bir evlenme amacı olmalıdır; ortada eğer bu ortak amaç yoksa kazandırmada bulunan nişanlısı olduğunu iddia ettiği kişiye karşı TMK m. 122 hükmüne, nişanlısı olduğunu iddia ettiği kişinin ailesine karşı iade isteminde bulunamaz. Bu hallerde de kazandırmada bulunanın

⁴⁰⁵ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1993, s.65 ; bkz. Yıldız Abik , "Nişanlanma ve Nişanlılık", AÜHFD 2015 C. 54 Sa.2,Ankara, 2005,s. 111.

elindeki tek yol ise, eğer şartları oluşmuş ise ancak bağışlamanın geri alınması yoluna başvurulabilir. (TBK m. 295)

Bazı Yargıtay kararlarında, kazandırmada bulunan kişinin davalı aynı evde karı-koca gibi yaşadığı ve davacı tarafından evlenme girişiminin, dolayısıyla nişanlılığın ispat edilemediğinden ötürü ortada karı-koca gibi yaşamak için gerçekleştirilen ahlaka aykırı kazandırma olduğundan dolayı, bunun iadesinin EMK 65 (TBK m.81) uyarınca istenemeyeceğine karar verilmiştir⁴⁰⁶. Bu kararlar, sonuç olarak doğru olsa da, gerekçesi hem yanlış hem de sakıncalıdır. Zira az evvel ifade edildiği üzere, ortada evlenme amacı yoksa kazandırmada bulunan ancak bağışlamanın geri alınmasına dayanabilir. Öte yandan, türlü varsayımlarla (nişanlılığın olmamasına rağmen verilen hediyein karı-koca gibi yaşamak olduğu yönündeki) ahlaka aykırılıktan bahsetmek - kişilerin temel hak ve özgürlüklerine dokunarak adeta “ahlak bekçiliğine soyunmak”- TBK m. 81 hükmünün ruhuna aykırıdır.

Gerçekten de işlem temelinin çökmesi ile bu *condictio* tipi arasındaki sınır gayet siliktir ve hangisinin uygulanacağı (bilhassa Almanya'da) üzerinde tartışılmaktadır⁴⁰⁷. İşlem temelinin çökmesi olgusu karşısında, bu *condictio* türü tali nitelikte olduğu doktrinde kimi yazarlarca ifade edilmiştir⁴⁰⁸ ve Almanya'da da hakim görüş bu yöndedir⁴⁰⁹. Bu görüşe göre, eğer ortada işlem temelinin çökmesi olgusu varsa; bu *condictio* türüne yer kalmaz ve eğer taraflar sinallagmatik ve geçerli bir sözleşmede *causa solvendini*n ötesinde bir amaç doğrultusunda anlaşmışlarsa, burada işlem temelinin çökmesinden bahsetmek gerekecektir^{410 411}. Biz bu görüşe

⁴⁰⁶Yargıtay 3. HD. 13.11.1986T. , 1986/3944E.-10387K.

⁴⁰⁷ bkz. Hirsch, **a.g.e.**,s. 401.

⁴⁰⁸ Christian Grüneberg, "§ 313", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.499. (n.15) . ; Rona Serozan, **a.g.e.**,s.831.

⁴⁰⁹ bkz. Hirsch, **a.g.e.**,s. 401: Alman Yargıtay'ı ise son zamanlarda işlem temelinin çökmesi ve bu *condictio* türünün beraber uygulanabileceğini kabul etmektedir.

⁴¹⁰ Christian Grüneberg,**a.g.e.**,s.499(n.15)

katılmıyoruz. Zira taraflar arasında üzerinde uyuşulmuş *causa solvendi*'nin ötesindeki hukuki amaç; bu hallerde sözleşmenin çekirdeği –merkezi- konumuna taraflarca sokulmaktadır ve hal böyle olunca taraflarca merkez konumuna konulan amacın(sebebin) gerçekleşmemesi durumunda işlem temelinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴¹².

TMK m.122 hükmünün niteliğinden ayrıca bahsetmek gereklidir. Nişanlılığın evlenme dışındaki bir sebeple sona ermesi durumunda, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Bu bakımdan ele alınması gereken husus TMK m. 122 hükmünün bu *condictio* türünün özel olarak aile hukuku açısından düzenlenmiş bir hali olup olmadığıdır. Bu iade talebinin işlem temelinin çökmesine dayandığı savıyla, bu *condictio* türünün özel bir görünüm hali olmadığı görüşü Türk doktrininde ileri sürülmüştür⁴¹³. Bir başka görüşe göre, nişan geçmişe etkili olarak sona ermeyeceğinden; TMK m.122/2 hükmünün sadece iadenin kapsamı açısından bir gönderme olduğu belirtilmiştir⁴¹⁴.Biz bu görüşlere katılmıyoruz. Bu hükümle kanun koyucu tarafından evlenme amacına yönelik özel bir "sui generis"⁴¹⁵ aile hukuku sözleşmesi⁴¹⁶ olarak

⁴¹¹ bkz. Hirsch, **a.g.e.**,s. 404.: Bu husus ayrıca, tarihsel süreçte Alman konun koyucusu tarafından 19. yüzyıl sonlarında işlem temelinin çökmesi kurumuna yer verilmediğinden; kimi adaletsiz durumları törpülemek amacıyla bu *condictio* tipine yer verdiğini savununlar da vardır

⁴¹² aynı doğrultuda bkz. Martin Schwab, "**§ 812**", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6 , 7. Auflage, Munich, 2017 ,n. 418.,beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; nitekim Alman yargısında da bu görüş ağırlık kazanmakta olduğu belirtilmektedir. bkz. **a.e.**,n.418 ;

⁴¹³ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 831.

⁴¹⁴ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s.360.

⁴¹⁵ Yıldız Abik , "**Nişanlanma ve Nişanlılık**", AÜHFD 2015 C. 54 Sa.2,Ankara, 2005,s. 69 .

⁴¹⁶ Gerd Brudermüller "Einf. v. **§ 1297,1298**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1562. (n.1); Andreas Roth, "**§ 1297**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9**, 8. Auflage, Munich, 2019 , n. 417.,beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019; bkz. Mehmet Serkan Ergüne, "**Nişanın Bozulmasında Maddi**

(salt fiili bir ilişki olarak kabul edilmeyip⁴¹⁷) düzenlenen nişanın⁴¹⁸ bozulması durumunda alışılmışın dışında olan kazandırmaların iadesi, taraflardan hangisinde kusur olduğu aranmaksızın⁴¹⁹, taraflara tanınmıştır. Bir başka ifade ile, nişanlıların birbirlerine evlenme amacına özgü mutaat olmayan kazandırmaları, bu amacın boşa çıkması sonucunda iadeye konu olabilecektir⁴²⁰. Bu bakımdan, duraksamaya yer

Tazminat", İÜHFM C. LXXIV, İstanbul, 2016, s. 758; Yıldız Abik , "**Nişanlanma ve Nişanlılık**", AÜHFD 2015, Ankara, 2015, s. 67 vd..

⁴¹⁷ Yıldız Abik , **a.g.e.** , s.65.

⁴¹⁸ Nişanın niteliği tartışmalı bir konu olmuştur. Bizim katıldığımız doktrindeki hakim görüş, nişanın kendine has bir aile hukuku sözleşmesi olduğudur. Doktrinde ileri sürülmüş olan diğer görüşler *karar görüşü* (bkz. Ferit H. Saymen/ Halid K. Elbir, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İstanbul, 1957, s. 33 vd.) ve nişanın evlenme vaadi içerdiği gerekçesiyle savunulan *ön sözleşme görüşü* (bkz. Andreas B. Schwarz, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1946 s. 36 vd.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku : Aile Hukuku** İstanbul , 1965 , s. 22.) kabul edilemez. Karar görüşü açısından; kara aralarında temel ilişki bulunan kişi toplulukları ile alakalı olduğundan ve nişanlılar arasında böyle bir temel ilişki olmadığıyla birlikte ayrıca nişanda taraflar arasında taraflara yüklenen yükümlerin zıt yönde olmaları sebebiyle bu görüş kabul edilemez. (Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2020, s.14; bkz. Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku**, İstanbul,2020, s.8; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, İstanbul,2018, s.28-29) Ön sözleşme görüşü açısından da; ön sözleşme ile taraflardan birinin vaaadinin yerine getirilmemesi durumunda bu dava edilebilir olmasına rağmen nişanlılıkta bunun mümkün olmamasından, ön sözleşmede cezai şarta yer varken, MK. 119/2'nin aksi yönde düzenlendiği, ön sözleşmenin şekil bakımından kural olarak- kanundaki açık istisnalar dışında- kurulacak sözleşmenin şekline tabi olmasına rağmen (BK 29/2) nişanın evlilik akdinden farklı olarak hiçbir şekilde tabi olmaması gerekçeleri ile bu görüş haklı olarak kabul edilmemektedir. (Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 13-14; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.** 27; Hatemi, **a.g.e.**,s. 8.) Doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yıldız Abik , **a.g.e.** , s.71vd.; Hatemi, **a.g.e.**, s. 7vd.; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 13vd. ; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.** 26 vd.

⁴¹⁹ Yarg. 3. HD. 16.5.2015 T. , 2005/5137E. 2005/5414 K.

⁴²⁰ Çoğu olayda nişanın varlığının hediye verilmemesinin saiki olduğu hukuki sebebi olmadığı; bu bakımdan salt sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanamayarak yetersiz kalacağı ifade edilmiştir. (bkz. Yıldız Abik, **a.g.e.**,s.114; Nevzat Koç, **Türk – İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**, İzmir, 2002, s. 148) Bizim görüşümüze göre, TMK m.122 hükmü olmasaydı dahi TBK m. 77 hükmü uyarınca *condictio ob rem*'e dayanılarak iade isteminde bulunulabilirdi. Zira nişanlılık niteliği gereği evlenmeye yönelik- onu amaç edinen- bir akitir; bu bakımdan tarafların üzerinde uyuştukları amaç

vermeksizin nişanlılar arasındaki mutata olmayan kazandırmaların iadesi *condictio ob rem*'in özel bir görünümüdür⁴²¹.

Condictio Ob Rem'in ileri sürülemeyeceği bir hal olarak TBK m. 175/1 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Koşula bağlı bir borçta sözleşme taraflarından birinin, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellemesi durumunda koşulun gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Görüleceği üzere çelişkili davranış yasağının bir tezahürü olan bu düzenleme ile, kanun gereği koşul gerçekleşmiş sayılacağından ortada hukuki bir sebep mevcut olacağından, sebepsiz zenginleşme istemi söz konusu olamayacaktır⁴²²⁴²³.

evlenme olduğundan dolayı ortada *condictio ob rem* mevcuttur. Nitekim, nişan hediyesi olmayan kazandırmalar nişanlılar arasında olsa dahi TMK m.122 kapsamına da girmemektedir. TMK m. 122'nin özel olarak düzenlenmesinin sebebi ise kanun koyucunun tereddütleri kaldırarak, aile hukuku alanına giren bu özel sözleşmenin sonuçlarını ve uygulama alanını sağlamaktır. Ayrıca nişanlılığın özel olması sebebiyle tüm zamanaşımı süreleri TMK m.123'te daha kısa düzenlenmiştir. Abik bu amacı "*Kanunkoyucu, nişanın bozulmasından doğan davalar için öngördüğü sürenin hoş olmayan olayların bir an önce tasfiyesine olanak tanıyacak kadar kısa, ilk asabiyetin yatışıp, anlaşma olanaklarının doğması olasılığını da ortadan kaldırmayacak kadar uzun tutulmasına dikkat etmiştir*" cümleleri ile doğru bir şekilde açıklamıştır. (bkz. Yıldız Abik , **a.g.e.** , s.147)

⁴²¹ Gerd Brudermüller , "Einf. v. § 1301", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1562. (n.1) ; Andreas Roth,"BGB § 1301"**Münchener Kommentar zum BGB Band 9**, 8. Auflage,München, 2019, n.1; Abik, **a.g.e.**,s.114.

⁴²² Ayrıca bkz. Serozan, **a.g.e.**,s. 860.

⁴²³ Bizim de katıldığımız görüşe göre, Nişanlılar arasında hediye ger i verilmesine ilişkin olarak düzenlenen MK m. 122 hükmü uygulanırken TBK m. 175/1 hükmünün kıyasen uygulanarak, alışılmışın dışında hediye vermiş olsa dahi , kötü niyetle hareket eden tarafın iade talebinin sınırlanması gerekir. Görüş için bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s.418; Ayrıca, Türk doktrinde de sebepsiz zenginleşmenin hakkaniyet esaslarına göre iadesinin sınırlanması ile nişanlıya nişanlısının babası tarafında verilen taşınmaz için olağan dış ı inşaat harcamaları yaparak kendi işyerini terkedip kendi iş yeri haline getirdiği için sınıtlanması görüşü için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 998.

5.1.1.2.3 Zenginleşmenin Sonradan Sona Ermiş Bir Sebebe Dayanması - (Condictio Ob Causam Finitam)

Edimin başlangıçta olan sebebinin sonradan sona ermesi durumunda, bu condictio türü gündeme gelir; fakat aşağıda belirteceğimiz üzere bu türün uygulama alanı çok dardır⁴²⁴. TBK m. 77'de açıkça zenginleşmenin sonradan sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda gerçekleşeceği vurgulanmıştır⁴²⁵.

Gerçekten de, en tartışılan hususlardan biri de, dönme durumunda gerçekleşen iktisabın iadesinin bu condictio türüne dayanıp dayanmayacağı olmuştur. Bu hususa ilişkin görüşümüzü yukarıda ifade etmiştik⁴²⁶. Kısaca tekrar edilecek edecek olunursa, bizimde kabul ettiğimiz görüşe göre dönme durumunda sebepsiz zenginleşme değil⁴²⁷ "sözleşmesel çözülme ilişkisi" (Liquidationsverhältnis)⁴²⁸ mevcut olup; bunun doğal sonucu olarak, zenginleşmenin eksildiği borçlu tarafından savunulamaz ve borçlunun objektif zenginleşme sınırlandırılması da olmadan verilenler tam olarak iade edilme yükümlülüğü doğar⁴²⁹.

Fesih açısından ise, sürekli edimli sözleşmelerde fesih söz konusu olduğundan *ex nunc* etki olacağından, fesihten evvel kazandırmalar sebepsiz zenginleşmeye konu edilemeyecek midir? Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, ifa edilen edimin fesih tarihinden önceki döneme olup olmadığıdır. Fesihten evvel olan döneme

⁴²⁴ Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 198 (n.411)

⁴²⁵ Gökhan Antalya,**a.g.e.**,s. 587.

⁴²⁶ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 3.1.2.

⁴²⁷ Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 199 (n.412) .

⁴²⁸ (BGE 114 II 152) ; İsviçre Federal Mahkemesi de aynı hususu artık kabul etmektedir.

⁴²⁹ Aksi görüş için bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 358.

ilişkin olan ifalarda sebepsiz zenginleşme söz konusu olamaz. Buna karşılık, fesih tarihinden önce fakat fesih tarihinden sonraki döneme ilişkin ifa edilen edimler bu *condictio* türünün alanına pekala girer⁴³⁰. Tabi bu durumda sözleşmede veya özel bir kanun hükmünde aksine bir düzenleme olup olmadığı önem arz edecektir ve bunun somut olayda irdelenmesi gerekecektir⁴³¹. Fesihten sonra yapılan kazandırmalar ancak şartların varlığı halinde sebepsiz zenginleşmeye konu edilebilir⁴³².

Borçlandırıcı işlemin iptali açısından, sebepten soyutluk ilkesinin kabul edilmesi durumunda, tasarruf işlemi açısından *condictio ob causam finitam*'a değil de *condictio in debiti*'ye dayanılabileceği, hukuki sebebin daha baştan eksikliği sebebi ile, Alman literatüründeki hakim görüştür⁴³³. Türk hukuku açısından da durum aynıdır⁴³⁴. Zira irade açıklamasında sakatlık bulunması durumunda bizimde katıldığımız görüş -geçersizlik teorisi- doğrultusunda ortada düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur⁴³⁵. Bunun pratikte önemi zamanaşımı açısından ve

⁴³⁰ Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 199 (n.413) ; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 828(n.98); Medicus;**a.g.e.**, s.414(n.1142).

⁴³¹ Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 199 (n.413); Hartwig Sprau, "**§ 812**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1175. (n.79).

⁴³² Gökhan Antalya, **a.g.e.**,s. 588.

⁴³³ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, Müchen, 2017, s. 398 (n. 1040);Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s.413(n.1138); Christoph Jerger, **Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden**, Bielefeld,2016, s.64; Martin Schwab, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6** , 7. Auflage, Munich, 2017 , n. 417., [beck-online.beck.de\(çevirimiçi\)](http://beck-online.beck.de(çevirimiçi)) 21 Mart 2019.

Aksi görüşte , Hartwig Sprau, "**812**", **a.g.e.**,s.1175 (n.77) : Yazara göre, edimin sebebi iptal beyanın kullanılmasına kadar ayakta olduğundan ve iptalin ex-tunc etkisinin istisnasız olmadığı (kimi hallerde ex-tunc yerine ex-nunc etki tanındığı -hizmet akdi gibi sürekli edim yükleyen akitlerde-) ileri sürülerek *condictio ob causam finitam*'ın daha uygun olduğunu savunmaktadır.

⁴³⁴ bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**,s.829 (n.99) ; aksi görüş için bkz. Fikret Eren, **a.g.e.** , s. 876.

⁴³⁵ bkz. Haluk N. Nomer,**a.g.e.**, s.65-66 (n.58); ayrıca iptal yaptırımına ilişkin teoriler için bkz. Kılıçoğlu,**a.g.e.**, s. 20: Doktrinde üç farklı teori ileri sürülmektedir. İlki, bizim de kabul ettiğimiz geçersizlik teorisi olup; buna göre işlem baştan itibaren geçersizdir. Diğer teori ise iptal teorisi olup; işlem baştan beri geçerli olup, yanlışlığa düşünenin iptali ile hükümsüz kalır. Üçüncü teori ise, bir taraf

zamanaşımı bizim katıldığımız görüş doğrultusunda edimin ifa edildiği tarihten itibaren başlamalıdır⁴³⁶.

Sözleşmede öngörülen bozucu koşulun varlığında ise, bu *condictio* söz konusu olabilir⁴³⁷. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, taraflar sözleşmede bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ayrı bir iadeye dayalı bir hak öngörmüşler ise , ortada sözleşmeye dayalı bir iade ilişkisi söz konusu olabilecektir⁴³⁸. Bu bakımdan her bozucu koşulun varlığının kabul edildiği sözleşmede, sözleşmede tarafların istençleri irdelenmeden *condictio*'nun varlığından söz edilemez.

Doktrinde, İİK m. 134 uyarınca ihalenin iptali durumunda, ihale sonucu iktisap edilenlerin iadesinin bu isteme konu olacağı belirtilmiştir⁴³⁹. Taşınmaz mülkiyeti ihaleyi alan adına tescil edilmişse, TMK m. 1025'e dayanılarak yolsuz tescilin düzeltilmesi davası söz konusu olacaktır⁴⁴⁰. Takas hakkının doğumundan sonra fakat

için geçersizlik teorisi olup; taraflardan yanılan için baştan geçersiz , diğer taraf için baştan geçerlidir. Yazar'ın belirttiği üzere bu teoriler sebepsiz zenginleşmenin türünü belirlemektedir. Aynı yönde Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1988, s.607 ; İptal teorisi uyarınca *condictio ob causam* finitamın geçerli olacağı yönünde ise bkz . E. Saba Özmen/Müge Ürem, "**Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Eleştirisi**", İstanbul Barosu Dergisi, 2016 C: 90 Sayı 3, İstanbul, 2016, s. 215; Gamze Turan Başara/İzzet Başara, **Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları**, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I , Ankara, 2010, s.

⁴³⁶ İptal teorisi kabul edilir ise, zamanaşımı başlangıçta geçerli bir sebep olduğu kabul edildiğinden, iptal tarihinden itibaren başlayacaktır.

⁴³⁷ bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**,s.828 (n.98.) ; **Martin Schwab**, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6**, 7. Auflage, München, 2017 , n. 418., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019.

⁴³⁸ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**,s.413(n.1139); ayrıca bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.359.

⁴³⁹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 359 ; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **a.g.e.**, s. 493 ; Martin Schwab, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6**, 7. Auflage, München, 2017 , n. 418., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Eylül 2019.; LAG Hessen, Beschluss vom 13.09.2013 - 12 Ta 393/12, beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Eylül 2019

⁴⁴⁰ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s. 588.

kullanılmasından evvel ödenen faizin iadesi de bu *condictio*'ya dayanılarak mümkündür⁴⁴¹.

TBK m. 136/2 hükmünde, sinallagmatik sözleşmelerde sonraki⁴⁴² kusursuz imkansızlık söz konusu olduğu durumlarda TBK m.136/1 uyarınca borçtan kurtulan

⁴⁴¹ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e., s. 359** ; Gökhan Antalya, **a.g.e., s. 588**.

⁴⁴² Başlangıçtaki ifa imkansızlığında kusur olsun olmasın , TBK sisteminde sözleşmenin batıl olacağı TBK m.27'de öngörüldüğünden; yapılan kazandırmalar *condictio indebiti* kapsamına girecektir. Kusurun varlığında ise , somut bir hüküm olmadığından ancak sınırı tartışmalı olan Culpa in Contrehendo tazminatı söz konusu olabilecektir. (bkz. Hatemi, **a.g.e.,s.247**; TBK m.27'nin amacına uygun sınırlama ile bu durumlarda sonraki ifa imkansızlığı ve garanti taahhüdünü varsaymanın culpa in contrehendo yanında varsaymanın mümkün olduğu görüşü için: Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 14 n.16 vd.) Alman hukukunda ise durum farklıdır. BGB § 311a bu hususu özel olarak düzenlemiştir. (eski düzenlemede bizde olduğu gibi BGB § 306 aF'de başlangıçtaki imkansızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemekteydi.) Bu düzenlemeye (BGB § 311a I) göre özetle, başlangıçtaki ifa imkansızlığı borç ilişkisinin geçerliliğini etkilemez. Eğer borçlu sözleşmenin kurulduğu anda imkansızlığı biliyor veya bunun bilmemesinde bir kusuru var ise,- kusurlu başlangıçtaki ifa imkansızlığında- seçimlik olarak zararının tazminini veya BGB § 284 uyarınca edime kavuşmuş olacağına duyduğu güvene dayanarak yapmış olduğu makul sayılan harcamaları talep edebilir. Tazminat istemi açısından kısmi ifa imkansızlığı mevcut ise alacaklının edime ilişkin tazminat talebinde bulunabilmesi açısından kısmen ifa edilen edime ilişkin bir menfaatinin bulunmaması gerekir. (Astrid Stadler, "§ 311a", ed. Othmar Jauernig, "**Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, München**, 13. Auflage, 2009, s.376 ; Kindl Johann, "§ 311a" , **Erman BGB Kommentar**, 13. Auflage, Köln 2011, s.1339) Tazminat isteminde alacaklı müspet zarar kalemini, sözleşmeden doğan edim ifa edilebilseydi sağlayacağı tüm yararların tazminini talep edebilecektir.(Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, München, 2011, s. 230) " Surrogat" ikame değere de BGB 285 uyarınca alacaklı dayanabilecek, borçlunun imkansızlığa sebebiyet veren üçüncü şahıslardan aldığı ikame edeğeri talep edebilecek veya üçüncü kişilerden olan alacak haklarını alacağın temlik yoluyla devralabilecektir. Bu hallerde ikame değer edim yerine talep edilen tazminat tutarından düşülecektir. (Volker Emmerich, § 285, **Münchener Kommentar- Bürgerliches Gesetzbuch- Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, 2012, s. 990 vd ; Türk hukukunda hüküm bulunmamakla birlikte, "surrogat"ın kabul edileceğine ilişkin görüşler için bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.,s.311**; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15 n.6) Alacaklının ikinci seçeneği ise § 311a'nın § 284 BGB'ye göndermesi uyarınca, alacaklının yapmış olduğu harcamaları isteyebilmesidir. Bunun için tazminatta belirtilen şartların yanında harcamaların edime kavuşmuş olacağına duyulan güven sonucu yapılmış olması, harcamaların makul oluşu, yükümlülük ihlali olmasaydı bile söz konusu harcamalar ile istenilen amaca ulaşılamayacağı sonucuna

borçlunun karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade ile yükümlü olduğu kaleme alınmıştır. Bu durumda, kanunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kastedilenin ne olduğu üzerinde durmak gerekir. Zira bu hallerde iade isteminin sözleşmesel bir isteme mi dayandığı yoksa sebepsiz zenginleşme mi olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sözleşme ortadan kalkmaktadır ve daha evvel ifa edilen karşı edimin borçlunun kendi edimini ifa borcu ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme olmaktadır⁴⁴³. Bizim katıldığımız görüşe göre " sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre " ibaresinden anlaşılması gereken iade borcunun kapsamıdır; iade talebinin kaynağı sebepsiz zenginleşme değil sözleşmeden doğan borç ilişkisidir⁴⁴⁴. Bunun alacaklı açısından getirdiği yarar ise, bu hallerde 10 yıllık sözleşmesel zamanaşımının uygulanacak olmasıdır.

Bağışlama sözleşmesinde geri alma hükümlerinin uygulanmasında, iade istemi bu *condictio* türüne dayanır; bir başka ifade ile bu türün özel düzenlenmiş halidir⁴⁴⁵.

varılamaması şartları aranmaktadır.(Wolfgang Ernst, § 284, **Münchener Kommentar- Bürgerliches Gesetzbuch- Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, 2012, s. 980) Ayrıca, alacaklının elinde mehil vermeksizin dönme imkanı da tanınmıştır.

⁴⁴³ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.877 ; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul, 1976, s. 164.

⁴⁴⁴ aynı yönde Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 829 (n.99.) ; geniş açıklamalar için bkz. Seçkin Topu, Ferhat Canbolat, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi cilt 57 sayı 3**, Ankara, 2008,s. .680 vd."; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s.360.

⁴⁴⁵ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s.359; Rona Serozan, **a.g.e.**, . 828 ; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, 12. Bası, Müchen, 2017, s. 398 (n. 1040) ; Beat Schönenberger, "**Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Art. 184 - 318 OR**" ,CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich, 2016, s.330.; Aytekin Ataay, **a.g.e.**, 387.

Alman doktrininde ve kimi kararlarda bağışlamanın geri alınması; işlem temelinin çökmesinin özel bir görünümü olduğunu savunmaktadırlar. (bkz. Walter Weidenkaff, "**§ 530**", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.703 (n.1).

Soy bağıının reddi durumunda yapılan kazandırmaların iadesi talebinden de bahsetmek gerekir. Eğer çocuğa karşı olan bir istem mevcut ise, eğer TBK m. 79/1 engeline takılmıyorsa, istem nitelik olarak "*condictio ob causam finitam*"dır⁴⁴⁶. Örneğin bakım ve eğitim harcamaları TBK m. 79/1'den dolayı geri istenemeyecektir. Bu bakımdan peşinen ve soyut bir şekilde çocuğa karşı talepte bulunulamayacağı şeklindeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Eğer somut olayda pekala TBK m. 79/1 uygulanamıyorsa; çocuğun elinde kalan varsa, baba olarak görülen kişi soy bağıını reddederek bunların iadesini isteyebilmelidir⁴⁴⁷. Çocuğa yapılan harcamalar ise, TBK m.79/1'e takıldığından, geri istenme sırasında elden çıkma olgusu gerçekleşmiş olacağından- çocuktan istenemeyecektir⁴⁴⁸. Mirasçılar tarafından açılan soy bağıının reddi durumunda da mirastan intikal eden malların iadesi de bu *condictio* türüne dayanır⁴⁴⁹. Yargıtay'ın soy bağıının reddi durumunda kusurları olmadığı sebebiyle harcamaların onlardan istenemeyeceği şeklindeki kararı sonuç olarak doğru olsa da gerekçe bakımından hatalıdır⁴⁵⁰. Zira çocuklara yöneltilen taleplerin

⁴⁴⁶aynı yönde Sprau, **a.g.e.** , s. 1176.

⁴⁴⁷ Örneğin ileride üniversite eğitimi için , çocuk adına banka hesabı açılıp yüklü bir para konulmuşsa; soybağıının reddi halinde *condictio* istemine pekala yer vermek gerekir. Bu durumda, çocuk adına banka hesabı açılarak para yatırılması bağışlama teşkil edecek; fakat baba gözüken kişi TBK m. 295'e bu hükümde yer alan şartlar tahdidi olarak sayıldığından dayanarak bağışlamadan geri dönemeyecektir. İşte bu gibi durumlarda, adaletsizlikleri önlemek adına sebepsiz zenginleşme kurumu devreye girecek; *condictio ob causam finitam*'a dayanılabilecektir.

⁴⁴⁸ayrıca bkz. Gülnihal Paksoy, "**Soybağıının Reddi**" , TBB Dergisi2011(97), Ankara, 2011, s. 370.

⁴⁴⁹ Yargıtay 2. HD. aynı doğrultudaki kararında açıkça bu durumun intikali sebepten yoksun hale getirdiğini vurgulayarak, bu *condictio* türünün uygulanacağını belirtmiştir. **Yargıtay 2. HD. 02.04.2013 T. ; 2012/1800 E. , 2013/9011 K.** sinerjimevzuat.com.tr (**çevirimçi**) 3 Aralık 2018: "...Dolayısıyla soybağı reddedilmiş olan çocuk, mirasbırakanın ölümüyle soybağına bağlı olarak kazandığı mirasçılığını kaybeder, hiç mirasçı olmamış duruma gelir. Bunun sonucu olarak, adı geçen mirasbırakanın ölümü ile intikal eden malvarlığı değerleri üzerinde intikalle elde ettiği hakları hukuki dayanağını yitirir. Diğer bir ifade ile "intikalle kazanma" sebepten yoksun hale gelir. Böyle bir durumda da, davalı M... M..., mirasbırakandan intikal eden dava konusu hakları ve malvarlığını "sebepsiz zenginleşme" hükümleri çerçevesinde hak sahibi olan davacılara bunların miras payları oranında geri vermekle yükümlü olur..."

⁴⁵⁰**Yargıtay 4. HD. 12.02.2013 T., 2012/838 E., 2013/2297 K. sayılı kararı :** " Davacının kendinden olduğunu sandığı çocuklar için gelişim süreçleri boyunca masraf yaptığı tartışmasızdır. Davacı bu

ancak sebepsiz zenginleşmeye dayanabileceğinden harcamalar yukarıda ifade edildiği üzere TBK m.78 engeliyle istenemez; yoksa haksız fiile dayalı kusurun olmaması durumuyla değil... Soy bağına reddeden tarafından, çocuğun annesine veya gerçekte baba olana karşı (soy bağına kurulması durumunda) talepler ise bütün hallerde saklı kalacak olup; bu hususlar çalışmamızın konusu dışındadır.

Alman hukukunda tartışma konusu edilen bir hususa da bu başlık altında yer vermeye değer:

Evlilik sırasında eşinin arazisine birlikteliğin devamı beklentisiyle aile konutu yapan kocanın ev yapıldıktan az zaman sonra boşanma gerçekleşmesi sebebiyle parasal iade talebi, Alman Federal Mahkemesi tarafından kocanın ediminin hukuki temelinin evlilik olduğu ve boşanmanın da conditio sebebi olduğu gerekçesi ile kabul edilmiştir⁴⁵¹.

Bu karar Alman doktrininde, kadının evliliğe dayanarak isteyemeyeceği; evliliğin ancak kazandırmanın bir motifi, saiki olduğu, hukuki bir sebep olamayacağı sebebiyle eleştirilere sebep olmuştur⁴⁵². Sonrasında yüksek mahkeme bu görüşünden vazgeçmiş; fakat son yıllarda bu görüşüne tekrar geri dönmüştür⁴⁵³. Bizim görüşümüze göre, tarafların amacı -aile konutunun inşası- evlilik içerisinde olduğu ve gerçekleşmiş olduğu için böyle bir talep conditio alanına girmeyecektir. Başka

giderleri davalı ... ile olayda kusurları bulunmayan davalı çocuklardan isteme imkanı bulunmasa da, çocukların biyolojik babası olan davalılardan ...'dan tazminini isteyebilir." Ayrıca aynı yönde bkz. : **YHGK, 19.03.2019 T. 2019/85E.-314K.;YHGK, 29.02.2018T. 2017/330E.-2018/346K.;** Bu gerekçeler son derecede hatalıdır. Zira bu gerekçeye dayanılması durumunda, soy bağına reddedenin harcam dışındaki kazandırmalarının iadesine yönelmesine, çocukların kusuru olmadığı savıyla engel olunacaktır. Yukarıda bahsedildiği üzere Yargıtay 2. HD. 'nin görüşü son derece tutarlı ve doğrudur. **(Yargıtay 2. HD. 02.04.2013 T. ; 2012/1800 E. , 2013/9011 K. sinerjimevzuat.com.tr (çevirimçi) 3 Aralık 2019.**

⁴⁵¹BGH, Urteil v. 5.10.1967 - VII ZR 143/65(**BGH JZ 1968,381**); <http://www.digizeitschriften.de/> 10 Aralık 2018 **(çevirimçi)**

⁴⁵² Medicus/Lorenz, **a.g.e.**,s.414 (n.1140) ; Sprau, **a.g.e.**, s. 1177(n.90).

⁴⁵³ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**,s. 414 (n.1140).

ifade ile amaca ulaşıldıktan sonra sebebin sona erdiğinden bahsedilemeyecektir. Bu talepler kural olarak eşler arasındaki mal rejimi hükümlerine göre şekillenecektir. Ayrıca bu gibi örneklerde, bağışlamanın geri alınması (TBK m.295) koşulları oluşup oluşmadığı da tartışmaya değerdir. Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira bağışlamadan farklı olarak evlilik birliğinde yapılan harcamalar salt diğer tarafa yapılan kazandırmalar değildir; harcamalar birlikteliğe yapıldığından bağışlama olarak kabul edilemez⁴⁵⁴.

Kira hukuku açısından da kiralanan taşınmazda yapılan ve kiraya veren tarafından benimsenen imalatların iadesi de bu *condictio* türüne dayanmaktadır⁴⁵⁵. Yalnız sözleşmede özel bir hüküm olup olmayacağı, bu istemin olup olmayacağı için önem arz eder⁴⁵⁶. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus bu istemin gerçekte olmayan vekaletsiz iş görme hükmü ile yarışabileceğidir⁴⁵⁷.

5.1.1.2.4 *Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*

Alman Medeni Kanunu§ 817'de (1. Cümle) özel bir düzenleme edimi alanın edimi almasının hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ettiği ve edimin amacının bu doğrultuda olduğu durumlarda edimi alanın iade ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir.⁴⁵⁸ Alman kanun koyucu tarafından bu özel düzenlemeye yer

⁴⁵⁴ bkz. Walter Weidenkaff, "§ 516", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1046; NJW 2008,3277 beck-online.beck.de(çevirimiçi) 21 Mart 2019 .

⁴⁵⁵Martin Schwab, "§ 812", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6** , 7. Auflage, München, 2017 , n. 422, beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019

⁴⁵⁶Martin Schwab, **a.g.e.**, n.422, beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019; **Yargıtay 3. HD. 05.12.2019 2019/2396E.-9730K.;Yargıtay 3. HD. 02.10.2019 T. 2017/14145 E. -7379K.** sinerjimevzuat.com.tr (çevirimiçi) 05 Mayıs 2020

⁴⁵⁷bkz. **Yargıtay 3. HD. 05.12.2019 2019/2396E.-9730K.;Yargıtay 3. HD. 02.10.2019 T. 2017/14145 E. -7379K.** sinerjimevzuat.com.tr (çevirimiçi) 05 Mayıs 2020.

⁴⁵⁸Yukarıda (bkz. başlık no. 1.1.) tarihsel olarak bu *condictio* türünün Iustianus zamanında ayrı bir tür olarak ele alındığını (D. 12.5; C. 4.7; C. 4,9) (bkz. Yves Rüedi, **a.g.e.**,s.20; Berthold Kupisch,

verilmesinin sebebi olarak doktrinde, (TBK m.78/1 hükmüne denk gelen) borçlanılmamış edimin bilerek yerine getirilmesi halinin (§ 814 BGB) bu hallerde uygulanmayacağına vurgulanması amacıyla olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁹. Bu hususun en tipik örneği, tefeciye ödenen fahiş olan edimin iadesinin iade istenebilmesidir. Tefeciye faiz ödemesinde bulunan borçlu, aslında faiz borcunun olmadığını bilmektedir; fakat bu durumda borçlanılmamış edimin bilerek yerine getirilmesi blokajını takılmayacağı Alman kanun koyucu tarafından açık olarak düzenlenmiştir⁴⁶⁰.

Türk-İsviçre sisteminde ise, bu şekilde somut düzenleme yoktur. TBK m.81 (OR 66) hükmünde salt olarak hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenmeyeceği düzenlenmiş olduğundan, konunun önemine binaen TBK m. 81 hükmünün uygulama alanını aşağıda ele almaktayız⁴⁶¹.

5.1.2 Edim Dışı Zenginleşmeler

5.1.2.1 Genel Bilgi

Sebepsiz zenginleşmenin iki ana tipten oluştuğundan bahsetmiştik. İkinci tür edim dışı zenginleşmelerdir(*Nichtleistungskondiktio*)⁴⁶². Edim dışı zenginleşmeler ise müdahaleden ötürü zenginleşme, masraftan kurtulmadan ötürü zenginleşme ve borçtan kurtulmadan ötürü zenginleşme şeklindeki farklı tiplerde gerçekleşebilmektedir⁴⁶³.

a.g.e., s.14.) ve buna karşılık ise, daha evvelinde bu *condictio* türü "*Condictio causa data causa non secuta*"nın ya da "*Condictio ob Rem*" iki istisnai hali olarak görülmekte olduğunu belirtmiştik.

⁴⁵⁹ Looschelders, a.g.e.,s. 402; bkz. Sprau, a.g.e., s. 1186;

⁴⁶⁰ Bkz. Looschelders, a.g.e., s. 402.

⁴⁶¹ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 8.3.

⁴⁶² Serozan, a.g.e., s. 825.

⁴⁶³ Serozan, a.g.e. , s. 825.

Bu tiplerin ortak özelliği diğer tarafa kazandırmada bulunulduğunun bilinmemesi ya da ifa amacı gibi bir özel amacın izlenmediği zenginleşmelerdir⁴⁶⁴.

Bu sebepsiz zenginleşme türleri kural olarak edimden ötürü sebepsiz zenginleşmeler karşısında talidir⁴⁶⁵. Bu durum oldukça açıktır çünkü zenginleşen edimden dolayı bir kazanım elde etmekteyse ortada edim dışı bir zenginleşmeden bahsedilemez⁴⁶⁶. Buna mukabil ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme talepleri açısından bu hususun üzerinde ayrıca durulması gereklidir ve aşağıda bahsedileceği üzere istisnai haller bu durumlarda gerçekleşebilecektir.

Doktrinde haklı olarak, edim dışı zenginleşmelerin edimden ötürü zenginleşmeler ile aralarındaki farklılıklara rağmen sistematik olarak tek hüküm altında toplanması ve ek bir hükme yer verilmemesi eleştirilmiş olduğunu da⁴⁶⁷ hatırlatmamız gerekir.

5.1.2.2 Müdahaleden Ötürü Zenginleşme

Edim dışı zenginleşmelerin pratikte en çok karşılaşılan ve en önemli türü bu zenginleşme tipidir⁴⁶⁸. Bu zenginleşme türü, sebepsiz zenginleşme alacaklısının korunan hukuki konumunun onun izni olmadan zenginleşenin kendi yararına ve hukuken korunmaya değer bir sebep olmadan müdahalede bulunularak kullanılması durumunda cereyan eder⁴⁶⁹. Bu nitelendirmeden de anlaşılacağı üzere zenginleşen ne gönüllü olarak bir edimin yerine getirilmesiyle, ne de başkasının kendisi için

⁴⁶⁴ Gökhan Antalya, **a.g.e.** 588-589; Sprau, **a.g.e.** , s. 1178 (n.93); Serozan, **a.g.e.** , s. 832.

⁴⁶⁵ Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s.405; Serozan, **a.g.e.** , s. 824; Hirsch, **a.g.e.**, s.406 (n.1420); Althammer, **a.g.e.** , s. 217 (n.452.).

⁴⁶⁶ Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s.406.

⁴⁶⁷ Serozan, **a.g.e.** , s. 824.

⁴⁶⁸ Hirsch, **a.g.e.**,s. 406 (n.1421).

⁴⁶⁹ Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s.406 (n.1061).

harcama yapılması ile zenginleşmektedir⁴⁷⁰. Müdahale ise tasarruf, tüketim, yararlanma veya yasa gereği mülk edinme yollarıyla vuk'u bulabilir⁴⁷¹.

Bu zenginleşme tipinin 4 şekilde gerçekleşebileceğini ifade etmemiz yanlış olmayacaktır: 1-Zenginleşenin kendisinin davranışıyla, 2- üçüncü bir kişinin davranışıyla, 3- rastlantısal olaylara bağlı olarak ve 4-zenginleşme alacaklısının bizzat kendi davranışı ile⁴⁷². Gerçekten de müdahale olgusu, ilk iki halden de anlaşılacağı üzere açıktır. Buna mukabil, rastlantısal olaylardan ve zenginleşme alacaklısının bizzat kendi davranıştan gerçekleşen hallerde ise müdahale geniş anlamıyla kullanılmaktadır⁴⁷³.

Dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise, bütün sebepsiz zenginleşme tiplerinde olduğu gibi, "kusur" şartına burada da yer yoktur⁴⁷⁴. Gerçekten de müdahale (*Eingriff*) ifadesi, karışıklığa sebebiyet verebilecek ve ortada kusurun varlığı aranacakmış gibi bir görünüm vermektedir. Fakat zenginleşenin kusuru ise hiç bir şekilde aranmaz⁴⁷⁵.

Bu bakımdan, zenginleşme şartı altında ifade edilen ve doktrinde ileri sürülmüş teorilere göz atmak gereklidir. *Hukuk alanın ihlali* görüşüne göre, zenginleşme bir başkasının hukuk alanına girdiği için hukuk düzeninin cevaz verdiği veya hukuk alanı ihlal edilenin rızası olmadığı sürece hukuka aykırı kabul edilmektedir ve böylece müdahale hukuka aykırı olduğundan, haksız fiil ile karıştırılarak zenginleşmede haksız olmaktadır⁴⁷⁶. Bu görüşe mukabil, *Yetki İçeriği*

⁴⁷⁰ Serozan, **a.g.e.**, s. 832; Astrid Stadler, "**§ 812**", **Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**, 17. Bası, 2018, p. 51 www.beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 15 Ocak 2020 ; Looschelders, **a.g.e.**, s. 40; Sprau, **a.g.e.**,s. 1167.

⁴⁷¹ Serozan, **a.g.e.**, s. 832.

⁴⁷² Oğuzman / Öz, **a.g.e.**,s.369vd.

⁴⁷³ ayrıca bkz. Serozan,**a.g.e.**,s. 833.

⁴⁷⁴ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**,s.370..

⁴⁷⁵ aynı yönde bkz. **a.e.**,s. 833.

⁴⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, 879; Looschelders, **a.g.e.**, s.407 (n.1064).

*Teorisi*⁴⁷⁷ (*Zuweisungsgehaltstheorie*) uyarınca bir hakkın sahibine özgülenen yetki içeriğine müdahalede bulunarak elde edilen her zenginleşme haksızdır⁴⁷⁸. Burada dikkat edilecek olunursa; bu teoriye göre haksız fiilden bağımsız bir tanım yapılarak⁴⁷⁹, o hakkın özgülediği, tahsis ettiği yetki alanı haklı olarak ve bizim katıldığımız şekilde dikkate alınmaktadır. Böylece, zenginleşenin müdahalesi olmaksızın gerçekleşen (örneğin üçüncü bir kişiyi müdahalesi ve dış etkenlerle oluşan) zenginleşmeler de müdahale kapsamına girmektedir⁴⁸⁰.

Almanya'da olduğu gibi İsviçre'de de şu anki hakim görüş⁴⁸¹, zenginleşme dışında ayrıca fakirleşmenin ek bir şart olarak aranmaması ve sebepsiz zenginleşme alacaklısının ayrıca malvarlığında gerçek bir kaybın (fakirleşmenin) ispatının lüzum olmadığı yönündedir ve İsviçre Federal Mahkemesi artık bu görüşü kabul etmektedir⁴⁸². Yukarıda fakirleşmenin şart olup olmadığına ilişkin tartışmalar üzerinde daha evvel durduğumuzdan ayrıca bu hususu bu başlık altında tekrar etmeyeceğiz⁴⁸³.

⁴⁷⁷ bkz. Hans-Georg Koppensteiner/ Ernst A. Kramer, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, Berlin, 1988 ,s. 75vd., bkz. Reinhard Ellger, **Bereicherung durch Eingriff**, Tübingen, 2002, s. 485 vd. ; Walter Wiburg ,**Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht**, Graz , 1934, s. 27vd.

⁴⁷⁸ Fikret Eren , **a.g.e.** s. 879; Astrid Stadler, "**§ 812**",**Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**, 17. Bası, 2018 , p. 51 www.beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 15 Ocak 2020, Sprau, **a.g.e.**,s.1167, (n.36).

⁴⁷⁹ Stadler, "**§ 812**" ,**a.g.e.**, n.57. www.beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 15 Ocak 2020.

⁴⁸⁰ Looschelders, **a.g.e.**, s.407 (n.1064).

⁴⁸¹bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1373;.; Bruno Huwyler, "**Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht**", ed. Nedim Peter Vogt/ Dieter Zobl, **Festschrift für Hermann Schulin**, Basel 2002, S. 41 ff., insbes. S. 66 f. ; Christoph Bürgi-Wyss, **a.g.e.**,s. 107 vd; Bucher, **a.g.e.**, s. 652; Peter Gauch, Walter R. Schluep , Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 2014, p. 1566

⁴⁸² **BGE 129 III 422; BGE 129 III 646** <http://relevancy.bger.ch/>(**çevirimiçi**) 07.06.2019

⁴⁸³ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 4.1.2.3.

"Zenginleşme" olgusu aynı şekilde edimden ötürü zenginleşmede olduğu gibi aynı şekilde bu zenginleşme türünde bir şart olarak yer almalıdır ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere hak sahibine özgülenen yetki içeriği görüşü uyarınca edimden ötürü zenginleşmede edimin yerini hukuki pozisyonun sağladığı yetki alanına (içeriğine) müdahale yerini alır⁴⁸⁴. Kısacası irdelenmesi gereken husus şudur: Somut olayda sebepsiz zenginleştiği iddia edilen kişinin, hukuk düzenince yalnızca bir başkasına özgülenen hukuki alana müdahale edip etmediği (bu müdahale sebepsiz zenginleşenin kendisi tarafından veya başka türlü olabilir) ve bununla ekonomik bir değerde avantaj elde edip etmediğidir⁴⁸⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere müdahalede bulunulan hukuk alanının ekonomik bir değerinin olması gereklidir Bu değerın tespiti ise genel ve objektif kıstaslar üzerinden ele alınacak olup; hak sahibinin kendi yeteneğinden kaynaklı müdahaleye konu şeyi ekonomik olarak kullanabileceği, değerlendirebileceği gibi hususlar dikkate alınmayacaktır⁴⁸⁶.

Ekonomik değerin varlığı, mülkiyet ve fikri-sınai haklar açısından tartışmasızdır⁴⁸⁷. Mutlak hakların sağladığı yetki alanına müdahale varsa, bu sebepsiz zenginleşme istemi devreye girer⁴⁸⁸. Örneğin mülkiyet hakkına olabileceği gibi oturma hakkının ya da irtifak hakkının sağladığı yetki alanına bir müdahalede bulunulursa, pekala bu sebepsiz zenginleşme türü söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu tarafından özel olarak bu tarzda vuku bulan müdahalelerin haksızlığından ötürü düzenlemede bulunmuştur. İşleme, karışma ve birleşme sonucu

⁴⁸⁴ Looschelders, **a.g.e.**,s.408 (n.1066).

⁴⁸⁵ Looschelders, **a.g.e.**,s.408 (n.1066).

⁴⁸⁶ bkz.Looschelders, **a.g.e.**,s.408 (n.1067)

⁴⁸⁷ Serozan, **a.g.e.**,s. 840; Bucher, **a.g.e.**, s. 660.

⁴⁸⁸ Stadler, "§ 812",**a.g.e.**, n.51.

malik olana karşı açıkça sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme vardır⁴⁸⁹. (TMK m.775 ve 776; İsv. MK m. 726 ve 727) Görüleceği üzere, *Serozan*'ın belirttiği üzere bu düzenlemelerde, kanun koyucu bu hallerde bir anlamda açıkça tavır almıştır⁴⁹⁰.

Haksız inşaatla, malzemesinin maliki farklı arsasının malikinin farklı olduğu yapılarda, malzemenin bütünleyici parçası olması durumunda (TMK m. 722/1) TMK m. 723'te değişik bir düzenleme yapılarak, MK m. 775/776'dan farklı olarak, açıkça sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme bulunmamaktadır. Bu bakımdan haksız inşaat açısından olan düzenlemeler üzerinde durmak gerekir.

İlk olarak, malzemenin sahibinin rızası olmaksızın kullanılması durumunda arazinin bütünleyici parçası olan malzemenin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, malzeme sahibine giderini yapıyı yaptırına ait olmak üzere malzemelerinin sökülerek geri isteme hakkı tanınmıştır. (TMK m.722/2) Bu düzenleme, müdahale zenginleşmesinin özel bir düzenleniş halidir. Bir başka ifade ile TMK m.722/2'den doğan talep, malzemenin kullanıldığından dolayı arazinin bütünleyici parçası haline gelmesinden dolayı aynı bir hakka dayanan talep olmayıp⁴⁹¹ (zira TMK m.722/1 uyarınca yapının yapılmasıyla malzemelerin mülkiyeti arsa sahibine geçmektedir.) niteliği itibari ile kusur şartından bağımsız sebepsiz zenginleşmeden doğan bir alacak talebidir.

Ayrıca arazi malikinin kusuru var ise, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil talebi bizim görüşümüze göre yarışabilecektir⁴⁹².

⁴⁸⁹ Serozan, **a.g.e.** s.838; Hahn, **a.g.e.**,s. 1373; BGE 129 III 422 [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019.

⁴⁹⁰ Serozan, **a.g.e.** s.838: Ayrıca karş. istisna olarak TMK m. 774/2.

⁴⁹¹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s.483 (dipnot 883'teki açıklamalar)

⁴⁹² bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s.483: Yazarlar burada kusurun varlığının olup olmasına göre haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olduğunu belirtmektedirler.

İkinci olarak, malzeme sökülüp geri alınmazsa arazi malikinin malzeme sahibine karşı uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu maddede kaleme alınmıştır. (TMK m. 723/1) Burada "tazminat" kelimesinin seçilmiş olması, malzeme sahibinin arsa sahibine müdahaleden ötürü zenginleşme talebinde bulunmasına engel olmayacaktır⁴⁹³. Nitekim TMK m.723/1'de de bir kusur şartı olmadan arazi sahibinin sorumlu olacağı belirtilmiştir ve bu durumda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı uygulanacaktır⁴⁹⁴. Yalnız burada belirtmemiz gerekir ki, malzeme sahibi arazi sahibinin üzerinde yapıyı yapıyorsa, ortada "harcamadan ötürü zenginleşme" söz konusuyken; arazi sahibi yapıyı yapıyorsa ortada müdahaleden (malzemeye) ötürü sebepsiz zenginleşme söz konusudur. TMK m. 723/2 hükmü ise bir başka düzenlemedir. Bu hükme göre ise, arazi sahibinin yapıyı kötü niyetle yapmış olması söz konusudur ve arazi sahibi bu durumda malzemenin objektif değerinden bağımsız olarak malzeme sahibinin uğradığı zararın tümünü karşılamakla karşı karşıya bırakılmaktadır. Acaba TMK m. 723/2 bu bakımdan sebepsiz zenginleşmenin özel görünüş biçimi midir? Bu soruya vereceğimiz cevap "hayır" olacaktır. Zira ortada artık objektif zenginleşmeden ziyade malzeme sahibinin zararının tamamının tazmini söz konusudur⁴⁹⁵. Bu bakımdan bu düzenleme özel bir haksız fiil düzenlemesi olup; haksız fiil zamanaşımına tabidir⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Serozan, **a.g.e.**,s. 838 (bilhassa bkz. dipnot 56); von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 494.

⁴⁹⁴ bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s.486.

⁴⁹⁵ TMK m. 723/2'de ise yapıyı yaptıran arazi malikinin iyi niyetli olmadığı durumu düzenlemekte olup; bu durumda malzeme sahibinin uğradığı zararın tamamını talep edebilmesi mümkün olduğu kaleme alınmıştır. TMK m. 723/2'ye dayalı talep bizim görüşümüze göre "sebepsiz zenginleşme" nitelikli değil, haksız fiil nitelikli bir taleptir ve özel bir haksız fiil düzenlemesidir. Zira ortada objektif bir zenginleşme istemi ortada olmayıp, tüm zararın talep edilebileceği düzenlenmiştir. Nitekim mehzaz kanun İsviçre MK m. 672 hükmünün başlığı "Ersatz"(ikame) olarak ifade edilirken, m. 672/2 hükmünde Almanca tazminat anlamına gelen "Schadenersatz" ibaresine yer verilmiştir. "Ersatz" ilâ "Schadenersatz" ayrı kavramlardır. Bu da İsviçre kanun koyucusu tarafından istençli bir tercihtir. Tazminat, sözleşmeye aykırılıktan veya haksız fiilden doğarken; sebepsiz zenginleşme isteminden doğan alacak hakkı "tazminat" değildir; zira tazminat- "Schadenersatz" alacaklının zararına bağlı olup; sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı zarardan bağımsızdır.

⁴⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s.486; karş. Serozan, **a.g.e.**,s. 845.

Alman hukukunda, İşleme, karışma ve birleşme ve haksız yapıyı da kapsayacak şekilde (BGB 946); BGB 951 kuralında açık bir şekilde mülkiyeti kaybeden kişinin bir yollama ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir ve ayrıca 951 II c.2'de haksız fiil istemlerinin de saklı kalacağı belirtilmiştir⁴⁹⁷.

Bununla birlikte, aynı durum MK 988 (ZGB 933) uyarınca emin sıfatı ile zilyedin iyi niyetli üçüncü kişiye taşınır eşyayı devretmesi durumunda söz konusu olacak ve istihkak talebinde bulunamayan eski malik pekala malı haksız olarak yetkisi olmadan devreden zilyede karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir⁴⁹⁸. TMK m. 993/1 hükmü açısından da bu talebi ele almak gerekir. TMK m. 993 hükmü uyarınca eğer zilyet iyi niyetli ise ve zilyedi bulunduğu şeyi karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanır veya ondan yararlanırsa, geri vermekle yükümlü bulunduğu kişiye karşı herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değildir. Bu hüküm bilhassa İsviçre hukukunda tartışmalara sebep olmuş ve haksız elden çıkarmaların o şeyin kullanılması olarak kabul edilmiş ve bu bağlamda sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulamayacağı eski İsviçre uygulamasında kabul edilmiştir⁴⁹⁹. Ama bugünkü uygulamada bu görüş terk edilerek; MK m. 993/1 (İsv. MK 938 I) hükmünün salt olarak eşya hukuku alanında uygulanacağı ve sebepsiz zenginleşme istemi açısından menfi şekilde uygulanamayacağı vurgulanmaktadır⁵⁰⁰⁵⁰¹ ve böylece sebepsiz zenginleşme talebine engel bir durum

⁴⁹⁷açıklamalar için bkz. Peter Bassenge, "§ 951", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1413; (n.2); Sprau, **a.g.e.**, s. 1178; Christian Berger, **Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**, 17. Bası, 2018 , n. 1 www.beck-online.beck.de (çevirimiçi) 15 Ocak 2020; Füller, "§ 951", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8**, 8. Auflage, München, 2020 , n. 448.,beck-online.beck.de (çevirimiçi) 1 Nisan 2020; Johann Kindl, "§ 951", **BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck 53. Edition**, (çevirimiçi) 1 Nisan 2020..

⁴⁹⁸ Hahn, **a.g.e.**, s. 1373; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s.495; Serozan, **a.g.e.**, s. 835.

⁴⁹⁹ bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1373 ve eserinde belirttiği BGE 71 II 90 sayılı karar.

⁵⁰⁰ Hahn, **a.g.e.** , s. 1373 ; von Tuhr/Peter, **a.g.e.** s. 495; Serozan, **a.g.e.**, s.836 ; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 59.05.

olmayacaktır. İyi niyetli üçüncü kişi eğer ivazsız olarak malın mülkiyetini kazanmış ise ona karşı da sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulabileceği kabul edilmektedir⁵⁰².

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TMK m. 993 hükmünün salt eşya hukuku açısından uygulama alanı bulduğundan; başkasının malının tüketme ve maldan yarar sağlama gibi durumlarda müdahaleden ötürü zenginleşme talebinin kapıları sonuna kadar açık kalacaktır⁵⁰³.

Aynı şekilde MK m. 1023 uyarınca tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak aynı hak kazanan üçüncü kişiye karşı onun korunan iyi niyetinden ötürü bir talepte bulunulamayacağından, yetkisiz tasarrufta bulunana karşı, onun elde ettiği karşılık da sebepsiz zenginleşme istemine konu olacaktır⁵⁰⁴.

BK 186 açısından da alacağını üçüncü kişiye temlik etmesine rağmen iyi niyetli borçludan tahsilat gerçekleştirmesi durumunda da; alacağı temlik alan, borçluya karşı bir talepte bulunamayacağından pekala haksız yere alacağı tahsil eden eski alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir⁵⁰⁵. Yalnız yukarıdaki üç örnekten de anlaşılacağı üzere; Türk-İsviçre sisteminde kanunlarda özel olarak bir düzenleme yoktur. (karş. BGB §816) Görüleceği üzere burada müdahale bir aynı hakkın içeriğine ilişkin olmayıp, nispi bir haktır. Bir başka ifade ile kişiye özgülünen hukuk alanı alacak haklarını da kapsamaktadır⁵⁰⁶.

⁵⁰¹aksi yöndeki görüş için bkz. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.** , s. 375 : " *Nihayet haksız zilyedin iyi niyetle kendini malik sanarak varlığına inandığı bu hakkına uygun şekilde davranmış olması halinde, sorumlu tutulamayacağına ilişkin MK. 993/1 hükmüde böyledir...* " ; Antalya, **a.g.e.**,s. 589 .

⁵⁰²açıklamalar için Serozan,**a.g.e.** s.836 (n.130-131).

⁵⁰³ bkz. Serozan,**a.g.e.** s.837 (n.133-136).

⁵⁰⁴Serozan,**a.g.e.** s.835.

⁵⁰⁵ Serozan,**a.g.e.** s.835; Hahn, **a.g.e.**, 1374; v.Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 495; Max Keller/ Peter Schaufelberger, **Das Schweizerische Schuldrecht Band III: Ungerechtfertigte Bereicherung**, 3. Auflage, Basel, 1990, s. 46.

⁵⁰⁶ Hahn, **a.g.e.**,s. 1374.

Kimi hallerde de pekala *kişilik hakları alanında* da ekonomik bir değeri olan hukuk alanına müdahalenin olacağı doktrinde vurgulanmıştır⁵⁰⁷. Bu durumda göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husus, sebepsiz zenginleşme istemi diğer istemlerle yarışabileceği ve hatta uygulamada da bu bakımdan arka plana atıldığıdır. Fakat bu durum ortada sebepsiz zenginleşme istemine dayanılabileceği gerçeğini değiştirmeyecektir. Örneğin, ünlü kişilerin isim ve resimlerinin ekonomik avantaj sağlama amacıyla kullanılması durumunda da ekonomik bir değeri olan ve yalnız o kişiye hukuk düzenince tahsis edilen hukuk alanına bir müdahale söz konusu olacaktır⁵⁰⁸. Ayrıca hatıra amaçlı çekilen resimlerin de fotoğraf çektirenin rızası olmadan kazanç getiren faaliyetlerde kullanılması müdahale niteliğinde olacaktır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Looschelders, **a.g.e.**,s.408 (n.1067) ; Koppensteiner/ Kramer, **a.g.e.** s. 82.

⁵⁰⁸ Looschelders, **a.g.e.**,s.408 (n.1067) ; Koppensteiner/ Kramer, **a.g.e.** s. 82; **(Yarg. 11. HD. 13.06.2017 , 2016/4922 E. , 2017/3681 K.)** Ünlü bir sinema-tiyatro oyuncusunun bir cafede yemek yerken çekilen fotoğrafın (rızasıyla olup olmadığı kararda belirtilmemiştir), fotoğrafı çeken cafe işleteni tarafından menülerde basılarak ve ayrıca bir derneğin mecmuasında reklam olarak kullanılmasına ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesi olan İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin bunun kişilik haklarına müdahale olduğunu belirten kararını uygun bulmuş ve ilk derece mahkemesince verilen davacı oyuncunun bir reklamda aldığı bedel üzerinden hesaplanan maddi ve manevi tazminattan maddi tazminatın oyuncunun emek harcamadan çekilen hazırlıksız fotoğraf söz konusu olduğundan maddi tazminattan indirim yapılması gerektiği sebebiyle bozmuştur. Görüleceği üzere, bu kararda kişilik haklarına saldırı sebebiyle davalının sorumluluğuna gidilmiştir. Bu tarz durumlarda, pekala davacı isterse sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilir. Bunun pratikteki farkı şu olacaktır: Davacı sebepsiz zenginleşme sebebine dayanırsa; davacı, davalının kusurunu ispat ile yükümlü olmayacak; fakat bu durumda resmin kullanılması ile fazladan elde edilen ekonomik değeri ispat edebilirse isteyebilecektir.

⁵⁰⁹ Fotoğrafın çekilmesine, örneğin çekende hatıra olarak kalması gibi, rıza gösterilmesi fotoğrafı çeken tarafından her şekilde kullanılacağı anlamına da gelmeyecektir. Bu bakımdan, rıza ile kendi görüntüsü üzerinde kişilik hakkı sahibi olan kişi kendine özgülenen hukuk alanını kendi isteği ile verdiği rıza ile daraltmaktadır. Ama bu daraltma sınırlıdır. Fotoğrafı çeken, onun rızası dışında kullanmaya kalktığı anda ise kişilik hakkı sahibinin ona özgülenen hukuk alanına müdahale vuk'u bulmaktadır. (ayrıca konu ile ilgili bilgiler için bkz. Cüneyt Bellican, **"Kişilik Hakkını Oluşturan Kimi Unsurların Ticari Amaçlı İzinsiz Kullanımı"**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 18 Sayı 1 (ed. Nihat Ural), İstanbul,2019, s.86 vd. : Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz

Bu tarzdaki müdahaleler, ekonomik değeri olan ad, ses üzerindeki gibi diğer tüm kişisel haklara da olabilir⁵¹⁰. Kural olarak miras yoluyla dahi devredilemeyen bu hakların sağladığı ticari çıkarların mirasçılara geçebileceği Alman Federal Mahkemesince kabul edildiğini belirtir kararlarının mevcut olduğunu belirtmemizde yarar var⁵¹¹. İsviçre'de de hakim görüş bu yöndedir⁵¹².

Bizim görüşümüze göre, Türk hukuku açısından bu ticari çıkarlara yönelik istemlerin, "kişisel hakkın kullanım yetkisinin" ⁵¹³ miras yoluyla intikal etmesi mümkündür ve bunu kabul etmek hakkaniyet gereğidir. Şöyle ki, kişilik haklarının kişiye sıkı biçimde bağlı olmalarından ötürü miras yoluyla geçmeyeceği tartışmasız olsa da, nitekim kanunda (FSEK m. 86) resim -portreler açısından 10 yıl süre boyunca bunların kullanımının kanunda belirtili kişilerin iznine, ve bu kişilerin tazminat hakkı da bu kişilere aynı maddede haksız fiil hükümlerine göndermede bulunularak (FSEK 86/3), tabi olduğu belirtilmiştir. Görüleceği üzere FSEK 86 hükmü ile kişinin fotoğrafı üzerindeki kişisel hakkını kullanma yetkisi kanun yoluyla geçtiği düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 25/4 hükmünden de bu sonuca varmaktayız. Şöyle ki, bu hükümle salt manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmeyeceği kaleme alınmış ve kanuni koyucu maddi tazminat isteminin geçeceğini kabul etmiştir. Her ne kadar kanun metninden kişinin ölümünden evvel meydana gelen kişilik haklarına karşı saldırılar açısından doğan maddi tazminat isteminin geçeceği anlaşılabileceği ve kişinin ölümden sonra kişisel hakların kullanımına karşı gerçekleşen saldırılar açısından geçmeyeceği ileri sürülebilir gibi gözükse de, kanun koyucu maddi tazminat isteminde bulun(a)mamış ve hatta belki hayatındayken bulunmayacak kişinin mirasçılarının maddi tazminat isteminde bulunabileceğini

konusu eserde müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme açısından konu ele alınmamıştır. Halbuki, bizim görüşümüze göre pekala sebepsiz zenginleşme istemi de devreye girebilecekt ve diğer istemlerle yarışacaktır. Buna aykırı bir kanuni engel yoktur.

⁵¹⁰ bkz. Looschelders, **a.g.e.**,s.

⁵¹¹ **BGH, Urteil v. 1. 12. 1999 - I ZR 49/97 (KG): BGH, Urt. v. 20. 3. 2012 – VI ZR 123/11 (OLG Karlsruhe)** www.beck-online.beck.de (çevirimiçi) 15 Ocak 2020

⁵¹² Hahn, **a.g.e.**,s. 1374 ; Schluep, **a.g.e.** s. 200; Schwenzler, **a.g.e.** , s. 57.07.

⁵¹³ Bellican,**a.g.e.**,s. 83. (dipnot 8)

kabul etmiştir. Bu husus karşısında, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından; kişisel hakların kullanım yetkisinin pekala miras yoluyla geçebileceğinin kabulü gereklidir.

Kişinin gizlice çekilen konuşmaları veya çekilen fotoğraflarının alınması da eğer gizlice kayda alınan veri veya fotoğrafla kazanç elde edinilmiş olunursa; kişi ister MK m. 24 vd. uyarınca talepte bulunabilir, isterse de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilir⁵¹⁴. MK . 25/3 hükmünde kişilik haklarına saldırıda bulunulan tarafın, maddi ve manevi tazminat istemlerinin yanında hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edinilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklı tutulmuştur. Fakat bu hüküm açıklayıcı bir hüküm olup; kişinin pekala sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması da mümkündür. Ortada gerçekte olmayan vekaletsiz iş görme olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme de mevcuttur. Böylece her iki talep yarışabilecektir.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte de olduğu üzere (BK 186 açısından da alacağını üçüncü kişiye temlik etmesine rağmen iyi niyetli borçludan tahsilat gerçekleştirmesi durumunda) müdahale bir alacak hakkına karşı olabilir. Örneğin, yetkisiz olarak kiracısı olduğu taşınmazı alt kiraya veren bir kişi; gerçekte olmayan vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir⁵¹⁵.

Kimi hallerde ekonomik değeri olsa da, kanun koyucu tarafından o hukuk alanı salt olarak hak sahibine bilinçli olarak özgülenmemekte ve *müdahaleden ötürü zenginleşme hükümlerine engel* normlar kabul edilmektedir. Bu durumlar hakkaniyetin gereği ve bilhassa başka kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak adınadır. Bizim görüşümüze göre, FSEK m. 86 buna çok güzel bir örnek teşkil etmektedir. Eser mahiyetinde olmayan resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen

⁵¹⁴ krş.bkz. Looschelders, **a.g.e.**,s. 408.

⁵¹⁵ Hahn,**a.ge.**,s.1374.

ölmüşse FSEK m. 19/1'de sayılanların⁵¹⁶ muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez. Fakat maddenin ikinci fıkrasıyla "Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri", "Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler" "Günlük hadiselere mütaallik resimlerle radyo ve filim haberleri" istisnai olarak muvafakatname olmaksızın teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilebilecektir.

Aynı yönde kayıp eşyayı bulma ve kazandırıcı zaman aşımı açısından da kanun koyucu tarafından, hukuki istikrar ve malikin duyarsızlığını cezalandırma düşünceleri sebepsiz zenginleşme istemine engeldir⁵¹⁷. TMK m. 712 uyarınca geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyi niyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemeyeceği hükmü ; sebepsiz zenginleşme TMK m. 713/1 uyarınca tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verileceği hükmü; TMK m. 771/1 uyarınca bulunan şeyin maliki, ilân veya kolluk kuvvetlerine ya da muhtara bildirme tarihinden başlayarak beş yıl içinde ortaya çıkmazsa; bulan kimse, yükümlülüklerini yerine getirmiş olmak koşuluyla o şeyin mülkiyetini kazanacağı hükmü; TMK m. 774/2 uyarınca başkasının kovanına göçen arı oğlu, bir bedel ödenmesi gerekmeksizin kovan malikinin olacağı hükmü ; TMK 777/1 uyarınca başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyi niyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimsenin, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olacağı

⁵¹⁶ FSEK m. 19/1: "Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana - babasına, kardeşlerine aittir."

⁵¹⁷ Serozan, **a.g.e.**,s. 839; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.375;

şeklinde düzenlenen kazandırıcı zamanaşımı hükmü sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel olacaktır⁵¹⁸. Görüleceği üzere bu hükümlerin hepsinde yukarıda ifade edildiği üzere kanun koyucunun somut tercihi söz konusudur. Fakat tekrar belirtiriz ki; İsviçre'de de kabul edilen ve bizim de katıldığımız hakim görüşe göre TMK m. 993/1 hükmü salt eşya hukukuna özgü bir hüküm olup; sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

Bu başlık altında tekrar belirtmemiz gerekir ki, ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme taleplerinde, bilhassa zenginleşenin hem müdahale hem de edimden ötürü zenginleşme talebine karşı karşıya gelebileceği durumlarda, kural olarak edimden ötürü zenginleşmeye öncelik tanınır⁵¹⁹. Edim dışı zenginleşmeler kural olarak müdahaleden ötürü zenginleşmenin arkasındadır, ikincildir. Fakat bu hususun istisnaları da mevcuttur. Örnek verecek olursak; yetkisiz tasarrufta, yetkisiz tasarrufun ivazsız olması durumunda, mülkiyeti kaybeden kişi sebepsiz zenginleşme istemini ivazsız iktisap lehdarına karşı ileri sürebilecektir⁵²⁰. Bu husus “İkiden Fazla Kişinin Bulunduğu Hukuki İlişkilerde Sebepsiz Zenginleşme Talepleri” açısından açıklanacaktır⁵²¹.

5.1.2.3 Harcamadan (Kurtulmadan) Ötürü Zenginleşme

Almanca “*Verwendungskondition*” olarak adlandırılan bu zenginleşme türü, müdahaleden ötürü zenginleşmenin yanında bir diğer edim dışı zenginleşme türü olup; burada iade alacaklısının masraf etmesi durumu söz konusudur. Burada, saklamak, muhafaza etmek , iyileştirmek, onarmak için bir şeye yapılan harcamalar söz konusudur⁵²². Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, zenginleşme

⁵¹⁸ Aynı yönde Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 375.

⁵¹⁹ Serozan, **a.g.e.**,s. 839.

⁵²⁰ Serozan, **a.g.e.**,s. 819 ve 839. Ayrıca bkz. Sprau, “§ 816”, **a.g.e.** s. 1184 : Alman Hukukunda açıkça § 816 I c.2 bu hususu düzenlemektedir.

⁵²¹ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

⁵²² Looschelders, **a.g.e.**,s. 418 (n. 1095) ; Anne-Catherine Hahn, “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007, s. 1375.

alacaklısının, bir edim yükümünü yerine getirme iradesinin olmamasıdır⁵²³. Eğer harcamaları yapan malik değilse ve malik olan harcamalardan bir malvarlıksal yarar elde ediyorsa, malik bu sebepsiz zenginleşme istemi ile karşı karşıya gelebilecektir⁵²⁴. Bir başka ifade ile, bir eşyaya masrafta bulunan kişi sebepsiz zenginleşme istemi sahibi olarak, o eşyanın malikini zenginleştirmektedir⁵²⁵.

Masrafın, sebepsiz zenginleşme alacaklısının kendi malvarlığından veya emeğinden olması gerekmektedir⁵²⁶.

Burada masrafın kapsamına salt emek de girebilmektedir⁵²⁷. Bir başka ifade ile, başkasına ait bir şeye iyileşmesi için harcanan emeğin varlığı yeterli olacaktır. Bu husus açıkça, TBK m. 77’de yer alan “bir başkasının ...emeğinden” ibaresinden anlaşılmaktadır. Bu durumda, emeğin o alanda geçerli olan sürüm değeri zenginleşmenin miktarını belirleyeceği doktrinde belirtilmiştir⁵²⁸.

Burada da aynen müdahaleden ötürü zenginleşmede olduğu gibi, kural olarak, edimden ötürü zenginleşmenin önceliği vardır⁵²⁹. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, bu sebepsiz zenginleşme türünün uygulama alanı çok dardır⁵³⁰. Zira öncelikle bu şekildeki zenginleşmelerin ardında çoğunlukla bir sözleşmeye dayalı bir edim

⁵²³ Antalya, **a.g.e.**, s. 592; Serozan, **a.g.e.**, s. 841; Öz, **a.g.e.**, s. 372 ; Christoph Hirsch, **a.g.e.**, s. 409.

⁵²⁴ Looschelders, **a.g.e.**,s. 418 (n. 1095).

⁵²⁵ Serozan, **a.g.e.**, s. 840.

⁵²⁶ Martin Schwab, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7 , 8. Auflage**, München, 2020 ,n. 356.,beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020; Horst Heinrich Jakobs,**Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung**, Bonn, 1964 , s. 171-172.

⁵²⁷ Antalya, **a.g.e.**, s. 592; Öz, **a.g.e.**, s. 372.

⁵²⁸ Antalya, **a.g.e.**, s. 592; Öz, **a.g.e.**, s. 372.

⁵²⁹ Looschelders, **a.g.e.**,s. 418 (n. 1096).

⁵³⁰ Looschelders, **a.g.e.**,s. 419 (n. 1098); Serozan, **a.g.e.**, s. 841; Althammer, **a.g.e.**, s. 228 (n.472); Hahn, **a.g.e.**, s. 1375.

olup⁵³¹; bu edimin dayandığı sebep de mevcut olmaz ise ortada edimden ötürü zenginleşme söz konusu olacaktır⁵³². Örneğin, taşınır satışında sözleşmenin geçersiz olması halinde durum böyledir⁵³³. Bir başka ifade ile edim amacı var ise, bu zenginleşme türü söz konusu olamaz⁵³⁴. Bu bakımdan, bir şart olarak “*masrafta bulunanın bir ifa amacının bulunmaması*” gerekmektedir⁵³⁵. Kiracı tarafından kiralanan yapılar masraflarda da, bizim katıldığımız görüşe göre kiracının masrafları belirli bir süre kiralananandan yararlanacağı umuduyla yaptığından ve kira sözleşmesi umulan süreden önce bitmesi yüzünden beklentisi boşa çıkarsa ortada “edimden ötürü zenginleşme” söz konusu olacak ve kiracının yapmış olduğu mutata ilişkin masraflar ise vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanacaktır⁵³⁶.

Nitekim, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulama alanı, bu türün uygulama alanını daraltmakta olduğu doktrinde belirtilmektedir⁵³⁷. Yalnız bizim görüşümüze göre, burada belirtmekte yarar vardır ki, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile bu sebepsiz zenginleşme türü pekala yarışabilir⁵³⁸. Zira bu hususa ilişkin kanunda hiçbir engel yoktur.

⁵³¹ Dieter / Lorenz, **a.g.e.**, s. 440 (n. 1208); Serozan, **a.g.e.**, s. 841 .

⁵³² Serozan, **a.g.e.**, s. 841; Öz, **a.g.e.**, s. 373; Althammer, **a.g.e.**, s. 228 (n.472).

⁵³³ Medicus/ Lorenz, **a.g.e.**, s. 440(n. 1208); Burada tabi belirtmemiz de gerek vardır ki; taşınırlarda sebepten soyutluk ilkesinin kabul edildiği – Alman Hukukunda bu görüş kabul edilmektedir.- ve tasarruf işlemi geçerli ise bu örnek doğru olacaktır.

⁵³⁴ Althammer, **a.g.e.**, s. 228 (n.472).

⁵³⁵ Althammer, **a.g.e.**, s. 228 (n.472).

⁵³⁶ Serozan, **a.g.e.**, s. 842

⁵³⁷ Öz, **a.g.e.**,s. 372; Serozan, **a.g.e.**, s. 842 .

⁵³⁸ Althammer, **a.g.e.**, s. 228 (n.472); Ece Baş Süzel, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul, 2015, s.255; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 341; Antalya, **a.g.e.**, s. 581; Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2014, s.504.; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationentech Allgemeiner Teil**, s.663vd.; ; BGE 129 III 422 S. 425, Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2000, n. 57.01 vd. ; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich 1979, s. 494 vd.; **Yargıtay 3. HD. 05.12.2019 T. 2019/2396 E. -9730K.**(söz konusu kararda kiracının yapmış olduğu zorunlu ve faydalı giderlerin TBK m.530'a göre isteyebileceği ve ayrıca sebepsiz

Bu türün uygulama alanı daraltan bir diğer esaslı husus olarak da, İsviçre-Türk hukuk sistemine ilişkin olarak doktrinde eşyaya yapılan harcamaların özel hükümlerle düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir⁵³⁹. Bu kuralların başında haksız zilyedin masraf istemini düzenleyen ve aşağıda bu başlık altında ele aldığımız TMK m. 994 ve 995 hükümleri gelmektedir⁵⁴⁰.

Bu sebepsiz zenginleşme türünün özel görünümü ayrıca, sebepsiz zenginleşme borçlusunun yaptığı masrafların iade talebini düzenleyen TBK m. 80 hükmüdür. Bu hüküm başlı başına bu özel sebepsiz zenginleşme isteminin temel noktası olup; TBK m. 80 hükmünün maddi hukuk açısından yapılan açıklamalarımız ise aşağıda iadenin kapsamı başlığı altında yer almaktadır⁵⁴¹.

Burada önemle vurgulanması gereken önemli bir diğer husus, ister zilyedin ister sebepsiz zenginleşme borçlusunun masraf istemine ilişkin düzenlemelerinin başlı başlarına bağımsız birer alacak hakkı doğurmakta olduğudur. Bir başka ifade ile, İsviçre-Türk sisteminde bu hükümlerden doğan haklar sebepsiz zenginleşmeye konu eşyanın iadesi yapılana kadar ileri sürülebilecek salt birer defî değildir⁵⁴².

TMK m. 994 ve TMK m. 995 hükümleri üzerinde bu başlık altında durulması gerekmektedir. İyi niyetli zilyedin geri vermeyi isteyen kimseye karşı, kendisinin yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri isteme hakkı TMK m. 994/1’de düzenlenmiş olup; bu talebin sebepsiz zenginleşme hükümleri ile yarışıp yarışamayacağını ayrıca irdelemek gerekir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki

zenginleşme hükümlerini uygulanabileceğinden bahsedilmektedir. Ayrıca bkz. **Yargıtay 3. HD. 02.10.2019 T. 2017/14145 E. -7379K.; BGE129 III 422 (s. 425)** [http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019. Alm. H. açısından : Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1046.

⁵³⁹ Hahn, **a.g.e.**, s.1375.

⁵⁴⁰ Yalnız burada da bu taleplerin yarışma imkanının olup olmadığı hususunu 2.4.6. no.lu başlıkta incelediğimiz için burada tekrar etmemekteyiz.

⁵⁴¹ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No 7.3.

⁵⁴² Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 844.

doktrinde kabul edilen görüş, TMK m. 994-995 kurallarının özel hüküm olduğu ve bu bakımdan da genel hüküm olan sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanamayacağıdır⁵⁴³. Fakat, TMK m. 994/1’de yer alan bu talep, özel olarak iyi niyetli zilyedi koruma amacıyla, onun mevcut durumu bilmeksizin elinde bulundurduğu malı (kimi zamanlarda kendisinin malik olduğuna olan inancından ötürü) yapmış olduğu masrafların iadesine ilişkin eşyayı alıkoyma hakkıyla birlikte tanınmış özel taleptir⁵⁴⁴ (kanımızca bu talep sebepsiz zenginleşme kökenlidir⁵⁴⁵⁵⁴⁶ ve yukarıda ifade ettiğimiz üzere salt bir defi olarak ileri sürülebilen bir hak değildir). Bu bakımdan, kanaatimizce kanuni bir engelleme olmadığından⁵⁴⁷, iyi niyetli zilyedin isterse sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayanabilmesi gerekir⁵⁴⁸. Başka bir ifade ile, görüşümüze göre TMK m. 994/1 hükmü, hukuk tekniği açısından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını dışlamamaktadır⁵⁴⁹. Kanun metninden, MK m. 994/1’den doğan söz konusu tazminat talebinin iade ile

⁵⁴³ Alman Hukukunda da bu görüş hakimdir. (bkz. Peter Bassenge, "Vorb v. § 994", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1432.

⁵⁴⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 843 : “ İyi niyetli haksız zilyet yararına MK 994 kuralında saklı tutulan “ masrafların kaşılması istemi” , ancak hak sahibinin eşyanın iadesi istemine karşı bir savunma olarak ortaya atılabilem, koşullu ve ikincil, pasif bir savunma hakkı olarak tanınır.Bu hakkın aynı hak sahibinin iade isteminden ayrı ve bağımsız olarak ileri sürülemeyeceği söylenir.”

⁵⁴⁵ Kanunlar ihtilafı hukuku açısından, bu talebin vasıflandırılması önem arz etmektedir. Zira vasıflandırmaya bağlı olarak bağlama konusu değişecektir.

⁵⁴⁶ Bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 843.

⁵⁴⁷ Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ikincil olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığına ve bu bakımdan her talep açısından ayrı ayrı olarak yarışın incelenmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.** s. 1375; Walter Rene Schluep, “Über Eingriffskonditionen”, **Festschrift für Melanges Paul Piotet**, Bern, 1990, s. 184.; Heinrich Honsell, “Drei Fragen des Bereicherungsrecht”, **Festschrift für Hermann Schuln**, Basel, 2002, s. 32-33.

⁵⁴⁸ bkz. Rona Serozan , **a.g.e.** , s. 843.

⁵⁴⁹ Alman Hukuku açısından doktrinde ve uygulamada haksız zilyedin bu taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel olduğu savunulmaktadır. Peter Bassenge, "Vorb v. § 994", **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s.1432 ; BGH NJW 1996, 52. ; (BGHZ 1941, 157) ; Dirk Looschelders , **Schuldrecht Besonderer Teil**, Nördlingen, 2017,s. 419 (Rh.1097) : Alman hukukunda, masraftan kurtulmadan ötürü zenginleşmenin “die Verwendungskondition” çok sınırlı olarak alan bulduğu belirtilmektedir.

sona erip ermediği açıkça anlaşılmadığından (uygulamada ve doktrinde sona ermeyeceği ifade edilmektedir⁵⁵⁰.) bu hükmün yanlış yorumlanarak⁵⁵¹şeyin iadesi ile sona ereceği kabul edilir ve bu durumda TMK m. 994/1 hükmünün topyekün sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel olduğu kabul edilirse; kötü niyetli zilyet iade sonrası TMK m. 995 uyarınca talepte bulunabilecekken, iyi niyetli zilyedin iadede bulunamayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu hakkın sona ermesi durumunda iyi niyetli zilyedin TMK m. 994/1 kapsamındaki zorunlu ve yararlı giderler açısından sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmasını engelleyen bir düzenleme de belirttiğimiz üzere kanunda yoktur. Yalnız burada belirtmek gerekir ki; TMK m. 994/1'in kapsamında olan zorunlu ve yararlı giderler dışında kalan lüks harcamalar bu özel düzenleme sebebiyle sebepsiz zenginleşme talebine konu olamayacak olup⁵⁵²; zilyet ancak kendisine iadeden evvel tazminat önerilmez ise şeye zarar vermeyecek ise kendisince yapılan eklemeleri ayırıp alabilir ve bu istem de “müdahaleden ötürü” olan sebepsiz zenginleşme kökenlidir.

İyi niyetli zilyet pekala iadeden sonra da sebep zenginleşme hükümlerine dayanarak yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafları talep edebilir. Bunu örneklendirebiliriz: (A) geçersiz bir satış sözleşmesine rağmen, tapuda malik olarak gözükyorsa ve asıl malik olan (B)'nin ödemesi gereken emlak vergilerini ödemişse,

⁵⁵⁰ Bkz. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2015, s.118 ; Serozan, **a.g.e.**,s. 843. Hatta bu talebin ve kötü niyetli zilyedin giderleri talep hakkı nitelikleri gereği, TBK m. 82'deki 2 yıllık zamanaşımına tabi olacağı ifade edilmektedir. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, **a.g.e.**, s. 120 ve 130.

⁵⁵¹ Madde metninde “bu tazminat ödeninceye” kadar ibaresinden ötürü sanki bu talebin eşyanın iadesinden sonra istenemeyeceği yönünde yorumlanmasına sebebiyet verecek şekildedir. Halbuki, burada vurgulanmak istenen iyi niyetli zilyedin kendisine yaptığı TMK m. 994 kapsamına giren giderler açısından hapis hakkından farklı –zilyedin malı sattırarak giderleri karşılama imkanı olmadığından- olarak geri vermekten kaçınma yetkisi olduğudur. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, **a.g.e.**, s. 119-120. (Ayrıca belirtmemiz de yarar var ki ; Alman Medeni Kanunu'nda § 1002 hükmünde özel olarak hak düşürücü sürelerle -taşınırılar için 1 ay ve taşınmazlar için 6 ay- yer verilmiştir.)

⁵⁵² Bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 118vd: Lüks giderler, tarafların sübjektif nitelendirmelerine göre değil, objektif kriterlere göre tespit edilecektir.

pekala iadeden sonra bu bedelleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde isteyebilecektir. Bu başlık altında aşağıda da belirttiğimiz üzere, kötü niyetli zilyedin talep hakkı istençli olarak sınırlandırılmışken; buna mukabil TMK m. 994/1 hükmünde ise, kanun koyucunun istenci iyi niyetli zilyedin taleplerini sınırlandırmak değildir. Nitekim iyi niyetli zenginleşenin giderleri isteme hakkı (TBK m. 80/1) ile TMK m. 994/1’de yer alan talebin kapsamı aynıdır. İyi niyetli kişinin talep hakkının sınırlandırılması, iyi niyetin korunması ilkesi karşısında kabul edilemez. Zira sebepsiz zenginleşmenin bir işlevi de, hukuki şekilcilik ve istikrar açısından katlanılan haksızlığı düzeltmek ve yasal ya da sözleşmesel tasfiye rejimlerini tamamlamak, onların olası boşluklarını düzeltmektir. Bu bakımdan sebepsiz zenginleşme hukuku kurallarının boşluk doldurucu tamamlayıcı işlevi vardır⁵⁵³.

Kötü niyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğü açısından ise, TMK m. 995’de özel olarak düzenlenmiş olduğu ve bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanamayacağı doktrinde belirtilmektedir⁵⁵⁴.

Doktrinde haksız zilyedin iade yükümüne ilişkin kuralların (ister zilyet iyi niyetli olsun ister olmasın) tümüyle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil edeceği, geçersiz bir taşınmaz devrinde alıcının yaptığı masrafları ancak haksız zilyedin iade yükümüne ilişkin hükümler uyarınca isteyebileceği, alıcının malvarlığında artış olmadığı savıyla ayrıca ileri sürülmektedir⁵⁵⁵. Fakat yukarıda ifade ettiğimiz ve gerekçelendirdiğimiz üzere, bu görüşe katılmamaktayız. Yargıtay uygulamasında ise, sebepsiz zenginleşme ile

⁵⁵³ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 807 ; ayrıca malın ivazsız olarak elden çıkarılması durumunda bkz. **a.e.**, s. 836.

⁵⁵⁴ Gökhan Antalya, **a.g.e.**, s.578; Turgut Öz, **Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul , 1990,s.66 vd., ; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s.337 ; Rona Serozan, **a.g.e.**, s.843.

⁵⁵⁵ Haluk N. Nomer, **a.g.e.** , s. 203.

haksız zilyedin iade yükümüne ilişkin hükümlerin birlikte uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁶.

Kötü niyetli zilyedin de, yaptığı zorunlu giderleri talep etme hakkı özel olarak TMK m.995/2’de düzenlenmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu talep de sebepsiz zenginleşme kökenlidir. Burada iyi niyetli zilyedin talebinden farklı olarak; kötü niyetli zilyet yararlı giderleri talep edemeyecek ve bununla birlikte ona bir hapis hakkı tanınmayacaktır. Bu durumda o, eşyayı iade ettikten sonra, zorunlu giderleri bu hükme dayanarak iade edebilecektir. Kanaatimizce, burada kötü niyetli zilyet ancak TMK m. 995/2 hükmüne dayanabilir ve sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamaz.

⁵⁵⁶ Söz konusu kararda davacı satıcıdan haricen satın alarak teselüm ettiği üzerine kayıtlı olan fakat aslında malik olmadığı taşınmaza giderlerine katlanarak bina inşa ettiği ve üzerinde inşa edilen taşınmaz imar uygulamalarına izin verilmediğinden dolayı faydalı olan masraflar olarak inşaata yaptığı masrafları talep etmiştir. Yargıtay ilgili dairesi ise, 05.07.1944 gün ve 12/26 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da işaret edildiği gibi, tapulu taşınmazı haricen satın alan ve taşınmaz kendisine teslim edilen kişi tarafından o taşınmaz üzerine bir bina inşa edilmiş ise, satıcının bu binanın yapımına zımnî rızası var sayılır ve binayı inşa eden alıcının iyi niyetli kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş; tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satılmasının geçersiz olması, satın alanın kötü niyetli kabulü için başlı başına yeterli bir neden olmadığını belirtmiştir. Karşı konulmasına rağmen binanın inşa edildiği de davalı tarafça savunulmadığını ve bu nedenle, davacının, haricen satılıp teslim edilen bu taşınmaza ferağının verileceği umudu ile bina inşa ettiğinin kabulü gerektiği belirtilmiştir. Daire, söz konusu davanın yasal dayanağının EBK 64. maddesinin olduğu ve anılan 64. maddeye göre, iyi niyetle başkasının taşınmazına el koyan bir kimsenin faydalı ve zaruri masraflarını isteyebilmesi için, yaptığı giderlerin mal varlığından çıkmış ve taşınmazı geri alan hak sahiplerinin mal varlığına geçmiş olması icap ettiğini; Medeni Yasa'nın eski 907. maddesi (Yeni MK m. 994), zilyede malın hak sahibi tarafından alınması halinde faydalı ve zaruri masraflarını istemek hakkını verdiğini; bu kurallar uyarınca iyi niyetli zilyedin taşınmazın maliklerinden geri alınmasını isteyebileceği bedel, taşınmazın geri alındığı gündeki yapının kaim değeri olabileceğini ; taşınmazın geri alınmakla davacının mal varlığı, bu değer oranında azalmış ve geri alanların mal varlıkları ise o nispette artmış olacağını ; somut olayda ise davacının halen zilyet olduğundan ötürü davanın reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir. **(Yargıtay 13. HD. 13.10.2006, 2006/9167 E. , 2006/13595 K.)** Nomer söz konusu kararda, Yargıtay'ın haksız zilyetlik hükümlerinden doğan taleplerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına engel olacağı savıyla yanlış bulunmaktadır. (Haluk N. Nomer, **a.g.e.** , s. 203.)

TMK m. 994/1 ile karşılaştırıldığında, burada düzenlenen iyi niyetli zilyedin yaptığı yararlı ve zorunlu giderleri istenilen eşyayı alıkoyarak isteme hakkı ancak eşyanın iadesine kadar mümkün olduğundan; iyi niyetli zilyet burada iadede sonra TMK m. 995/2'e dayanamayacağından genel hükümlerden doğan taleplere dayanabilecekken, TMK m. 995/2'de ortada işin doğası gereği kötü niyetli zilyede bir hapis hakkı verilmediğinden eşyanın iadesinden sonra da bu hüküm uygulanacak, kötü niyetli zilyet sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanamayacaktır. Kanun koyucunun istenci, kötü niyetli zilyedin talebinin sınırlandırılması; iyi niyetli zilyedin talebinin sınırlandırılması gibi bir istenç söz konusu mevcut değildir. Yukarıda da, ifade edildiği üzere iyi niyetli zilyet ister TMK m. 994'e isterse de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilmelidir.

Bununla birlikte, ne istihkak, ne taşınır ne de zilyetliğin gaspından doğan davanın şartlarının gerçekleşmediği durumlarda, zilyetliğin iktisabının geçersiz olduğu durumlarda zilyetliğin sebepsiz iktisabına dayanan iade talebi vuku bulacaktır⁵⁵⁷ (*condictio possessionis*)⁵⁵⁸.

Ayrıca MK m. 723 hükmünde özel olarak düzenlenen malzeme sahibinin bir başkasının arazisinde malzemesini kullanmasına ilişkin masraf zenginleşmesine ilişkin hükümden bahsetmek gerekir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yapıyı yapan arsa sahibi ise ortada müdahaleden ötürü zenginleşme söz konusu olabilecekken⁵⁵⁹, malzeme sahibinin yapıyı yapması durumunda ortada harcamadan ötürü zenginleşme söz konusu olabilecektir⁵⁶⁰. İnşaat malzemesinin sahibi, bütünleyici parçanın asla bağlılığı ilkesi gereği m. 722 uyarınca malzemenin kullanılmasıyla artık malik

⁵⁵⁷ Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, 1981, s. 80; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s.337.

⁵⁵⁸ bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 803,839.

⁵⁵⁹ Eğer ortada kötü niyet var ise TBK m. 723/2 özel bir haksız fiil düzenlemesi olarak uygulama alanı bulacaktır.

⁵⁶⁰ Alman hukukunda ve aynı doğrultuda olan görüşler için bkz. Christoph Althammer, **a.g.e.** , s. 229, p. 473 ; Christop Hirsch, **a.g.e.**, s.409.

olamadığı durumlarda, arsa sahibinden mülkiyetini yitirdiği malzemenin objektif zenginleşme bedeli olarak uygun bir bedel talep edebilecektir⁵⁶¹. (TMK m. 723/1) Bu durum harcamadan ötürü zenginleşmenin özel bir düzenlemesidir ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı söz konusu olacaktır. TMK m.723/3 hükmü ise, yapıyı yaptıran malzeme sahibinin iyi niyetli olmadığı durumlarda, hakimin hükmedeceği miktarın bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçemeyebileceğini düzenlemiştir. Kanaatimize göre, TMK m. 723/3 hükmü TMK m. 723/1'e dayalı talep açısından hakime sınır getirme yetkisi veren bir hükümdür. Bu hükme göre hakime, arazi sahibinin davranışlarına göre takdir yetkisi verilmiş⁵⁶²; normalde tüm zararı talep edebilecek malzeme sahibinin (bundan dolayı sebepsiz zenginleşmenin özel bir düzenlemesinden bahsedilemez.) talebine hakim tarafından sınırlandırma getirebileceği düzenlemesi getirilmiştir.

TMK m. 723/3 hükmünde görüleceği üzere TMK m. 723/1'den doğan sebepsiz zenginleşme istemi hakim tarafından sınırlandırılabilir. Peki genel hükümlerde TBK'da böyle bir düzenleme olmadığından, zenginleşene hiç hesaba katmayacağı, kendisine hatta yarar dahi sağlamayacak kazandırmaların dayatılması engellenmeyecek midir? Bizim görüşümüze göre, dayatılmış zenginleşmelere ilişkin olarak kanunda boşluk vardır ve zarar görenin zararı doğuran fiile razı olmasından dolayı hakimin tazminatı indirmesine olanak sağlayan TBK m. 52 hükmünün ve yukarıda ifade ettiğimiz TMK m. 723/3 hükmünün birlikte kıyasen uygulanması ile bu boşluğun giderilmesi mümkündür.

Sebepsiz zenginleşme alacaklısının yaptığı masraf ile zenginleşenin zenginleşmesinin arasında doğrudan illiyet bağı olması gerekir⁵⁶³. Bunun nedeni ise , zenginleşenin kestiremediği sonuçlarla karşı karşıya bırakmak gibi adaletsiz

⁵⁶¹ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 845.

⁵⁶² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 496.

⁵⁶³ Christoph Althammer, **a.g.e.** , s. 230 , (p. 476) ; Kemal Oğuzman / Turgut Öz , **Borçlar Hukukuk Genel Hükümler**, s. 373.

sonuçlara engel olunması gereğidir ⁵⁶⁴ . Dikkat edilirse, müdahaleden ötürü zenginleşmede bu ek şartın aranmasına gerek olmayacaktır.

Son olarak, zenginleşenin masrafının zenginleşme bedelinden az olduğu durumlarda ne olacağının irdelenmesi yerinde olur. Acaba, masraf sayesinde oluşan zenginleşme bedeli mi, yoksa masraf bedeli mi talep miktarını oluşturacaktır. Bunu şu şekilde örneklendirebiliriz:

(A) , (Z) 'nin evini almak amacıyla (Z) ile harici satış sözleşmesi yapar ve evi 100,000-TL harcayarak komple tadilat yapar ve evin değeri bu tadilattan dolayı 200,000-TL artar. Sözleşmenin şekil şartı sebebiyle geçersiz olması sebebiyle (A) yaptığı tadilat bedeli olan 100,000-TL 'yi mi yoksa evde gerçekleşen değer artışı ve (Z) 'nin zenginleşme bedeli olan 200,000-TL 'yi mi talep edebilecektir.

Bizim görüşümüze göre, bu durumda salt masraf tutarının istenebilmesinin kabulü gereklidir. İlk bakışta , bizim de katıldığımız görüş olan sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı açısından fakirleşmenin şart olmadığı görüşüne göre davalıda oluşan zenginleşme talep edilebileceği gibi bir sonuca varılacağı düşünülebilse de ⁵⁶⁵ , bu sonuç kabul edilemez. Zira burada masrafta bulunanın önceden kestiremediği sonuçlarla karşı karşıya bırakılmaması gerekmektedir. Aslında geri vermenin kapsamı açısından zenginleşenin yükümlülüğünü düzenleyen TBK m.79'in "ratio legis"i de bu husustur. Kanunda zenginleşenin iade kapsamına ilişkin bir düzenleme varken, bu hususta (zenginleşmenin kapsamı ile ilgili) ise somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece, kanunda özel olarak düzenlenen TBK m. 80 vr TMK994/995 hükümleri Taraflara öngöremeyecekleri külfetlerle karşı karşıya bırakmamaktır.

⁵⁶⁴ Aynı yönde bkz. Christoph Althammer, **a.g.e.** , s. 230 , p. 476.

⁵⁶⁵ Krş. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 846.

5.1.2.4 Rücû Hakkı Veren Zenginleşme

Uygulama alanı dar olan bir başka edim dışı zenginleşme türü de rücu hakkı veren, bir başka ifade ile borçtan kurtulmadan ötürü zenginleşmedir.

Bu zenginleşme tipinde üçüncü bir şahıs tarafından kendisine ait olmayan borcun (zenginleşenin borcunu) ödenmesi sonucunda zenginleşenin borçtan kurtulması söz konusudur. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, her durumda bu zenginleşme talebi ileri sürülemez ve bu talebin uygulama alanı dardır.⁵⁶⁶ Burada belirleyici olan husus, ifade bulunarak bir başkasının borcunu ödeyenin, borçluya karşı bir kişisel edim amacı taşıyamaması ve borçlunun rızası ya da varsayalı oluru olmaksızın kendi iradesiyle borçlunun borcunu ödemesidir.⁵⁶⁷ Ayrıca ortada gerçekte var olan bir borcun olması gerekmektedir⁵⁶⁸. Bu açıklamalar çerçevesinde, durumu daha anlaşılır kılmak adına aşağıdaki açıklamalara yer vermemiz gerekli:

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, öncelikle üçüncü kişinin ifasının söz konusu olması gerekmektedir. Bu da ifayı alanın (alacaklının ya da ifayı talep etme hakkına sahip olanın) bakış açısına göre belirlenir⁵⁶⁹. Bu durum banka havalelerinde daha da belirginleşir. Borçlunun banka hesabından, alacaklının banka hesabına yapılan banka havalesi ile ifade, banka kendi ödemesi amacıyla ifade bulunduğu iddiasına dayanamaz⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 231.

⁵⁶⁷ Rona Serozan , **a.g.e.**,s. 848 ; Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 231.

⁵⁶⁸ Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 231.

⁵⁶⁹ Martin Schwab, "**§ 812**", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7** , 8. Auflage, Munich, 2020 ,n. 391.,beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020 ; Alman yargı kararları hakkında bkz. LG Bonn MDR 2009, 1347 (1348). (LG Bonn, 12.08.2009 - 5 S 43/09) <https://openjur.de/u/141773.html> (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020..

⁵⁷⁰ Yalnız üç köşeli ilişkiler başlığı altında ele alacağımız üzere, bilhassa banka havalelerinde havale alıcısının ortada geçerli bir havale olmadığı için bakış açısı önem arz etmektedir. Aşağıda tekrar ele alacağımız üzere havale talimatının geri alınmasına rağmen, havale ödeyicisinin (bankanın) havale işlemini gerçekleştirmiş olması durumunda, gerçekte havale talimatını geri alan havale

Edimde bulunan üçüncü şahıs eğer kendini borçlu sanıyorsa ve edimi alan da bunu biliyor ya da bilebilecek durumdaysa, bir başka ifadeyle kendi bakış açısına göre korunmayı hak etmemekteyse (tart.)⁵⁷¹ ortada bu zenginleşme tipi olmayıp; “condictio indebiti” söz konusu olacağı ifade edilmekle birlikte⁵⁷²; bu durum son derece tartışmalı olmuştur. Burada kısaca bahsedecek olursak edimi alanın bakış açısına (*Empfängershorizont*) mı yoksa edimde bulunanın itfa amacına (*Tilgungsbestimmung*) mı değer verileceği tartışmalıdır. Buna ilişkin tartışmaları aşağıda ele aldık⁵⁷³. Bu hususu kısaca burada örneklendirmek de yerinde olur: Eğer (Ü), (A)’ya kendi borcu sanarak (B)’nin borcu olan miktarı öderse ve (A)’ya karşı kural olarak A’nın bakış açısına göre onun korunmasını gerektiren bir hal yok ise “condictio indebiti” talebinde bulunabilecektir. Yalnız burada tartışmaya değer olan bir diğer husus da, ifade bulunan üçüncü kişinin sonradan vereceği onamla geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ifasını B’nin borcuna ilişkin sayarak; (B)’ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunup bulunamayacağıdır. Gerçekten de kimi hallerde, A’nın yeterli malvarlığının kalmaması gibi durumlarda, üçüncü kişinin (Ü’nün) B’ye karşı talepte bulunabilmesine ilişkin bir çıkarı olabilir⁵⁷⁴. Bu husus tartışmalı olup; doktrinde, Alman ve İsviçre yargı kararlarında bu duruma olanak tanındığı gözükmemektedir⁵⁷⁵. Bunu kabul etmeyen karşıt görüşü savunanlarca belirtilen

göndericisinden alacaklı olan havale alıcısının bakış açısının göz önünde bulundurulup iyi niyetinin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Aşağıda ifade ettiğimiz üzere gerek İsviçre gerek Alman doktrininde iki farklı görüş mevcuttur. (Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.)

⁵⁷¹ Aşağıda ele aldığımız üzere, edimi alanının bakış açısına önem verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Edimi alan edimde mevcut durumda edimde bulunanın örneğin borçlunun ifa yardımcısı vs. görmesi hallerinde ne olacağı tartışmalı bir husustur.

⁵⁷² Helmut Heinrichs, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, C.H. Beck, 2008, s. 324 (Rn.8); Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.442.

⁵⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.5.

⁵⁷⁴ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.442.

⁵⁷⁵ Açıklamalar için bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 849; Alman Hukukunda da bu husus tartışmalıdır ve bunu kabul eden Alman Yargı kararları da vardır: Ernst von Caemmerer, “**Irrtümliche Zahlung fremder Schulden**”, Festschrift für Hans Dölle Band I , Tübingen, 1963, s. 147-148; Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 232; Helmut Heinrichs “§ 267”, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**

eleştiriler şu şekildedir⁵⁷⁶: 1) Edimde bulunanın geçmişe etkili olarak itfa amacını değiştirebileceği kabul edilirse, aradaki zaman zarfında asıl borçlu borcunu ifa ederse asıl borçlunun ediminin hukuki sebepten yoksun olması gibi çarpık bir sonuç ortaya çıkacaktır. 2) Bu durumda da borçlu hem borçlu için edimde bulunduğu savıyla karşısında üçüncü kişiyi bulacak hem de alacaklısının ödeme (güçsüzlüğü) rizikosunu taşıyacak ve ayrıca kendi alacaklısına karşı olan varsa kendi alacağına dayanarak takas hakkını kullanma şansı da onun elinden alınacaktır. 3) geçmişe etkili olmayıp *ex nunc*(değiştirme zamanında) etkili olarak edimde bulunan tarafından itfa amacının değiştirilmesinde ise; alacaklı bir belirsizlik içine sokulacaktır. Alacaklı kazandırmayı kendi alacağına ilişkin olarak mı yoksa salt üçüncü kişinin kazandırması olarak mı sayacağını bilemeyecektir⁵⁷⁷.

Bizim görüşümüze göre, bu tarz durumlarda edimde bulunanın geçmişe etkili olarak itfa amacını değiştirmesine, tarafların menfaat ve riziko dengelerine dokunulmadığı müddetçe hakkaniyet gereği izin verilmelidir. Bu durum salt olarak çelişkili davranış olarak kabul edilmemelidir ve buna ilişkin hukukumuzda da bir engel yoktur. Edimde bulunan kendisini borçlu sanarak edimde bulunsa dahi alacaklının ödeme güçsüzlüğünden dolayı, geçmişe etkili olarak edimini asıl borçlunun borcuna ilişkin olduğuna dayanarak asıl borçluya karşı rücu zenginleşmesi talebinde bulunabilmelidir. Yalnız bu çözüm doğası gereği borçlunun borcunu ödemiş olduğu (üçüncü kişinin edimde bulunmasından sonra) hallerde kabul edilemez.

Kommentar, 67. Auflage, München, 2008, s.324. (n3vd.); Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 420 (n. 1102-1103); BGE 70 II 121 (Serozan'dan naklen Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 849)

⁵⁷⁶ Bkz. Schwab, **a.g.e.**, (812) Rn. 273 (Koppensteiner/Kramer, **a.g.e.**, s.39 vd.); Andreas Weber, **Der Bereicherungsausgleich nach Irrtümlicher Eigenleistung auf fremde Schuld**, Berlin, 1992, s. 110 vd.) ve Schwab, **a.g.e.**, 702 no.lu dipnotta yazan diğer eserler.

⁵⁷⁷ Schwab, **a.g.e.**, (812) Rn. 273.

Özel rücu talepleri de bu zenginleşme talebini arka plana iter⁵⁷⁸. Borçlu ile borçlunun borcunu ifade bulunan üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişki varsa taraflar arasında o hukuki ilişkiden doğan taleplere göre rücu hakkı belirlenir⁵⁷⁹.

Üçüncü kişi borçlunun borcunu bağışlama, kredi veya vekalet gibi sebeplerle ödemekle yükümlü olabilir⁵⁸⁰. Örneğin üçüncü kişi borçlu ile arasındaki bağışlama sözleşmesi uyarınca borçlunun borcunu ödüyorsa, üçüncü kişinin borçluya yönelteceği hakkın kapsamı sözleşme ve sözleşmeye uygulanacak hükümler uyarınca belirlenecektir⁵⁸¹.

TBK m. 127 özel bir rücu hükmü olduğundan dolayı bu hüküm kapsamına giren durumlarda, rücu hakkı veren zenginleşmeye dayanma söz konusu olmayacaktır⁵⁸². TBK m. 127 hükmü uyarınca alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişi, kendisinin maliki veya başkaca bir ayni hak sahipliği bulunduğu şeyi rehinden kurtarma amacıyla ifade bulunması ya da borçlu tarafından alacaklıya ifadan önce üçüncü kişinin ona halef olacağı bildirildiği durumlarda ifası ölçüsünde halef olacaktır. Kanunda bu şekilde yer alan özel halefiyet – kanuni devir- “*cessio legis*” olan hükümler varken, bu sebepsiz zenginleşme talebine uygulama alanı tanınmaz⁵⁸³. TBK m. 167/2⁵⁸⁴, TBK m. 62/2⁵⁸⁵, 85/3⁵⁸⁶, 168/1⁵⁸⁷ ve 596⁵⁸⁸ hükümleri bunlardandır.

⁵⁷⁸ Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, s.1375; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 848.

⁵⁷⁹ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 850.

⁵⁸⁰ Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7**, 8. Auflage, München, 2020, n. 391., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

⁵⁸¹ Bir başka güzel örnek de, avukatın müvekkilinden aldığı masraf avansı yeterli değilse, mahkeme harç ve giderlerinin bir kısmını cebinden ödemesidir. Burada, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesine dayalı sözleşmesel bir rücu ilişkisi olacaktır. (Avukatlık Kanunu m. 173/2)

⁵⁸² Anne-Catherine Hahn, **a.g.e.**, s.1375; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 848.

⁵⁸³ Christoph Hirsch, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Nomos, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018, s. 410/ n.1435; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 419; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s.441.

⁵⁸⁴ “Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.”

⁵⁸⁵ “Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”

Borçlunun varsayıli çıkarı ve iradesi doğrultusunda üçüncü kişinin borçlunun borcunu ifa etmesi durumunda; TBKm. 526vd. hükümleri uyarınca vekaletsiz işğörme hükümleri söz konusu olur ve rücu hakkı veren sebepsiz zenginleşme istemine yer olmaz⁵⁸⁹.

Yukarıdaki sınırlamalardan da anlaşılacağı üzere, bir başkası adına ifade bulunan üçüncü kişi ancak borçlunun varsayalı iradesine uygun olmayan bir şekilde hareket ederse, bir başka ifade ile vekaletsiz iş görmenin uygulama alanı olmadığı durumda ve yukarıda belirtili diğeri sınırlamalar olmadığında bu sebepsiz zenginleşme istemi söz konusu olacaktır⁵⁹⁰. Serozan tarafından, borçlunun mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi uyarınca satın aldığı mala haciz koyabilmek için onun kalan

⁵⁸⁶ “Durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, ifade bulunan borçlu, alacaklıya halef olur ve diğeri borçlulardan payları oranında alacağını isteyebilir.”

⁵⁸⁷ “Diğerilerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.”

⁵⁸⁸ “TBK MADDE 596- (1) Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.

(2) Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğeri güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifade bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir.

(3) Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def’iler saklıdır.

(4) Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir.

(5) Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu anda işlemeye başlar.

(6) Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.”

⁵⁸⁹ Rona Serozan , a.g.e.,s. 848; Christoph Hirsch, a.g.e. , s. 410/ n.1435.

⁵⁹⁰ Rona Serozan , a.g.e.,s. 850.

taksitlerini alacaklısına ödeyen üçüncü kişi veya kiraya verenin borcunu daireden çıkarılmamak için kiraya verenin alacaklısına ödeyen kiracının rücu zenginleşmesi taleplerinde bulunabileceği örnekleri verilmiştir⁵⁹¹. Ayrıca aşağıda belirtmiş olduğumuz üzere banka havalelerinde, havale gönderenin havale talimatını geri almış olmasına rağmen banka tarafından havale işleminin gerçekleştirildiği durumlarda, bankanın havale alıcısına onun gerçekte alacaklı ve havaledeki geçersizliği bilmemesinden ya da bilebilecek durumda olmamasından (iyi niyetli olduğundan) dolayı başvuramayacağı görüşünü kabul edenler, bankanın müşterisine (havale gönderene) karşı rücu zenginleşmesi talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir. Bu husus aşağıda ayrıca ayrıntılı olarak ele alınmıştır^{592 593}.

6. İkiden Fazla Kişinin Bulunduğu Hukuki İlişkilerde Sebepsiz Zenginleşme Talepleri

İkiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde (havale, alacağın temliki, tam üçüncü kişi yararına sözleşme vd.) sebepsiz zenginleşme istemlerinin nasıl ve kimler arasında cereyan edeceği hususu çok tartışmalıdır. Bununla birlikte, kanunlar ihtilafı hukukunda da doktrinde sebepsiz zenginleşme uygulanacak hukuk bakımından en tartışmalı konuların başında da ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuk yer almaktadır⁵⁹⁴. Konunun önemine binaen, maddi hukuka ve kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin açıklamaları ayrı bir ana başlık altında ele alma yolunu tercih ettik⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Rona Serozan , **a.g.e.**,s. 850.

⁵⁹² Thomas Koller, “**Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen - Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (BGE 121 III 109 ff.)**” , Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Heft 11 , Bern, 1995, s. 800.

⁵⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.2

⁵⁹⁴ Bkz. Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 552 vd.

⁵⁹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm.

7. Sebepsiz Zenginleşmenin Hukuki Sonuçları

7.1 Genel Bilgi

Yukarıda yer alan anlatımlardan sonra sebepsiz zenginleşmenin hukuki neticelerinden ve sebepsiz zenginleşmenden doğan alacak hakkının içeriğinden bahsedebiliriz.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, esas itibarıyla sebepsiz zenginleşme borçlusunun elde ettiği zenginleşmeye yönelir⁵⁹⁶. Böylece sebepsiz zenginleşme borçlusuna karşı, onun elde ettiği kazançtan fazlasına ilişkin talepte bulunulamaz⁵⁹⁷. Bunun sebebi, sebepsiz zenginleşme borçlusunun elde ettiği kazanımın kalıcılığına ilişkin güveninin korunmasıdır⁵⁹⁸. Bu durumun diğer borç ilişkilerinden farklı olduğunu burada hatırlatmamızda yarar var. Sebepsiz zenginleşme hukukunun amacı “edinilmiş değer iadesidir”⁵⁹⁹. TBK m. 79 ve 80 aynen iade ilkesine göre düzenlenmiştir⁶⁰⁰. Aynen iade mümkün değil ise istem, “herkes için nesnel ve soyut piyasa değeri olan” “objektif zenginleşme tutarına” yönelecektir⁶⁰¹. Bu istem bu durumda para alacağı olacaktır. Az evvel ifade ettiğimiz üzere objektif zenginleşme tutarı, haksız fiil ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin sonucunda zararın tasfiyesine yönelen sübjektif tazminat isteminden farklıdır⁶⁰². Yukarıda sebepsiz zenginleşmenin oluş biçimlerini ve türlerinden bahsederken kimi hallerde iadenin ne şekilde olmasına konu gereği yer verdik. Yalnız bu başlık altında ise iadenin kapsamını ayrıntılı olarak ele alacağız.

⁵⁹⁶ Althammer, **a.g.e.**, s. 250.

⁵⁹⁷ Yarg. 19. HD. 23.05.2019, 2017/2886 E. , 2019/3446 K. : “*Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK’nın 79. maddesi hükmü gereğince davalı sadece kendisinin sebepsiz zenginleştiği miktar kadar sorumludur.*”

⁵⁹⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 865.

⁵⁹⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 865.

⁶⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 880; Serozan, **a.g.e.**, s. 865.

⁶⁰¹ Serozan, **a.g.e.**, s. 865.

⁶⁰² Serozan, **a.g.e.**, s. 865.

Burada önemle bahsetmemiz gerekir ki, Türk-İsviçre sisteminde olduğu gibi Alman hukukunda da iadenin konusu yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere ilk olarak aynen iadeye dayanır⁶⁰³ ve aynen iade ilkesi Alman hukukunda da kabul edilmiştir.

Böylece, aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda iade tasfiyesinin nasıl belirleneceği hususu, sebepsiz zenginleşme hukukunun bir diğer çetrefilli alanlarından biridir.

Hemen belirtmemiz gerekir: Kanun koyucu TBK m. 79’da iadenin kapsamını, zenginleşenin iyi niyetli olarak zenginleşip zenginleşmediğine göre belirlenmesini kabul etmiştir. Bu bakımdan da sistematik olarak konuyu anlatabilmek adına, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iadenin konusu ve iyi niyetli olmayan sebepsiz zenginleşenin iade kapsamı olarak ikili ayrıma gitme yolunu seçmiş bulunmaktayız. Gerçekten de burada belirtmemiz gerekir ki; zenginleşmenin (iadenin) konusu ile iadenin kapsamı ayrı kavramlardır ve birbiri ile karıştırılmamaları gerekmektedir.

Özetle ilk olarak iadenin konusunu ele aldıktan sonra, iadenin kapsamı çerçevesinde iyi niyetli zenginleşme borçlusunu ve iyi niyetli olmayan zenginleşme borçlusunun iade kapsamını ayrı olarak ele almaktayız.

7.2 İadenin Konusu

7.2.1 Temel Kural : Aynen İade

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere sebepsiz zenginleşme istemi aynen iade istemine ilk olarak yöneldiğinden; sebepsiz zenginleşme borçlusunu eğer zenginleşme konusu şeyi elinde bulunduruyorsa iade isteminin konusu o “şey” olmalıdır. Bir başka ifadeyle, sebepsiz zenginleşme borçlusunun malvarlığında istem anında

⁶⁰³ Bkz. Looschelders, **a.g.e.**, s.421; Althammer, **a.g.e.**, s. 251; Schwab, **a.g.e.**, (§ 818), Rn. 1

bulunan şey iade edilmelidir⁶⁰⁴. Bu durum gerek TBK/OR sistematğinde gerek ise BGB sisteminde açıkça anlaşılmaktadır ve kanun koyucu “zenginleşmeyi geri vermek” (TBK m. 77/1,OR m. 62/1) , “edimi.... geri isteyebilir.” (TBK m.78/OR m.63/1) ibarelerine yer vermiştir. Ortada ikincil bir istemin sözü geçmemektedir. Bu durum aynı şekilde Alman kanun koyucu tarafından uygulanmıştır ve hatta §812 BGB hükmünde elde edilen şeyin iadesi §§ 813, 814, 817 BGB hükümlerinde edimin iadesi, §§ 816, 822 BGB hükümlerinde “elde edilenin iadesi” ifadelerine yer verilmektedir⁶⁰⁵.

Gerek Alman gerek İsviçre doktrinde “eski görüş” olarak adlandıracağımız görüşü savunanlarca, sebepsiz zenginleşme sorumluluğu varlık artımına (*Vermögensvermehrung*) dayandırılmaktaydı; böylece, maddi olmayan ve hizmet kazanımları aynen iadesi mümkün olmadığı gerekçesiyle iade istemi kabul edilmemekteydi⁶⁰⁶. Buna mukabil, “yeni görüş” çerçevesinde varlık arttırımından soyut bir şekilde bu husus dikkate alınmamaktadır⁶⁰⁷. Burada aynen iadeye konu bir mülkiyet hakkı olabileceği, diğer aynı haklar, alacak hakları, hatta zilyetlik (*condictio possessionis*)⁶⁰⁸, dahi söz konusu olabilir. Burada dikkat edilirse, taşınırлар açısından sebebe bağıllık ilkesinin kabul edilip edilmediğinin önem arz ettiğini tekrar vurgulamamız gerekir. Sebebe bağıllık prensibinin kabul edilmesi durumunda sebepsiz zenginleşmeye bağılı iade “ikinci derecede bir önem”

⁶⁰⁴ Althammer, **a.g.e.**, s. 251; Eren, 880vd.; BGE 110 II 228 www.swislex.ch(**çevirimiçi**) 21 Mart 2020; Schwander, **a.g.e.**,s. 342.

⁶⁰⁵ Althammer, **a.g.e.**, s. 251; Sprau, (§ 818), 1189 (Rn. 5)

⁶⁰⁶ Bkz. Hahn,**a.g.e.**, s. 1378, Bucher, **a.g.e.**, s. 689; BGE 45 II 447 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2045447.pdf>(**çevirimiçi**) 21 Mart 2020; Alm. bkz. BGH, Urt. v. 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70. <https://openjur.de/u/31202.html>(**çevirimiçi**) 21 Mart 2020; bkz. Althammer, **a.g.e.** 251 (dipnot 2015).

⁶⁰⁷ Bkz. Hahn,**a.g.e.**, s. 1378;Jenny, s. 249-250; Alman doktrinde de hakim görüş bu yöndedir. Bkz. Althammer, **a.g.e.**,s.251 ve 191; Medicus/Lorenz, **a.g.e.** , s. 424

⁶⁰⁸ Medicus/Lorenz,**a.g.e.**, s. 424.

taşımaktadır⁶⁰⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sebebe bağıllık ilkesinin savunular tarafından da alacağın temlikinin sebepten soyut olduğu görüşü kabul edildiğinden diğer illi sayılan tasarruf işlemlerinin aksine soyutluk prensibinin korunduğu alacağın temliki açısından bu durumun söz konusu olmayacağı kabul edilir⁶¹⁰. Hatta kimi yazarlara belirtildiği üzere borcun ibrası gibi durumlarda da sebepsiz zenginleşme isteminin konusunu oluşturabilir⁶¹¹. Kısacası , *Serozan*’ın da bahsettiği üzere ortada “bir karşı işlem (*actus contrarius*)” söz konusu olacaktır⁶¹².

Zenginleşmenin konusunun para olması durumunda, istem aynen istem olarak kabul edilemeyecektir. Zira para misli mal olarak niteliği gereği sebepsiz zenginleşme borçlusunun malvarlığına karışacaktır ve ortada “aynen” iadeden bahsedilemeyecektir⁶¹³. Aslında burada teknik olarak misli mal olan para eğer alaninkilerle karışmamışsa; istem, sebebe bağıllık durumunda istihkak, sebebe soyutluğun kabulünde sebepsiz zenginleşme istemli olacaktır. Eğer karışmış ise ortada sebepsiz zenginleşme söz konusu olacak fakat paranın misli olması sebebiyle aynen iadeden bahsedilemez. Böylece, ortada değer üzerinden bir iade söz konusu olacaktır⁶¹⁴. Bu ifadelerimizden ve gerekçelerimizden de anlaşılacağı üzere, aynen iade borcu kavramından cins ve miktar itibarıyla aynının iadesi olarak kabul edilen görüşe⁶¹⁵ katılmıyoruz. Zira bu görüşün kabulü adaletsiz çözümlere gebedir ve

⁶⁰⁹ bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 880; Thomas Probst/Ernst A. Kramer, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Schultess Juristische Medien AG, Zurich, 2003, s. 513.

⁶¹⁰ bkz. Hahn, **a.g.e.** 1378, Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 58.9; Schwander, **a.g.e.** (Art.64), s.341.

⁶¹¹ Bkz. Althammer, **a.g.e.**, s.424; Bucher, **a.g.e.**, 687; Eren, **a.g.e.**, s. 882; ayrıca bkz. Serozan , **a.g.e.**, s. 866.

⁶¹² Serozan , **a.g.e.**, s. 866.

⁶¹³ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 882; Bkz. Schwander, **a.g.e.** (Art.64),, 341-342 : Alman hukukunda da hakim görüş bu yöndedir. (bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 252(dipnot 2018)).

⁶¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 882: Alman doktrininde de hakim görüş bu yöndedir. Alman hukukunda aynen istemi düzenleyen § 818 I yerine parasal değer iadesini düzenleyen § 818 II BGB hükmü uygulama alanı bulur. (bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 252.).

⁶¹⁵ Görüş için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 535.

çelişkili sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki bu görüş kabul edilirse iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin zenginleşmenin elden çıkartıldığı savunması daralacak ve çoğu halde ileri sürülemez olacaktır. Örneğin iyi niyetli sebepsiz zenginleşen zenginleşme konusu odunların çalınması durumunda somut bir yarar elde etmediği için iade ile yükümlü tutulamaz ve zenginleşmenin eksildiği savunmasına dayanabilecekken; aynen iadede malın cins ve miktar ile aynının anlaşılması görüşünde ise iyi niyetli zenginleşeni yanan odunların aynı ile iade yükümlü tutma gibi tutarsız bir sonuca varılacaktır. Bu bakımdan bu görüşe katılmamaktayız ve “aynen iade” sebepsiz zenginleşme konusu olarak elde edilenin aynen iadesidir. Aslında, sebepsiz zenginleşmenin konusunun yabancı para olması durumunda iadenin de yabancı para olması için ileri sürülen bu gerekçeyi kabul etmemekteyiz. Sebepsiz zenginleşme konusunun yabancı para olması durumunu ayrıca ele almış bulunmaktayız⁶¹⁶.

Ayrıca “kaydi para” olarak banka hesabı kanalıyla havale durumunda da aynen iadede bahsedilemeyecektir. Zira aşağıda açıkladığımız üzere⁶¹⁷, banka havalesi sonucunda havale alıcısı kendi bankasına karşı alacak hakkı sahip olacağından ve bunun malvarlığına karışmış olacağından, tıpkı para gibi sebepsiz zenginleşme borçlusunun bunu aynen iadesini talep etmesi mümkün olmamaktadır. Aksinin kabulü durumunda, sebepsiz zenginleşme alacaklısının bankaya karşı talepte bulunması gibi tutarız bir çözüm ortaya çıkacaktır.

Altın ve gümüş gibi değerli madenlerin de aynen iadesi gerekmekte midir? Yargıtay, “nitelikleri gereği piyasadan aynen temin edilebilecek misli eşyalar” olduğu gerekçesiyle, aynen iadesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir⁶¹⁸. Fakat

⁶¹⁶ Bkz. Birinci Bölüm Başlık no. 7.2.3.3.

⁶¹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.

⁶¹⁸ **Yargıtay 3. HD. 03.03.2020 T. 2019/5498 E. 2020/1944 K.** Söz konusu kararda, altın borcuna ilişkin olarak aynen iadeye ve bunun mümkün olmaması halinde “karar” tarihindeki değeri ile iadesine karar verilmesine karar vermiştir. Burada dikkat edilirse, dava tarihi yerine karar tarihine göre değerinin iadesine hükmedilmesi dikkat çekicidir. Aşağıda parasal değer in iadesinde zenginleşmenin hesaplanacağı tarih açısından bu hususu ayrıca ele almaktayız. (Bkz. Birinci Bölüm Başlık No 7.2.3) ayrıca altın borçları açısından bkz. **YİBK 19.02.1947 T. 1946/5E. , 1947/K.**

bizim görüşümüze göre, bunlar da tıpkı para gibi, borçlunun elinde aynen tutulduğu ispat edilemezse, aynen iadeye konu edilemezler. Zira tıpkı para gibi değerli madenler de tedavül yeteneğine sahiptirler.

7.2.2 Elde Edilen Yararlar ve Kaim Değer

Sebepsiz zenginleşmenin konusuna sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin yanında, zenginleşme konusu şeyden elde edilen yararlar da girer⁶¹⁹. Hatta sebepsiz zenginleşmeye konu olan şeyin iadesi mümkün değilse bile, aradan geçen zaman zarfında sebepsiz zenginleşme borçlusuna bir yarar sağlamışsa (en tipik örnek olarak elde edilen benzinin kullanılması gibi) söz konusu yarar da bir zenginleşme arz eder⁶²⁰. Doktrinde bu hususun aslında işin doğası gereği olduğu, sebepsiz zenginleşenin eğer zenginleşme konusu şeyi elde etmiş olmasaydı o şeyi para karşılığı temin etmesi gerekeceğinden bu durumun masraflardan kurtulma sebebiyle zenginleşme teşkil edeceği gerekçesiyle haklı biçimde ortaya konmaktadır⁶²¹. Sebepsiz zenginleşmeye konu para ile faiz elde edilmesi de bu durumun tipik örneğidir⁶²². Bir başka örnek de geçersiz bir satış sözleşmesine konu aracın iadesiyle birlikte sebepsiz zenginleşme alacaklısının aracın kullanılması sebebiyle elde edilen yararı da talep edebileceğidir⁶²³.

Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da, sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin salt olarak elden çıkarılması ya da tüketilmesi teknik olarak elde edilen yarar

⁶¹⁹ Hahn, **a.g.e.**, 1379.

⁶²⁰ Öz, **a.g.e.**, 382.

⁶²¹ Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, 382.

⁶²² Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1379. BGE 116 II 689 BGE 84 II 179, [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 29.03.2020; Alexander Bläser, **Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht**, St. Galler , 2011 ,s. 128. Kaim değer ile elde edilen faizin de bu kapsama girmesi gerekmektedir. (aynı doğrultuda bkz. Schwab, **a.g.e.(§818)**, Rn. 45.

⁶²³ Althammer, **a.g.e.**, 253.

olarak ele alınamaz⁶²⁴. Bu durumda geri verme borcunun konusu açısından bakılması gereken iki husus vardır: 1) Ortada ikame değerin olup olmadığı, 2) sebepsiz zenginleşme konusu olan şeyin elden çıkartılması ya da tüketilmesine kadar elde edilen bir yararın söz konusu olup olmadığı. Örneğin sebepsiz zenginleşmeye konu aracı sebepsiz zenginleşme borçlusuna kişinin aracı bir yıl süre ile kullandıktan sonra, kaza sonucu “perte çıkan” araca karşılık olarak sigorta tazminatı bedeli elde etmesi durumunda, sebepsiz zenginleşmenin konusunu aracını bir yıllık kullanım bedeli ile ikame değer oluşturan sigorta tazminatı birlikte oluşturacaktır.

Elde edilen yararların tespitinde dikkat edilmesi gereken çok önemli bir husus da, gerçekte –fiili olarak- elde edilen yararların bu kapsama girdiğidir⁶²⁵. Buna karşılık, elden kaçırılan veya elde edilemeyen yararlar sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade kapsamına girmez⁶²⁶. Ayrıca, elde edilen yararın doğrudan veya dolaylı olup olmadığı önem arz etmez⁶²⁷. Sebepsiz zenginleşmenin kişisel çabası ya da onun marifeti ile özel olarak elde ettiği yararlar ise sebepsiz zenginleşme istemine konu olamaz⁶²⁸. Bunlar şartları varsa, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilir.

Bizim katıldığımız görüşe göre, fakirleşme sebepsiz zenginleşmenin bir şartı olmadığından ötürü; sebepsiz zenginleşme borçlusunun masraftan kurtulma şeklinde gerçekleşen zenginleşmeleri de elde edilen yarar kapsamına girer. Buna mukabil fakirleşme şartı sebepsiz zenginleşmenin şartı kabul edilirse, bu husus mümkün

⁶²⁴ Althammer, **a.g.e.**, 253.

⁶²⁵ Looschelders, s. 421: bkz. Blaese, **a.g.e.**, s. 128; Bucher, **a.g.e.**, s. 692. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de faiz açısından aynı şekilde kararları mevcuttur. **BGE 84 II 179** [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 29.03.2020, **BGE 80 II 152**, <https://www.bger.ch/> 29.03.2020, Alman Federal Mahkemesi kararları da bu yöndedir. BGH, Urteil vom 15. 2. 2000 - XI ZR 76/99 (KG), [beck-online.beck.de](https://www.beck-online.beck.de) (çevirimiçi) 24 Mart 2020.

Ayrıca Bkz. Sprau, **a.g.e. (818)**, s. 1190 (Rn. 10)

⁶²⁶ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 111; Hahn, **a.g.e.**, s. 1379.

⁶²⁷ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 871.

⁶²⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 384; Schluep, **a.g.e.**, s. 205-206; Hahn, **a.g.e.**, s. 1379; Serozan, **a.g.e.**, s. 868.

değildir⁶²⁹. Yalnız bu hallerde elde edilen yararın parasal değerinin tespiti objektif piyasa değerine göre yapılması gerekir⁶³⁰.

Elde edilen değer kural olarak aynen iadesi gerekir. Bunun da en tipik örneği sebepsiz zenginleşmeye konu hayvanın yavrusunun da iadesinin gerektiğidir. Yalnız yukarıda ifade ettiğimiz üzere, elde edilen yarar aynen iade edilebilecek nitelikte değilse, onun objektif piyasa değerinin iadesi gerekmektedir.

Kaim değer (*Surrogate- commodum ex re*) ise, sebepsiz zenginleşme konusu şeyin artık iadesinin mümkün olmadığı durumda gündeme gelebilir. Bir başka ifade ile, kimi hallerde asıl kural olan -aynen iade- mümkün olmamaktadır. Aynen iadeye konu şeyin geri verme anında tüketilmiş olması, yok olması ya da iyi niyetli üçüncü kişiye devri durumunda üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması sebebiyle malik olduğu ve böylece iadenin mümkün olmadığı haller, bu durumlara örnek olarak verilebilir⁶³¹. İşte bu ve benzeri hallerde sigorta bedeli, malın hasarı gibi durumlarda elde edilen haksız fiil tazminatı, zenginleşme konusu şeyin tüketilmesi ya da kullanılmasıyla sağlanan tasarruflar bu bu kapsama girer⁶³².

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebine ilişkin olan kaim değer açısından haksız fiil tazminatı ile sözleşmesel tazminatı bize göre ayrı tutmak gerekir. Zira sözleşmesel tazminatta elde edilen alacak hakkı hukuki işleme dayalı bir kaim değer (*commodum ex negotiatione*) kapsamına girer⁶³³ ve alt paragrafta belirttiğimiz üzere subjektif zenginleşmeye dayalı istem sebepsiz zenginleşme borçlusuna

⁶²⁹ Karş. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 384.

⁶³⁰ Althammer, **a.g.e.**, s. 253; Alman Hukukunda da § 818 I'den dolayı elde edilen değer iadesi kabul edilmişken; bunun niteliği gereği aynen iadesi mümkün olmadığından dolayı § 818 II uyarınca objektif piyasa değerinin verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

⁶³¹ Eren, **a.g.e.**, s. 883.

⁶³² Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 883; von Tuhr/Peter, **a.g.e.** s. 503; bkz. Schwab, **a.g.e.** (§818), Rn. 45.

⁶³³ Bkz. Schwab, **a.g.e.** (§818), Rn. 47 ve 48.

yükletilemez. Olsa olsa bu bedel, eğer şartları varsa vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilir; sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebe konu olamaz.

Sebepsiz zenginleşenin zenginleşme konusu şeyi üçüncü kişiye devri karşılığında aldığı bedelin –sebepsiz zenginleşme konusu şeyin objektif değerini aşması durumunda- tamamının ikame değer olarak istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Almanya’da doktrindeki mevcut hakim görüş iadenin kapsamının sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin piyasa değeri ile sınırlı olduğudur⁶³⁴. İsviçre-Türk doktrininde ise, kimi yazarlarca da bu görüş kabul edilmektedir⁶³⁵. Fakat sübjektif zenginleşme teşkil eden ve objektif değerden fazla olan bedelin tamamının sebepsiz zenginleşme talebine konu olduğunu kabul edenler azımsanmayacak kadar Türk doktrininde mevcuttur⁶³⁶. Ayrıca, belirtmeliyiz ki Alman doktrininde hakim görüşe göre §818 I BGB’den doğan kaim değerden (*commodum ex re*) ziyade ortada §818 II BGB’den doğan objektif parasal değer talebi olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, şeyin piyasa değeri üzerinde satıldığı durumlarda, ancak şartların oluşması durumunda vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talepte bulunulabilecektir ⁶³⁷ . Biz de bu görüşlere katılmaktayız. Zira sebepsiz zenginleşmeye dayalı tasfiyenin amacı ve tarihsel süreçte ortaya çıkışındaki rolü, tarafları bir anlamda –mümkün olduğu ölçüde- önceki durumlarına geri getirmektir. Bu bakımdan “kusur” şartına yer verilmeyen bir borç kaynağı olan sebepsiz zenginleşmede de, objektif zenginleşmenin üstündeki sübjektif zenginleşme

⁶³⁴ Bkz. Schwab, **a.g.e.(§818)**, Rn. 47; Larenz/Canaris, **a.g.e.**, 127-128; Althammer, **a.g.e.** , s. 254; BGH, Urteil vom 10. 2. 2004 - X ZR 117/02 (OLG Hamm)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019; İsviçre Federal Mahkemesi

⁶³⁵ Hahn, **a.g.e.**, s. 1379; Serozan, **a.g.e.**, s. 866vd. ;Schwenzer, **a.g.e.**, Rn.58.05; Bettine Lienhard, **Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten: Familien - und erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda**, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2017, s. 287-288; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 998.

⁶³⁶ Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 529, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 383; Zevkliler, **a.g.e.**, s. 136; Bozer, **a.g.e.**, s. 151; Kayar, **a.g.e.**, s.130; Aydın/Remzi, **a.g.e.**, s. 482; Ataay, **a.g.e.**, s. 395, Hatemi, **a.g.e.**, s. 209; Antalya, **a.g.e.**, s. 597.

⁶³⁷ İsviçre doktrini açısından bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1379.

borçlunun sırtına yüklenemez. Bununla birlikte, aşağıda –bir alttaki başlıkta- ele alacağımız üzere, sübjektif zenginleşmenin hiç olmadığı durumlarda; sebepsiz zenginleşme istemine yer verilip verilmeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur.

Sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin ivazsız olarak devredilmiş olması durumunda sebepsiz zenginleşene karşı ortada bir ikame değer olmadığı için bir istem yöneltilememekte birlikte, aşağıda ifade ettiğimiz üzere bizim görüşümüze üçüncü kişiye karşı edim dışı sebepsiz zenginleşmeden ötürü istemde bulunulabilecektir. Aşağıda bu hususu ayrıntılı olarak ele aldığımız için burada tekrar ele almayacağız⁶³⁸.

Bununla birlikte, ivazlı olmakla beraber sebepsiz zenginleşen zenginleşme konusu şeyi iyi niyetli üçüncü kişiye devrederek ondan alacak hakkı elde etmişse, doktrinde sebepsiz zenginleşme alacaklısının bu alacağın kendisine devredilmesini isteyebileceği kaleme alınmıştır⁶³⁹. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira, öncelikle bu çözüm uygulama alanı bulmaktan uzak olduğu gibi, bu çözümün pratikte de bir yararı olmayacaktır. Eğer sebepsiz zenginleşme borçlusu alacağını temlik etmeyi kabul ederse, zaten ortada iradi bir alacağın temliki olacaktır. Buna karşılık sebepsiz zenginleşme borçlusunun alacağını temlik etmesinden imtina etmesi durumunda, iyi niyetli üçüncü kişiye karşı istemde bulunulamaz. Zira üçüncü kişi kendi bakış açısına göre sözleşmeye bağlı olarak edimini yerine getireceği taraf olarak sebepsiz zenginleşme borçlusunu seçmiş olacaktır ve bu kişi sebepsiz zenginleşme alacaklısı ile sebepsiz zenginleşme borçlusu arasındaki iç ilişkiye dâhil edilemez. Bir başka ifade ile tarafı olmadığı hukuki ilişkinin rizikosu ile karşı karşıya bırakılamaz. Örneğin, üçüncü kişi kendisine karşı dava açıldığı zaman sebepsiz zenginleşme alacaklısı ile sebepsiz zenginleşme borçlusunun arasındaki iç ilişkiyi ve doğal olarak kimin hak sahibi olduğunu bilebilecek durumda olamaz.

⁶³⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

⁶³⁹ Bkz. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 152.

Bu başlık altında ayrıca, kaim değerden elde edilen yararların da iade kapsamına girebileceğini belirtmemiz gerekir. Kaim değerden elde edilen yararların iade kapsamına girmesi için, yukarıda ele aldığımız elde edilen yararların iadesi şartlarının vuk'u bulması gerekecektir⁶⁴⁰.

7.2.3 Tali Yol: Parasal Değerin İstemi(Değerin İadesi)

7.2.3.1 Genel Bilgi

Türk-İsviçre sisteminden farklı olarak Alman hukukunda daha somut bir düzenlemeye yer verildiğini görmekteyiz. §818 II BGB hükmünde açıkça aynen iadenin ya da kaim değer iadesinin mümkün olmadığı durumlarda, değerini ikame etmenin şart olduğu ifade edilmiştir. Buna mukabil, tıpkı mehz kanun OR'de olduğu gibi TBK'da da açık bir hükme yer verilmemiştir. Salt olarak “zenginleşmenin iadesi” kavramıyla kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde yetinilmiştir. Fakat bu durum, bu olasılıkta sebepsiz zenginleşme isteminin sona ereceği anlamına işin doğası gereği gelmemektedir.

Yalnız yukarıda ifade ettiğimiz üzere Alman Medeni Kanunu somut bir düzenleme ile sistematik olarak bu hususa açıklık getirmiştir. Alman kanun koyucusu iki hali açıkça belirtmiştir. İlk olarak “... *wegen der Beschaffenheit des Erlangten*” (elde edilenin niteliğinden ötürü) ibaresi ile hizmet edimleri ya da kullanım kazançları gibi durumlarda, bunların niteliği gibi aynen iade yerine parasal değer karşılığı (*Wertersatz*) söz konusu olacaktır⁶⁴¹. İkinci olarak da diğer sebeplerden ötürü sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin elde eden tarafından (sebepsiz zenginleşme borçlusunun) iadesinin mümkün olmadığı haller olarak belirtilmiştir. Alman kanun koyucu daha somut bir düzenlemeye yer vermiş olsa da, daha soyut olarak

⁶⁴⁰ Bkz. Sprau, **a.g.e.**, s.

⁶⁴¹ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 425 (Rn. 1169)

düzenlenen TBK ve OR’de sebepsiz zenginleşme istemleri içinden de aynı hususlar geçerlidir.

7.2.3.2 Objektif Piyasa Değerinin Esas Alınması

Peki parasal değer karşılığının tespiti nasıl yapılacaktır? Burada bizimde katıldığımız görüş objektif piyasa değerinin göz önüne alınması gerektiğidir⁶⁴². Bu çözüm ve görüşün pratikteki önemini vurgulamak adına Serozan tarafından verilen şu örneği burada tekrar edebiliriz:

*Sebepsiz zenginleşmeye konu olan ve piyasa değeri 100 lira olan şeyin 50 TL karşılığı iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, iadenin konusu tekrar yine objektif piyasa değeri olan 100-TL olacaktır*⁶⁴³.

Yalnız burada tekrar belirtmemiz gerekir ki; iade borcunun kapsamının tespitinde aşağıda ele aldığımız üzere iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamı ayrı bir husustur.

“Objektif piyasa değeri” hangi zamana göre ele alınacak, hangi ana göre hesaplanacaktır? Bu hususa göre doktrinde fikir birliği yoktur. Bu husus hem Alman hem de Türk-İsviçre doktrini açısından tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zenginleşmenin gerçekleştiği an –sebepsiz zenginleşme alacağının doğduğu an- esas alınmalıdır⁶⁴⁴. Diğer görüş ise, istem tarihindeki objektif piyasa değeri dikkate alınmalıdır⁶⁴⁵. Türk doktrininde hakim görüş, iade talebinin istendiği anın esas

⁶⁴² Serozan, **a.g.e.**, 867 ; Medicus/Lorenz,**a.g.e.**, s. 425; Hahn, **a.g.e.**, 1379; Sprau, **a.g.e.**, 1190; Looschelders, **a.g.e.**, 422; Atthammer, **a.g.e.**, 255, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, 382; İsviçre Federal Mahkemesi’nin de görüşü aynı şekildedir. (bkz. Hahn,**a.g.e.**, s. 1379’da yer alan kararlar.)

⁶⁴³ Serozan,**a.g.e.**, s. 869

⁶⁴⁴ Bkz. Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 508; Alman Hukuku’nda hakim görüş alacak hakkının doğduğu anın dikkate alınmasıdır. (bkz. Schwab, **a.g.e.**(§818), Rn. 118.

⁶⁴⁵ Öz, **a.g.e.**, s. 173; Eren, **a.g.e.**, s. 885; Serozan,**a.g.e.**, s. 888; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 533; Turgut Uygur, **Broçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Cilt 3 ,İstanbul, 2010, s. 2842.

alınmasıdır⁶⁴⁶ ve aynı şekilde Yargıtay uygulaması da bu yönde olmakla birlikte, kimi hallerde “karar tarihini” ön gören görüş de söz konusudur⁶⁴⁷.

Yargıtay kararları, “denkleştirici adalet” ilkesinin her zaman göz önünde bulundurulması gerektiğinden yola çıkarak Türkiye’nin bir gerçeği olarak yüksek enflasyondan dolayı Türk Lirası’ndaki değer kaybı sebebiyle çoğunlukla geçersiz satış sözleşmelerinde alıcının zarara uğramaması sebebiyle, iadeye konu paranın dava tarihi itibari ile ulaştığı değer hesaplanmasının gerektiği yönündedir⁶⁴⁸.

Bu konudaki görüşümüzü belirtmeden evvel söz konusu hususu örneklendirmek daha yerinde olacaktır:

(A), tedarikçi (B)’den karışıklık sonucunda 1 Şubat tarihinde sebepsiz olarak elde ettiği 100lt. benzini, 10 Şubat tarihinde tüketiyor; akabinde ise 20 Şubat tarihinde ise (B) (A)’dan talepte bulunuyor. Benzindeki ani değer artışı sebebiyle 01 Şubat’ta tarihinde (zenginleşme tarihi) 5TL olan benzinin litresi 10 Şubat’ta (elden çıkarılma tarihi) 6-TL , 20 Şubat’ta ise (iadenin talep edildiği tarih) 7-TL oluyor.

⁶⁴⁶ Bkz. bir yukarıdaki dipnot

⁶⁴⁷ Yargıtay 3. HD. 03.03.2020 T. 2019/5498 E. 2020/1944 K. (söz konusu kararda karar tarihindeki değer kistas alındığı görüşü benimsenmiştir. Söz konusu karar sebepsiz zenginleşme konusunu bir miktar altının olduğuna , bu bakımdan aynen iadeye ve aynen iade mümkün değilse karar tarihindeki değerinin para olarak verilmesine hükmedilmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, söz konusu olayda karşı edim konusu olarak belirlenen bir miktar “altın”ın tıpkı parada olduğu gibi aynen iadesi mümkün değildir.)

⁶⁴⁸ Yargıtay HGK , 06.06.2001, 2000/13-477 E. , 2001/473 K. ;Yargıtay HGK , 07.02.2001, 2000/13-1729 E. , 2001/32 K. ; Yargıtay 3. HD. 02.06.2015 T., 2014/16637 E. , 2015/10064 K. ; Yargıtay 3. HD. 17.09.2018 T., 2016/20984 E. , 2018/8571 K. “denkleştirme hesabı yapılırken enflasyon, döviz kurlarındaki artış, ÜFE, memur maaş artışı, altın fiyatlarındaki artış v.s gibi ekonomik etkenlerin ortalamasının alınarak ödenen paranın ulaştığı değer hesaplanması gerekir.” Görüleceği üzere Yargıtay ülkemizdeki TL’deki değer kaybı sebebiyle denkleştirici adalet ilkesi gereği söz konusu formülü geliştirmiştir.

Görüleceği üzere, söz konusu örnekte aynen iade mümkün olmadığı için objektif piyasa değeri göz önünde alınmalıdır. Fakat,benzinin objektif piyasa değeri her üç zaman noktası açısından farklılık göstermektedir. Zenginleşen (A) iyi niyetli olarak 10 Şubat'ta objektif piyasa değeri 6-TL/litre olan kullanıp tükettiği benzine ilişkin olarak iade talebi tarihindeki (20 Şubat) objektif piyasa değeri (7TL/litre) üzerinden sorumlu tutulması; onu eğer zenginleşme gerçekleşmemiş olsaydı bulunacağı halinden daha kötü pozisyona sokacaktır. Zira (A), 10 Şubat tarihinde tüketmiş olduğu benzini, zenginleşme gerçekleşmemiş olsaydı o tarihteki piyasa değerinden temin etmiş olacaktı. Buna mukabil, zenginleşme tarihi esas alınırsa (5 TL/litre) bu durum, sebepsiz zenginleşme alacaklısı (B)'yi daha kötü bir pozisyona sokacaktır. Zira (B) sebepsiz zenginleşme gerçekleşmemiş olsaydı; başlangıçta zenginleşme konusu olan fakat zenginleşmenin tüketmesi sebebiyle aynen iadenin mümkün olmadığı benzini ya ileri tarihte kullanabilecek ya da başka bir tasarrufta bulunabilecekti. Bu örnekte, görüleceği üzere, objektif piyasa değerinin sebepsiz zenginleşen borçlusunun elden çıkarma tarihinin esas alınarak dikkate alınması (10 Şubat tarihindeki objektif piyasa değeri olan 6TL /Litre), taraf menfaatleri de gözetildiğinde hakkaniyetli olacaktır. Bununla birlikte, taraflar arasında geçersiz bir satış sözleşmesi olsaydı zenginleşmenin gerçekleştiği anın esas alınması daha isabetli olacaktır. Söz konusu örnekte (A) ile (B)'nin arasında geçersiz bir sözleşme olsaydı, tarafların sebepsiz zenginleşme gerçekleşmemiş olması halindeki durumları zenginleşmenin gerçekleştiği ana daha uygun düşebilir. Örneğin, geçersiz bir hizmet sözleşmesinde hizmetin alındığı tarihin esas alınması hakkaniyete uygun düşecektir. Zira, geçersiz sözleşmeye binaen hizmet alan kişi, aynı tarihte üçüncü bir kişiden sözleşme konusu hizmeti alabilecektir; daha sonrasında değil...Yukarıda belirtildiği üzere paranın aynen iadesi mümkün olmadığından ötürü, zenginleşmenin konusu bir miktar para olduğu hallerde iadenin konusu yine objektif piyasa değeri olacağından ötürü Yargıtay'ın uygulamasında olduğu üzere "iadenin talep edildiği tarih"ın esas alınması Türk lirasındaki değer kaybının yüksek olduğu da dikkate alındığında-hakkaniyete uygun olacaktır. Kısacası, iadenin konusu parasal değer olduğunda,

objektif piyasa değerinin tayininin esas alınacağı tarih hakkaniyet ve taraf menfaatlerinin dengesi gözetilerek somut olaya göre tespit edilmelidir⁶⁴⁹.

Alman doktrininde reşit olmayan ve ehliyet alması mümkün olmayan birinin direksiyon dersi alması örneği verilerek; burada dersin alışılmış bedelinin mi zenginleşmeye konu olduğu, yoksa sübjektif yararın (zenginleşmenin mi hesaba katılacağı) zenginleşmenin konusu olduğu hususu ele alınmıştır⁶⁵⁰. Bir başka ifade ile sübjektif yararın dikkate alınmasının gerektiğini ileri süren görüşe göre, sözleşmenin batıl olmasına sebebiyet veren hükümlerin koruma amacının objektif piyasa değerinin istenmesi ile delinebileceğini ileri sürülmüştür⁶⁵¹. Buna karşılık ise sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade isteminin konusunun bu tarzda sübjektif zenginleşmeye indirgenmesinin belirsizliklere yol açacağı ve iyi niyetli zenginleşenin zenginleşmenin kapsamını belirleyen – zenginleşmenin elinden çıkması savunmasını- öngören §818 III BGB kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürülmüştür⁶⁵². Ayrıca, İsviçre doktrininde ve yargısında da bu görüş kabul görmektedir⁶⁵³. Gerçekten de bu görüş tutarlı olup; sebepsiz zenginleşmenin konusunun, zenginleşenin iyi niyetli olup olmadığı ele alınmadan konusunun salt sübjektif zenginleşmeye indirgenmesi kabul edilemez. Ayrıca, zenginleşmeye konu hizmet tarzındaki edimlerde de, bunun sebepsiz zenginleşen açısından bir değer atfedip etmeyeceğinin tespiti pratikte birçok tutarsızlıklar doğurmaya gebedir⁶⁵⁴.

⁶⁴⁹ Alman Hukukunda hakim görüş, zenginleşmenin gerçekleştiği anın esas alınması dikkate alınmakla birlikte; yabancı bir taşınmaza yapılan inşaat örneklerinde olduğu gibi , inşaatın tamamlanma tarihinin esas alınması ve diğer görüşler hakkında bkz. Schwab, **a.g.e.(§818)**, Rn. 121 vd.

⁶⁵⁰ Medicus/Lorenz,**a.g.e.**, s. 425.

⁶⁵¹bkz. Hans-Georg Koppensteiner, **Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes**, NJW, München, 1971, s. 1769 vd. www.juris.de (çevirimiçi) 19 Haziran 2020. Ayrıca görüş ile ilgili yorumlar için bkz. Medicus/Lorenz,**a.g.e.**, s. 425.

⁶⁵² Bkz. Karl Larenz, **“Zur Bedeutung des ‘Wertersatzes’ im Bereicherungsrecht”**, Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1978, s. 216 vd.

⁶⁵³ Bkz. Hahn,**a.g.e.**,s. 1379.

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. Medicus/Lorenz,**a.g.e.**, s. 425, 426.

7.2.3.3 Sebepsiz Zenginleşme Konusunun Zaten Para Olduğu Durumlar

Sebepsiz zenginleşmenin konusunun bir miktar para olması durumunda, iadenin konusunun aynen iade olamayacağını yukarıda belirtmiştik. Tekrar etmemiz gerekir ki; para misli mal olarak niteliği gereği sebepsiz zenginleşme borçlusunun malvarlığına karışacaktır ve ortada “aynen” iadedden bahsedilemeyecektir⁶⁵⁵.

Sebepsiz zenginleşme konusu paranın yabancı para borcu olması durumunda, istemin de yabancı para üzerinden istenebilecek midir? Buna ilişkin olarak bir görüşe göre eğer zenginleşme yabancı para ile gerçekleşmiş ise istemde yabancı para ile ileri sürülebilecektir⁶⁵⁶.TBK m. 99/3⁶⁵⁷ hükmünü kaynak alan bu görüşün gerekçesi ise, sebepsiz zenginleşenin Türk lirasındaki değer kaybı sebebeyle avantajlı duruma geçebileceğinin haksız durumlara sebebiyet verebileceği; sebepsiz zenginleşmede aynen iade borcunun malın aynının iadesinden ziyade, cins ile miktar itibarıyla zenginleşmeye konu şeyin aynının iadesi olduğudur⁶⁵⁸.Bu görüşte yer alan malın aynından ziyade cins ve miktar ile aynının iadesinin anlaşılması gerektiği şeklindeki görüşe katılmadığımızı, yukarıda gerekçeleri ile ele almıştık. Hemen eklememiz gerekir ki, Yargıtay birçok kararında yabancı paranın iadesini mümkün görmektedir ve bilhassa yeni kararlarında TBK m. 99/3⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 882; Bkz. Schwander,**a.g.e.** (Art.64),, 341-342 :

⁶⁵⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**,s. 534.

⁶⁵⁷ “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.”

⁶⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**,s. 534-535.

⁶⁵⁹ “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.”

hükümünü uygulamaktadır⁶⁶⁰. Bu durumda da faiz “3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesi gereğince vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar devlet bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre”⁶⁶¹ belirlenmektedir. Buna karşılık ise, diğer görüş sebepsiz zenginleşmenin bir

⁶⁶⁰ Bkz. Yarg. HGK 09.10.2002, 2002/10-779 E. , 2002/779K.Yarg. 13. HD. 2019/2436 E. / 2019/8546 K. TBK'nın 99/3 (BK'nın 83/3) maddesi gereğince; "Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir." hükmü getirilmiştir..Somut olayda; mahkemece, "5.440,00-USD (dava tarihindeki TL karşılığı 9.900,25-TL)'nin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine," karar verilerek dava konusu alacağa hangi kurun uygulanacağı hususunda infazda tereddüt yaratılmıştır. Mahkemece davacının talebi doğrultusunda, hüküm sadece yabancı para cinsinden kurularak, Türk Lirası karşılığı belirtilmemesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, sadece tenkitle yetinilmiş, bozma nedeni yapılmamıştır.

Yargıtay 3. HD. 22.05.2018, 2016/15234 E. , 2018/5570 K.Türk Borçlar Kanunu'nun 99/3.maddesinde; ...fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebileceği düzenlenmiştir... denilmiştir.Bu bilgiler ışığında somut olay irdelendiğinde; davacı dava dilekçesinde davalıya ödenen 530.00 USD'nin ödeme günündeki TL karşılığını faizi ile talep etmiştir. Mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler dikkate alınarak sonucu dairesinde hüküm tesisi gerekirken dava dilekçesinde harca esas olarak gösterilen miktar üzerinden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

Yargıtay 11. HD. 08.06.2020, 2019/4294 E. , 2020/2692 K. “Davacı ... 107.126 USD'nin tahsilini talep etmiş, 29.12.2017 tarihli ıslah dilekçesi ile, bu kerre, 107.126,00 USD'nin fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden tahsilini istemiştir. Dairemiz uygulamasına göre, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade davalarında, zenginleşmenin yabancı para cinsinden gerçekleşmesi halinde, iade isteminin de yabancı para cinsinden talep edilmesi mümkündür. Dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde 107.126 USD'nin tahsili istendiğine ve vade yahut ödeme günündeki kur üzerinden tahsil talep edilmediğine göre, davacının seçimlik hakkını bu paranın "aynen ödenmesi" biçiminde kullandığı kuşkusuzdur. yabancı para alacağının aynen tahsiline hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, temerrüt tarihinden itibaren işleyecek yasal faizin cinsinin de belirtilmeyerek ilamın icrasında duraksamaya yol açılması isabetli olmamıştır.”

Ayrıca benzer kararlar için bkz.Yarg. 3. Hd. 19.02.2015T. 2014/21108 E. ,2015/2595 K. ; Yarg. 3. Hd. 24.06.2014T. 2014/4569 E. ,2014/10225 K.

⁶⁶¹Yargıtay 3. HD. 22.05.2018, 2016/15234 E. , 2018/5570 K.; HGK'nın 2012/12-1072 E.-2013/496 K. sayılı kararı

yasal borç olmasından dolayı verilecek hükmün ancak Türk Lirası üzerinden olması gerektiğidir⁶⁶². TBK m. 99/1 ve 99/2'ye denk gelen ve iki fıkradan meydana gelen OR m. 84'de TBK m. 99/3 hükmüne denk bir hüküm bulunmamakta olup; İsviçre doktrininde yabancı paranın elde edildiği andaki rayiç bedelinin karşılığı olan ülke parası sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturmakta olduğu belirtilmektedir⁶⁶³. Dikkat edilirse, yabancı paranın aynen iade kapsamında olduğu görüşü İsviçre'de kabul edilmemektedir. Bizim görüşümüz ise, yabancı para borcunda iade konusunun aynen iade şeklinde olmayıp objektif değerın iadesi kapsamında olmakla beraber, TBK m. 99/3'ün ancak kıyasen uygulanması ile sebepsiz zenginleşmeye konu yabancı paranın iadesinin talebi mümkün olabilecektir. Şöyle ki: TBK m. 99/3 hükmü açıkça lafzından da anlaşılacağı üzere salt sözleşmesel borç ilişkilerine özgü bir hükümdür. Fıkra metninde açıkça yer alan “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça...” ibarelerinden bu husus anlaşılmaktadır. Fakat bu hükmün asıl amacı ve 818 sayılı EBK'nde eski halinde (m. 83/3)⁶⁶⁴ sonradan eklenen bir metin olduğu da dikkate alındığında, bu hüküm alacaklıyı borcunu vadesinde ödemeyen yabancı para borcunun borçlusuna karşı Türk Lirasındaki değer kaybından ötürü alacaklının korunması amacıyla getirilmiş bir hükümdür⁶⁶⁵. Bu bakımdan, sebepsiz

⁶⁶² Serozan, **a.g.e.**, s. 888.

⁶⁶³ Bkz. Mercier Gregor, “**OR 84**”, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2016, Marius Schraner, “**OR 84**”, Zürcher Kommentar, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2000 s.329 ; **BGE 49 II 287** , <https://www.servat.unibe.ch/> (**çevirimiçi**) 21 Mart 2019.

⁶⁶⁴ Söz konusu fıkra hükmü 14.11.1990 kabul t. 23.11.1990 yayın t. 3678 sayılı Kanun'un 29. Maddesi ile eklenmişti. Eski hüküm şu şekildeydi : “*Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir.*” Hükümün şimdiki halinde ise, “sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça” ibaresine yer verilerek sözleşme serbestisi vurgulanmıştır. Zira eski metin aynen ödeme gibi bir ibare olsun olmasın tüm yabancı para borçlarına ilişkin olarak alacaklıya bu hak verilmiş gibi bir izlenim yaratmaktaydı.

⁶⁶⁵ Hukukun, toplumsal ihtiyaçlara göre şekillendiğinin bir örneği olarak, TBK m. 99/3 hükmü örnek olarak verilebilir. Zira Türk Lirası'ndaki değer kaybından ötürü, tarafların menfaatinin korunması

zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde bu hükmün doğrudan değil, kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Böylece, yabancı paranın sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturduğu durumlarda iadenin de sebepsiz zenginleşme alacaklısı tarafından aynen veya vade ya da fiili ödeme günü üzerindeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesi istenebilecektir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmenin yasal bir borç kaynağı olduğu savıyla ancak ülke parası ile ödeneceği görüşüne de katılmamaktayız. Zira kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu görüş haksız fiil açısından kabul edilebilecekken; sebepsiz zenginleşme kurumunun amacı daha ağır basar. Daha evvel bahsettiğimiz üzere denkleştirici adaleti gerçekleştirme amacına uygun olarak iadeyi sağlamaya yönelik düzeltme olan⁶⁶⁶ sebepsiz zenginleşme, tarihsel süreçte sözleşme ve haksız fiil hukukunda yer alan eksiklikleri tamamlama amacıyla getirilmiş⁶⁶⁷ ve sözleşme ilişkisine ya da haksız fiile dayandırılmayan veya dayandırılması adaletsiz sonuçlar doğuracağı düşünülen hukuk ilişkileri açısından düzenlenen bir kurumdur. İşte bu bakımdan, sebepsiz zenginleşmenin temel amacının denkleştirici adaleti gerçekleştirme amacına uygun olarak iadeyi sağlamaya yönelik düzeltme olduğu aşıkardır⁶⁶⁸. Bu bakımdan da taraflar arasındaki tasfiye sebepsiz zenginleşme konusu yabancı para ise, TBK m. 99/3'ün kıyasen uygulanması ile alacaklı iadeyi yabancı para olarak isteyebilmelidir.

7.3.İadenin Kapsamı

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, TBK'da (tıpkı OR'de olduğu gibi) kanun koyucu tarafından iadenin kapsamı; sebepsiz zenginleşme borçlusunun iyi niyetli

amacıyla kanun koyucu tarafından bu yol izlenmiştir. Mehz kanunda ise İsviçre toplumunda bu tarz bir ihtiyaç olmamasından dolayı, bu şekilde bir hüküm yer almamaktadır.

⁶⁶⁶ bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.** , s.565 ;bkz. İlhan Ulsan, **İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, 1984, s.139; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 10.

⁶⁶⁷ Aynı yönde Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 307.

⁶⁶⁸ bkz. Gökhan Antalya, **a.g.e.** , s.565 ;bkz. İlhan Ulsan, **İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, 1984, s.139; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 10.

olup olmadığına göre tespit edilebilecektir. TBK m. 79/2’de açık bir şekilde, *“Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.”* şeklinde ifade edilerek bu husus vurgulanmıştır. TBK m. 80’de de zenginleşenin giderleri isteme hakkı bakımından da bu ayrım gözetilmiştir. Bu bakımdan da sistematik olarak, ilk olarak sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu durumlarda iadenin kapsamını ele aldıktan sonra, zenginleşenin kötü niyetli olması durumunda iadenin kapsamını ele alacağız.

7.3.1 İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşme Borçlusunun Borcunun Kapsamı

7.3.1.1.Zenginleşmenin Eksildiği (Düştüğü) Savunması

TBK m. 79/1 hükmü *“Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür.”* şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere, bu hükümde ele alındığı üzere, kanun koyucu kural olarak geri isteme sırasında sebepsiz zenginleşme borçlusunun elinden iade konusu şeyin çıkmış olması ve bunu ispat etmesi durumunda; ispat ettiği kısım dışındakini geri vermekle yükümlü olacağını belirtmiştir. TBK m. 79/2’de ise, zenginleşen zenginleşmeyi iyi niyetli olmaksızın elden çıkarma veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa TBK m. 79/1 hükmüne istisna getirildiği ifade edilmiştir. Burada her iki fıkranın birlikte yorumlanması ile TBK m. 79/2’ye dayanan savunmanın ileri sürülebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) Sebepsiz zenginleşen zenginleşme konusu şey(ler)i -zenginleşmeyi elden çıkarma anında- iyi niyetli olarak ya da ileride iade yükümlülüğünün doğacağını hesaba katamayacak durumda olarak elde çıkarması ve b) zenginleşenin sebepsiz zenginleşmeye konu

şey(ler)i elden çıkardığını geri istenmesi sırasında⁶⁶⁹ bu durumu ispat etmesidir. Anlaşıldığı üzere, zenginleşmenin düştüğü (*Wegfall der Bereicherung*) savunması bir def'i niteliğinde olup; hakim tarafından re'sen göz önüne alınamayacaktır⁶⁷⁰.

Görüleceği üzere kanunun açık düzenlemesi kapsamında iyi niyetin varlığına ilişkin şart, sebepsiz zenginleşme alacaklısının iade talebinin zamanında olması şeklinde değildir. Salt olarak elden çıkarma anında iyi niyetin veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katılmasını gerektirmesi şeklindedir. Başka bir ifade ile, sebepsiz zenginleşme borçlusunun iyi niyetli olduğu bir zamanda zenginleşme miktarı azalıyorsa ve ispat şartı gerçekleşirse, iadenin kapsamı azalacaktır⁶⁷¹. Ayrıca, elden çıkarma alacaklının iade talebinden sonra gerçekleşmiş ise, artık zenginleşen doğal olarak bu savunmaya dayanamayacaktır.

Tabi bu kapsamın azalmasından bahsedebilmek için, doktrinde Eren tarafından da doğru bir şekilde ifade edildiği üzere “ *zenginleşmenin, zenginleşenin bir tasarruf yapmaksızın veya ikame bir değer almaksızın tüketilmesi, harcanması ya da yok olması veyahut yok edilmesi şeklinde olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de karşılıksız devredilmesi şeklinde de olabilir*”⁶⁷². Bununla ilgili şu örneği yer vermek yerinde olur: Kısıtlı (A), bunu bilmeyen yeğeni (Y)'ye 100-USD olarak kazandırmada bulunduktan sonra (Y) bu para ile kendine kıyafet aldıysa ve (A)'nın yasal temsilcisi paranın iadesini istediye ortada zenginleşmenin eksildiği savunmasında bulunamaz⁶⁷³. Zira burada elde edilen bir yarar söz konusudur⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ EBK'da (m. 63/1) ise “ istirdadı zamanında” ibaresine yer verilmişti; fakat bunun iade talep edildiği zaman olarak anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmekteydi. (bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 999; Ataay, **a.g.e.**, s. 394.)

⁶⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 890.

⁶⁷¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 381; Öz, **a.g.e.**, s. 149 vd.

⁶⁷² Eren, **a.g.e.**, s. 889.

⁶⁷³ Benzer örnek için bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 257.

⁶⁷⁴ **A.e.**, s. 257.

Sebepsiz zenginleşmeye konu olan kazanımın (bu elde edilen para ya da bir aynen iadesi mümkün olmadığından değerinin iadesi konu olacak bir hizmet olabilir) kural olarak iadesi gerekmektedir. Bunun ardında yatan düşünce de, eğer sebepsiz zenginleşmeye konu kazanım olmasaydı sebepsiz zenginleşenin söz konusu zaruri, mutad harcamaları yapacağı ve elde ettiği kazanımla tasarruf ederek kendisine yarar sağlamış olduğudur⁶⁷⁵. Burada kriter olarak sebepsiz zenginleşme konusu şeyin tüketilmesi, marvarlığının azalmasına engel olmuşsa, zenginleşen bu savunmaya dayanamayacaktır. Fakat bu durumun istinası mevcuttur ve para borcunda dahi istisnai olarak bu savunmaya dayanılabilir. Burada, bizim de katıldığımız görüşe göre iyi niyetli borçlunun bu savunmaya dayanabilmesi için yapmış olduğu harcamaların olağan zaruri harcamalar olup olmadığıdır⁶⁷⁶. Zaruri harcamalar dışında kalan lüks harcamalar ise, pekala bu savunma kapsamına girecek ve sebepsiz zenginleşen iyi niyetle elden çıkardıklarını iade ile yükümlü tutulmayacaktır⁶⁷⁷. Dayatılmış zenginleşmeler de bu kapsama girer ve borçlu zenginleşmenin elinde kalmadığı savunmasını ileri sürebilir⁶⁷⁸. Bu anlayışın temelinde, tarafların sebepsiz zenginleşme olgusu hiç gerçekleşmemiş olsaydı hangi durumda olacaklarsa o duruma sokulmaları gerektiği yatmaktadır. Bir başka ifade, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin malvarlığının sebepsiz zenginleşme olgusu gerçekleşmeseydi olacağı halinden daha aza çekilmemesi gerektiğidir⁶⁷⁹. Burada tekrar vurgulamak gerekir ki, bu husus kusur şartı aranmayan bir boç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan tasfiye ilişkisinin gereğidir ve güvenin korunması ilkesi gereği de iyi niyetli sebepsiz zenginleşen yaptırıma tabi tutulmamalıdır⁶⁸⁰. Bu çözüm TMK m. 452

⁶⁷⁵ Bkz. Hahn,**a.g.e.**, s. 1380, Schwenzer, **a.g.e.**, Rn . 58.12, ayrıca bkz. **BGE 61 II 12**<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2061012.pdf>(**çevirimiçi**) 21 Ekim 2019; aynı yönde Bucher,**a.g.e.**,s. 691 vd.

⁶⁷⁶ Bkz. bir yukarıdaki dipnottaki eserler ve ayrıca aynı yönde Serozan,**a.g.e.**, s. 874.

⁶⁷⁷ Bkz. Hahn,**a.g.e.**,s. 1380 ; Looschelders,**a.g.e.**s. 422; Althammer,**a.g.e.**, s. 257-258.

⁶⁷⁸ Serozan,**a.g.e.**, s. 874-875: Dayatılmış zenginleşmeye ilişkin olarak yıkılacak binaya masraf yapılması örnek verilmektedir. Bina sahibi bu durumda bu savunmaya dayanabilecektir.

⁶⁷⁹Looschelders,**a.g.e.**s. 422.

⁶⁸⁰ Bkz. aynı yönde **a.e.**, s. 422.

hükmünde de benimsenmiştir⁶⁸¹. TMK m. 452/1 c.2 uyarınca vasinin onamadığı işlemlerde vesayet altındaki kişi, “*sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur.*”

Yukarıda ana kuralın objektif zenginleşme olduğunu ve sübjektif zenginleşmenin (zenginleşenin kendi becerisiyle zenginleşme konusu şeyin piyasa değerinin üzerinde kaim değer elde etmesi ya da kaim değer bulunmadığından parasal değer istenebileceği durumlarda) zenginleşenin sırtına yüklenemeyeceğini belirtmiştik. Buna karşılık sübjektif zenginleşmenin olmadığı hallerde ise, iyi niyetli sebepsiz zenginleşen zenginleşmenin elinden çıktığı savunmasını ileri sürebilecektir⁶⁸². Bunun da sebebi üst paragrafta belirtmiş olduğumuz üzere sebepsiz zenginleşen zenginleşme olgusu hiç gerçekleşmemiş olsaydı söz konusu kazandırmayı olağan bir şekilde elde etmeyeceğidir⁶⁸³.

Yalnız burada şimdiden belirtmemiz gerekir ki, aşağıda üç köşeli ilişkiler açısından ifade ettiğimiz görüşümüze göre, ivazsız kazandırmalarda ivazsız

⁶⁸¹ Serozan, **a.g.e.**,s.869.

⁶⁸² Aynı yönde bkz. Serozan, **a.g.e.**,s.873.

⁶⁸³ Lüks harcamalar ile sübjektif zenginleşme olmadığından dolayı zenginleşmenin düştüğü savunması arasındaki ayrım gerçekten de siliktir. Fakat pratikte bir önemi yoktur. Alman doktrininde Alman yargısına da intikal etmiş bir olaydan (BGH, Urteil vom 7. 1. 1971 - VII ZR 9/70 Nürnberg- BGHZ 55,128, beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 21 Eylül2020) kaynaklı olarak, Alman doktrininde bu ayrıma ilişkin olarak tartışmalar süregelmiştir. Söz konusu olayda, iç hatlarda yolculuk yapan küçük; Almanya’dan New York’a giden uçağa binmiş ve Amerika’ya gitmiştir. Söz konusu örneğe ilişkin olarak kimi yazarlar bunun sübjektif zenginleşme olmadığından dolayı, zenginleşmenin ortada kalmadığı savunmasına dayanmaktayken (Althammer, **a.g.e.**,s. 258, Serozan,**a.g.e.**, s. 869), diğer görüş ise bunun lüks harcama niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler. (Looschelders, **a.g.e.**,s. 423) Fakat belirttiğimiz üzere burada önemli olan husus, söz konusu örnekte küçüğün mutad olarak New York bileti alarak uçağa binmeyecek olmasıdır. Burada, Alman doktrininde ehliyetsizin kötü niyetli olması halinde dahi, diğer taraf fakirleşmediği sürece sözleşmeden ve haksız fiilden ötürü sorumlu tutulamazken sebepsiz zenginleşmeden de sorumlu tutulmaması gerektiği şeklindeki eğilim açısından ayrıca bkz. Serozan, **a.g.e.** s. 870)

kazanımda bulundurulan üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme istemi ileri sürülebilecektir⁶⁸⁴. Ortada bir edim dışı zenginleşme söz konusu olan bu durumda, iyi niyetli üçüncü kişi de TBK m. 79 I'den doğan savunmasını ispat şartını yerine getirerek ileri sürebilecektir. Üçüncü kişiye bağışlama durumunda iyi niyetli zenginleşen zenginleşmenin eksildiği savunmasına dayanabilmelidir⁶⁸⁵.

Üst paragrafta belirttiğimiz üzere zenginleşmenin elden çıkmasında iyi niyetli zenginleşenin kusurlu olup olmaması önem arz etmemektedir⁶⁸⁶. Ayrıca zenginleşenin fiil ehliyetinin olup olmadığı da önem arz etmez⁶⁸⁷.

Kanun koyucunun zenginleşmenin azalmasına ilişkin bu savunma mekanizmasının temelinde, “kusur” şartı aranmayan bir borç kaynağı olan sebepsiz zenginleşmenin amacının tarafları zenginleşmeden önceki durumlarına, hallerine geri döndürme istenci yatmaktadır. Bunun paralelinde de, sebepsiz zenginleşme borçlusu tarafından kendi cebinden bir şey verilmemesi amaç edinilmektedir⁶⁸⁸.

Kanun koyucu tarafından salt iyi niyetin varlığı yeterli saymayıp, “*elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa*” ibarelerine yer verilerek zenginleşenin elden çıkarma anında ileride iade etme yükümlülüğünü ihmalen bilmemesi durumunda bu savunmadan yararlanmayacağını vurgulamak istemiştir ve bu “hesaba katma” olgusu da, makul olarak (objektif olarak) zenginleşenin kendisinden bilmesinin beklendiği hallerde

⁶⁸⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm başlık no. 2.2.1.6.

⁶⁸⁵ Bucher tarafından ileri sürülen görüşe göre, zenginleşen başka bir şey bağışlayabilecekken zenginleşme konusu şeyi üçüncü kişiye bağışladığından dolayı zenginleşmektedir. Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira “elinden çıkma” açısından tüketme ve bağışlama arasında bir fark yoktur. Görüş için bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 692 ve ayrıca bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 892.

⁶⁸⁶ Hahn, **a.g.e.**, s. 1379; Serozan, **a.g.e.**, s. 873; Ataay, **a.g.e.**, s. 395.

⁶⁸⁷ Bkz. Ataay, **a.g.e.**, s. 400.

⁶⁸⁸ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 866 ve 869; Hahn, **a.g.e.**, s. 1379; ayrıca bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 889; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 502.

kabul edilir⁶⁸⁹. Örneğin, zenginleşmenin gerçekleşmemiş bir sebebe dayanması (- "Condictio Ob Rem")⁶⁹⁰ hallerinde bu savunmaya dayanılmaz. Zira zenginleşen iade ile yükümlü olacağını hesaba katmalıdır⁶⁹¹. Bunun en tipik örneği, ilgili başlıkta da bahsettiğimiz üzere batıl olan sözleşmeye istinaden yapılan ödemelerdir. Şekil bakımından geçersiz sözleşmeye ilişkin olarak karşı edime kavuşma amacıyla verilen edimler bu bakımdan bu kapsamdadır⁶⁹².

İyi niyetin varlığı TMK m. 3 uyarınca esas olduğundan dolayı, bunun aksini ispat yükümlülüğü (zenginleşenin kötü niyetli olduğunun ya da elden çıkarma anında hesaba katmasının gerektiğinin ispatı) sebepsiz zenginleşme alacaklısındadır⁶⁹³.

7.3.1.2. İadeye Konu Zenginleşmenin Hesaplanması

TBK m. 80'den (OR m.65) (bizzat zenginleşmeye yapılan masraflardan) bağımsız olarak, zenginleşmenin gerçekte elden çıkmamış sayılmadığı hallerde dahi iyi niyetli zenginleşenin iade borcundan belirli masraf ve zarar kalemlerinin indirilmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir ⁶⁹⁴ . (Örneğin, geçersiz satım sözleşmesi için yapılan vergi, depo gibi giderler) Bu hususun temelindeki düşünce, iyi niyetli zenginleşenin zenginleşme olmasaydı ekonomik olarak daha kötü duruma düşürülmemesi amacıdır⁶⁹⁵. Fakat iade borcundan indirileceklerin kapsamı tartışılmalıdır. Bu husus hem Alman hem de İsviçre doktrini için geçerlidir. Bir görüşe göre, zenginleşme ile zenginleşme borçlusunun malvarlıksal dezavantajı arasındaki

⁶⁸⁹ Bkz. **a.e.**, s. 1379.

⁶⁹⁰ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.1.2.2.

⁶⁹¹ Hahn, **a.g.e.**, s. 1379.

⁶⁹² **BGE 115 II 28**; <https://www.bger.ch> 15 Mart 2019 (çevirimiçi).

⁶⁹³ Eren, **a.g.e.**, s. 890.

⁶⁹⁴ Hahn, **a.g.e.**, s. 1380; Althammer, **a.g.e.**, s.258; Schwab, **a.g.e.**(§ 818), Rn. 153.

⁶⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 893.

yeterli ve nedensel bağlantı esas alınmaktadır⁶⁹⁶. Bu kapsama zenginleşme sonucunda zenginleşen sebepsiz zenginleşme borçlusunun diğer malvarlığı değerlerindeki tüm zararlar da girebilmektedir⁶⁹⁷. Fark teorisini (*Differenzlehre*)⁶⁹⁸ görüşünden destek alan bu anlayışın sonucunda adil olmayan sonuçlara varılabileceğini kabul eden⁶⁹⁹ bir takım yazarlar tarafından bu görüş kabul edilmemiştir⁷⁰⁰. Bu yazarlara göre, sebepsiz zenginleşme borçlusunun “zenginleşmenin kalıcılığına duyduğu güven”⁷⁰¹ yüzünden uğranılan zararlar iade kapsamını sınırlamalıdır⁷⁰². Bu klasik görüşü reddedenlerin bir diğer dayanak noktası da, sebepsiz zenginleşme alacaklısına kazanımın sebepsizliği ile alakası olmayıp en nihayetinde zenginleşenin kendi kararlarından doğan zararların rizikosunun yüklenmesinin adaletsiz olduğudur⁷⁰³. *Flume* tarafından malvarlıksal kararların dikkate alınması gerektiği ve malvarlıksal artışa ilişkin istenç söz konusuysa, burada rizikonun zenginleşende olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁰⁴. Özetleyecek olursak, klasik anlayış dışlanarak iki görüş çerçevesinde güvenin korunması veya rizikonun kime yükleneceği hususları göz önünde bulundurularak, sebepsiz zenginleşme borçlusunun iade kapsamının sınırlama olanağının kabulü günümüzde kabul edilmektedir⁷⁰⁵. Bir diğer görüş de haksız fiil hükümlerinin kıyasen

⁶⁹⁶ Bucher, **a.g.e.**, s. 694 ; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 505; BGH, Urteil vom 19. 1. 1951 - I ZR 15/50 (Hamm) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Eylül 2020) (Ayrıca Bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 258, dipnot 2063..); Eren tarafından da aynı görüşe varıldığını gözlemlemekteyiz. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 893- 894.

⁶⁹⁷ Hahn, **a.g.e.**, s. 1380.

⁶⁹⁸ Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 320.

⁶⁹⁹ **A.e.**, s. 320.

⁷⁰⁰ Örnek olarak sebepsiz zenginleşme konusu olan köpeğin eve zarar vermesi durumunda bu zararların düşürülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. (örnek için bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1380 (yazar bu görüşte değildir.); von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 505.

⁷⁰¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 385.

⁷⁰² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 385; Althammer, **a.g.e.**, s. 258 ; Hahn, **a.g.e.**, s. 1380.

⁷⁰³ Hahn, **a.g.e.**, s. 1380; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 427 (Rn. 1175).

⁷⁰⁴ Görüş için Bkz. Uslan, **a.g.e.**, s. 160 vd. ve ayrıca bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 427.

⁷⁰⁵ Bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 258.

uygulanması ile (TBK m. 51/1 ve 52/2 hükümlerinin) hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiğidir⁷⁰⁶.

Bizim görüşümüze göre (hakim görüş de bu yöndedir) güvenin korunması prensibi çerçevesinde uğranılan zararın ve yapılan masrafların iade borcundan düşülmesi gerekmektedir. Buna iadenin gerçekleşmesi için yapılan masraflar da dâhildir⁷⁰⁷. Sebepsiz zenginleşen ile sebepsiz zenginleşme borçlusu arasında katı bir riziko paylaşımının yapılması da olanaksız olup; bir çok zamanda da adaletsiz ve tutarsız çözümlere -bilhassa irade bozuklukları hallerinde- sebep olacağı bizim de katıldığımız üzere doktrinde kimi yazarlarca belirtilmektedir⁷⁰⁸. Böylece, sebepsiz zenginleşme borçlusunun iade borcundan düşebileceği kalemlere, tasarrufun kalıcılığına güvenerek yaptığı “iktisap, koruma ve iade” masrafları ve somut olaya göre dolaysız iktisap zararları girebilecektir⁷⁰⁹.

Yalnız belirtmemiz ve unutulmaması gerekir ki, taşınır eşyalar bakımından tasarruf işleminin illiliği –sebebe bağlılığı- görüşü kabul edilirse, bu tartışmaların pratikte uygulama alanı oldukça sınırlı olacaktır⁷¹⁰.

Aslında temelini Alman Yargı kararlarından (BGB 818 III hükmünün dar yorumlanması) alan anlayışa⁷¹¹ paralel olarak, İsviçre-Türk doktrinde de TBK

⁷⁰⁶ Görüş için bkz. Ulusan, **a.g.e.**, s. 212 ve Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 386-387. (ve dipnot 322)

⁷⁰⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 395.

⁷⁰⁸ Bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 427: Köpek örneğinden yola çıkarak, hile sebebiyle geçersiz olan sözleşmede köpeğin vereceği zararın rizikosuna sebepsiz zenginleşenin katlanmaması gerektiği belirtilmektedir. Aynı yönde ayrıca bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 878; bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 1002.

⁷⁰⁹ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 878.

⁷¹⁰ Hakim görüş “illilik” yönünde olduğu için İsviçre hukukunda pratikte bu tartışmaların önemi olmayacaktır. bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1380.

⁷¹¹ Hesap Bakiyesi Teorisi (Saldotheorie) kökeni “Reichsgericht” (İmparatorluk Mahkemesi) kararlarında mevcuttur. (kararlar için bkz. Schwab, **a.g.e.** (§818), Rn. 239 (dipnot 724). Gerek BGB gerek ise OR/TBK’da özel bir hükümle geçersiz olan sinallagmatik sözleşmelerde gerçekleştirilen

m.79'un sinallagmatik sözleşmeler açısından dar yorumlanması gerektiği de ileri sürülmüştür⁷¹². Bunun sebebi de bazı durumlarda zenginleşmenin eksildiği savunmasının adaletsiz çözümlere sebebiyet verebileceği olarak gösterilmiştir. Gerçekten de, bir borç kaynağı olarak “kusur” şartının dışlandığı sebepsiz zenginleşme kurumunda asıl amaç tarafları mümkün olduğu ölçüde sebepsiz zenginleşme meydana getiren hukuki işlem veya olaylardan önceki durumlarına geri döndürmek olduğu dikkate alındığında, iki taraflı sözleşmelerde bir tarafın sebepsiz zenginleşme talebine dayanarak mükâfatlandırılması adil bir sonuç olmayacaktır.

Bu kapsamda da ilk olarak iki temel teoriyi burada ele almamız gerekir: İkili Sebepsiz Zenginleşme Teorisi (*Zweikondiktionentheorie*) ve “Hesap Bakiyesi Teorisi” *Saldotheorie*”⁷¹³.

İlk olarak ikili **sebepsiz zenginleşme teorisini** (*“Zweikondiktionentheorie”*) ele alacak olursak, bu teoriye göre her iki tarafın birbirinden bağımsız birbirlerine karşı sebepsiz zenginleşme talepleri mevcut olup; böylece taraflardan birinin zenginleşme konusu şeyi elinden çıkarmış olup olmadığı dikkate alınmaksızın birbirlerine karşı istemde bulunabileceklerdir⁷¹⁴. Bu teori uyarınca, TBK m. 79 dar yorumlanmayacaktır.

“Hesap Bakiyesi Teorisi” (*“Saldotheorie”*) uyarınca ise, sinallagmatik sözleşme geçersiz olsa dahi tarafların birbirlerinden elde ettikleri edimler birbirlerinden düşürülmesi sonucunda taraflardan birinin elde ettiği edim daha fazla

edimlere ilişkin, rizikonun kimde olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından dolayı bu teoriyle ilgili olarak çözüme kovuşturma yoluna gidilmeye çalışılmıştır.

⁷¹² Bkz. Hahn, **a.g.e.**, 1380 ve Serozan, **a.g.e.**, s. 880.

⁷¹³ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 895 vd.; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 430vd.; Althammer, **a.g.e.**, s. 261 vd. ; Looschelders, **a.g.e.**, s. 427vd.

⁷¹⁴ Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 506-507; Uluşan, **a.g.e.**, s. 445 vd. ; Öz, **a.g.e.**, s. 168 vd; Yargıtay’da aynı yönde kararları mevcuttur. **Yarg. 13. HD. 24.06.2002 T. 2002/5380 E. , 2002/7636 K. ; Yarg. 3. Hd. 17.12.2018 T. 2017/9808 E. 2018/12867 K.**

ise artık olan bedelin iadesi kabul edilir⁷¹⁵. Bu görüş taraftarlarınca Türk-İsviçre gerek ise Alman sisteminde kabul edilen zenginleşmenin eksildiği savunması, kazanılan kazanımın varlığına güvenin korunması gayesiyledir⁷¹⁶ ve birbirinden bağımsız sebepsiz zenginleşme istemine yer verilmesinin kimi hallerde bu amacın dışına çıkılmasına sebebiyet verebileceği kabul edilmektedir.

“Hesap Bakiyesi” teorisini savunanlar dahi bu kuramın peşinen her sinallagmatik sözleşme açısından uygulanmasını kabul etmezler. Zira bu kuramın amacı karşılıklı sebepsiz zenginleşme alacaklarının ileri sürülmesinde, bir tarafın zenginleşmenin eksildiği savunmasına haksız olarak dayanmasının yaratacağı adaletsiz sonuçları törpülemektir⁷¹⁷. Böylece, sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin ortada kalmaması durumunda objektif piyasa değeri kadar veya bu değerinden az ödeyen taraf sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamaz. Örneğin, piyasa değeri 10.000-TL olan eşyaya karşılık geçersiz satış sözleşmesinde 8000-TL ödemede bulunan alıcı; eşyanın zayi olması durumunda sebepsiz zenginleşme istemende bulunamaz. Buna karşılık aynı eşyaya 12.000-TL ödeme de bulunmuş olsaydı 2000-TL olan bakiye bedeli sebepsiz zenginleşme istemi ile ileri sürebilecekti.

Aynı doğrultuda “Hesap Bakiyesi” teorisini savunanlara göre, taraflar arasında karşılıklı borç yükleyen –sinallagmatik- bir sözleşme olması tek başına yeterli olmayıp; tarafların edimlerini de karşılıklı olarak yerine getirmiş olmaları gerektiği (tartışmalı olmakla birlikte) doktrinde belirtilmektedir⁷¹⁸. Ayrıca bu kurama göre bir takas bildiriminde bulunmaksızın artık olan değeri talep edilebilecektir⁷¹⁹. Böylece,

⁷¹⁵ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1380; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 430-431; Serozan, **a.g.e.**, s. 880vd.

⁷¹⁶ Looschelders, **a.g.e.**, s. 428.

⁷¹⁷ Schwab, **a.g.e. (§818)**, Rn. 238 vd.

⁷¹⁸ Althammer, **ag.e.**, s. 261 (**Rn. 544**) Serozan, **a.g.e.**, 882-883.; ayrıca belirtmek gerekir ki , sebepten soyutluk prensibi kabul edildiğinden ötürü Alman Hukuku uygulamasında bu teori çok daha büyük önem arz eder ve AlmanYüksek Mahkemesi de bu kuramı takip etmektedir. Krş. Bkz. Schwab, **a.g.e. (§818)**, Rn . 261-262: Yazar tarafından, daha evvel

⁷¹⁹ Ayrıca bu yönü açısından bu teoriye ilişkin eleştirilere ilişkin olarak bkz. Schwab, **a.g.e. (§818)**, Rn . 252-255.

yukarıda ifade edildiği, bu görüşün taraftarlarına göre zenginleşmenin eksildiğinin ortada kalmadığı savunmasına dayanabilecek tarafın adeta mükâfatlandırılması önlenmiş olmaktadır.

Taraflardan birinin daha önce edimde bulunmuş olduğu durumlarda, bilhassa satış sözleşmelerinde alıcının daha evvel edimine kavuşmadan ödeme yapması durumunda “hesap bakiyesi” teorisinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi de ortada fiili bir sinallagma –karşılık- olmadığından bakiye isteminin de söz konusu olamayacağıdır⁷²⁰. Kısa bir örnekle bu hususu ele almamızda yarar var.:

(A), ileride ödemek üzere (S)’den geçersiz bir satış sözleşmesi ile aldığı piyasa değeri 50,000-TL olan inşaat aletini 60,000-TL olan satış bedelini ödemedi teslim almıştır. Bedel ödenmeden söz konusu inşaat aleti (A) ’nın bir kusuru olmaksızın çalınmıştır.

Burada, (sebepten soyutluk ilkesinin kabulünün varsayımında) tarafların salt sinallagmatik sözleşmenin (satış sözleşmesi) tarafları olması “hesap bakiyesi teorisi”nin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Böylece, tarafların ayrı sebepsiz zenginleşme istemlerinden yola çıkılarak ; (A) (S)’ye karşı zenginleşmenin -eğer bir kaim değer elde edememişse- kalmadığı savunmasında bulunabilecektir. (Burada (A) eğer satış bedelini (S)’ye ödemiş olsaydı 60.000-TL iade isteme hakkı olacağından 50.000-TL’lik bedel düşeceğinden, ancak (S)’ye karşı 10.000-TL’lik istem yöneltebilecekti.) Görüleceği üzere “hesap bakiyesi teorisi” uyarınca alıcının satış bedelini ödemiş olup olmamasına göre, satıcının karşı edim rizikosuna katlanıp katlanmayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Hesap bakiyesi teorisi (A) bir bedel ödemedi diye uygulanmayacak olursa, satıcı (S) sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin rizikosuna – karşı edim rizikosuna- katlanmış olacak iken; bunun tersi durumunda ise alıcı (A) söz konusu rizikoya katlanacaktır. (“Hesap Bakiyesi Teorisi” *Saldotheorie*” uyarınca ancak bakiye bedeli isteyebilecektir) Doktrinde, bu durumun

⁷²⁰ Bkz. Looschelders, **a.g.e.**,s. 428; Serozan, **a.g.e.**, s. 883.

adaletsiz olduğu ve ayrıca satıcının bedeli sonradan almasının ancak alıcının ödeme güçsüzlüğünün rizikosunu almak olacağı ve geçersiz bir sözleşme ile bu denli bir rizikonun geçersiz sözleşmede öngörülen edimi almayan satıcıya yüklenemeyeceği sebebiyle eleştirilmekte olduğunu belirtelim⁷²¹.

Hesap bakiyesi kuramını savunanlar tarafından da, kanun koyucu tarafından konulmasındaki amaca aykırı olacağından, bazı durumlarda bu kuramın uygulanması mümkün görülmemektedir. Hile, tehdit, ehliyetsizlerin gerçekleştirdiği işlemler, iflas halleri⁷²² ve gabin gibi hallerde bu görüşü kabul edenler hesap bakiyesi kuramının uygulanmayacağını kabul etmektedirler⁷²³.

Alman doktrinde bir diğer görüş de “İkili Sebepsiz Zenginleşme Teorisi”nin -doktrinindeki ifadesi ile -“modifiye” hali olarak da belirtilen⁷²⁴ **“Karşı Edimden Ötürü Zenginleşme”** kuramıdır. Canaris tarafından bu teori ortaya atılmıştır⁷²⁵. Bu kurama göre, taraflar arasında sebepsiz zenginleşmeden doğan iki alacak hakkı kabul edilmektedir. Bu kurama göre, geçersiz sinallagmatik sözleşmelerde edimi alan tarafın güveni sadece edimi almasına ilişkin olmayıp, aynı zamanda karşı edimi yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin olduğu için; aldığı edimi iade edemeyen ve zenginleşmenin elden çıktığı savunmasına dayanabilen taraf elde ettiği edimin değeri

⁷²¹ Bkz. Schwab, **a.g.e.** (§818), Rn. 261,262; Stephan Lorenz, **“Grundwissen-Zivilrecht: Die Saldotheorie”**, Juristische Schulung (JuS), München, 2015, s. 111; Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 325.

⁷²² İflasta geçersiz sözleşme Bkz. Looschelders, **a.g.e.**, s. 431; BGH, Urteil vom 2. 12. 2004 - IX ZR 200/03 (OLG Saarbrücken) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 15 Kasım 2020: Söz konusu kararda geçersiz ödünç işi sözleşmesi uyarınca ödünç alan işverenin ödünç veren işverenin iflasına karar verilmesinden sonra yaptığı ödemelerin hesap bakiyesi kuramı uyarınca mahsubunu isteyemeyeceğine ilişkin olup; yüksek mahkeme ikili sebepsiz zenginleşme isteminin söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bunun gerekçesi olarak da, iflas durumunda geçersiz olan sözleşmeye geçerli olan sözleşmeden daha fazla etki sağlanmaması gerektiği belirtilmiştir.

⁷²³ Bkz. Looschelders, **a.g.e.**, s. 429vd.; Serozan, **a.g.e.**, s. 883; Hahn, **a.g.e.**, s. 1380; Althammer, **a.g.e.**, s. 2362 vd.; Sprau, **a.g.e.**, s. 1194-1195.

⁷²⁴ Althammer, **a.g.e.**, s. 264.

⁷²⁵ Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 325 vd.

sınırına kadar korumaya değer olmayacaktır⁷²⁶. Bu kurama göre edimi alanın söz konusu belirlenen değer sınırına kadar sorumlu olmasının sebebi, onun sözleşmedeki geçersizliği bilebilecek şekilde hareket etmesi gerektiğine ve böylece elden çıkan edimin yerine onun değerini ödemekle yükümlü olduğuna dayanmaktadır⁷²⁷.

Tekrar belirtmeliyiz ki, gerçekten de Türk-İsviçre sisteminde taşınırlarda hakim görüşün sebebe bağlılık prensibinin kabulü sebebiyle, pratikte sinallagmatik sözleşmelerde hesap bakiyesi teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasının görülmesi çok nadir olabilir⁷²⁸. Sebepten soyutluğun kabul edildiği Almanya’da ise doktrinde “hesap bakiyesi” kuramı şiddetli şekilde eleştirilmektedir⁷²⁹. **Bizim görüşümüze göre** de, ortada geçerli bir sözleşme olmaksızın yapay bir şekilde karşı edim rizikosunun tayini mümkün olamaz. Edime konu şeyin sözleşme tarafı olarak görülen diğer tarafa verilmesi ancak diğer tarafın ödeme güçsüzlüğü rizikosunu doğurur. Kanun koyucu tarafından sözleşmelerin geçerlilik şartlarının ardında yatan hukuki prensipleri dolanılarak, “fiili” bir sözleşme ilişkisine yer vermek de kanunun ruhuna aykırı olacaktır. Ayrıca, “*Karşı Edimden Ötürü Zenginleşme*” kuramı da kabul edilemez. Zira bu görüşte de adeta yapay bir şekilde riziko dağılımı yapılmaktadır. İyi niyetli- kötü niyetli sebepsiz zenginleşen ayrımına kanun koyucu tarafından yer verilmiş olması da, bu şekilde bir yorumun mümkün olmadığını göstermektedir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere edimin eksildiği savunması zaten bir istisnadır ve uygulama alanı zaten dardır. Bu bakımdan, hesap bakiyesi kuramı görüşünü kabul etmemekteyiz ve sinallagmatik sözleşmelerde eğer iki taraf da edimde bulunmuşsa ortada karşılıklı iki alacak hakkı doğacaktır^{730 731}. Ayrıca

⁷²⁶ Larenz/Canaris, **a.g.e.** s. 337 ; Bkz.Medicus/Lorenz, **a.g.e.** ,433,

⁷²⁷ Bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.** ,433.

⁷²⁸ Sebebin sonradan sona ermesi gibi durumlarında ancak bu durum gerçekleşebilir .(aynı yönde bkz. Schwander, **a.g.e.**, s. 341)

⁷²⁹Bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 432-433; Schwab, **a.g.e. (§818)**., Rn. 250; Althammer,**a.g.e.**, s. 261 (**Rn. 544**)

⁷³⁰ Aynı yönde, Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 506-507; Uslan, **a.g.e.**,s. 445 vd. ; Öz, **a.g.e.**, s. 168 vd.; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 393(dipnot 349)

tarafların da takas imkanları da saklı olacaktır⁷³² ayrıca karşılıklı tasfiye ilişkisinde TBKm . 97 hükmü kıyasen uygulanmalı ve taraflar ödemezlik def'inde bulunabilmelidirler⁷³³.

İyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu eğer bir para borcu ise, faizin ne zaman başlayacağı da kanunda açıkça düzenlenmiştir. İyi niyetli sebepsiz zenginleşenin temerrüde düşmüş olması için bildirim şarttır. (TBK m. 117/2 c.2) Bu bakımdan da temerrüd faizi (TBK m.120) de, ancak iyi niyetli iade borçlusunun temerrüde düşmesi ile gerçekleşecektir. Peki, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin alacaklının bildiriminden bağımsız olarak iade yükümlülüğünü başka bir şekilde öğrenmesi ya da bilebilecek konuma gelmesi durumunda temerrüde düşmüş sayılacak mıdır? Bizce, artık iade yükümlülüğünü bilen ya da iade yükümlülüğünü hesaba katabilecek duruma gelen iade borçlusunun, artık iyi niyetli sayılamayacağından bildirimde bulunulmaksızın temerrüde düşmesi gerekir. Zira TBK m. 117/2 c.2'de “sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu haller” ifadesine yer verilmiş olup, zenginleşme sırasında iyi niyetli olup olmadığı gibi bir kıstas ele alınmamıştır. Bununla birlikte, zenginleşenin artık iyi niyetli sayılmayacağı ve bu durumun hangi tarihte gerçekleştiğinin ispatının yükümlülüğü, TMK m.3 hükmü

⁷³¹. Bkz. **Yarg. 3. Hd. 17.12.2018 T. 2017/9808 E. 2018/12867 K.** Kararda tarafların birbirlerinden aldıklarını karşılıklı iade etmekte oldukları ifade edilmektedir: “*Bu durumda tarafların birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmeleri gerekir.*”

Ayrıca, hukuki niteliği –sebepsiz zenginleşme niteliğinde olup olmadığı tartışılmalı olan “ecrimisil” açısından da; **10.07.1940 tarihli 1939/2E.; 1940/77K. Sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı**’nda haricen yapılan (tapu memuru huzurunda yapılmayan), satış bedelini geri almayan tarafın , parası geri verilinceye ecrimisil vermekle yükümlü olmadığı ifade edilmiştir.

⁷³² Öz, **a.g.e.**, s. 170 ; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 393

⁷³³Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 508.; **10.07.1940 tarihli 1939/2E.; 1940/77K. Sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı**’nda bu husus belirtilmekle birlikte; “ecrimisil” açısından haricen yapılan (tapu memuru huzurunda yapılmayan), satış bedelini geri almayan tarafın , parası geri verilinceye ecrimisil vermekle yükümlü olmadığı ifade edilmiştir.; Öz, **a.g.e.**, s. 170; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 394.

uyarınca iyi niyetin aksinin ispatı kendisinde olacağından, alacaklıda olacaktır.

7.3.2.Kötü Niyetli Sebepsiz Zenginleşme Borçlusunun Borcunun Kapsamı

Yukarda ifade ettiğimiz üzere zenginleşmenin elden çıktığı – eksilmesi-savunmasına TBK m. 79/2 (OR 64⁷³⁴) hükmü uyarınca “kötü niyetli” zenginleşen dayanamayacaktır. Bir başka ifade ile kendisine sebepsiz zenginleşme davası açılan kötü niyetli zenginleşen dava tarihinde zenginleşme elinde olmasa dahi zenginleşmenin tamamından sorumlu olacaktır⁷³⁵. Madde hükmünde açık bir şekilde zenginleşenin, zenginleşmeyi iyi niyetli olmaksızın elden çıkarmış olması veya elde çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa zenginleşmenin tamamının geri vermekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Madde metninden anlaşılabileceği üzere, elden çıkarılan zenginleşme de borcun kapsamına girmektedir⁷³⁶. En başta belirtmemiz ayrıca gerekir ki, iade talebinde bulunan zenginleşme alacaklısının zenginleşenin kötü niyetini ispat etmesi gerekir. (TMK m.3)⁷³⁷.

İlk olarak, kötü niyetin varlığının zamanının tespiti önem arz eder. Zira kanun metninde belirtildiği üzere “elden çıkarma anı” kıstas olarak kabul edilmiştir. Zenginleşen başlangıçta (zenginleşirken) iyi niyetli olmakla birlikte; sonrasında iade ile yükümlü olabileceğini hesaba katarsa veya katabilecek duruma gelirse artık onun iyi niyetli olduğundan ve zenginleşmenin eksildiği ya da kalmadığı savunmasına dayanabileceği kabul edilemez. Bu durum madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, sebepsiz zenginleşme alacaklısının iade talebini

⁷³⁴ Mehaz kanun OR’de, iyi niyetli zenginleşen ile kötü niyetle zenginleşenin iade borcunun kapsamı tek fıkra olarak düzenlenmiştir.

⁷³⁵ Schwander, **a.g.e.**, s. 342

⁷³⁶ Eren,**a.g.e.**,s.884-885.

⁷³⁷ Eren,**a.g.e.**,s. 885; Schwander, **a.g.e.**, s. 342.

zenginleşene iletmesinden sonra, zenginleşen zenginleşme konusu şeyi elden çıkarmış olursa artık iyi niyet iddiasında bulunamayacaktır⁷³⁸. Bu durumlar ışığında zenginleşen sonradan kötü niyetli olursa sorumluluğunun kapsamı iki ayrı rejime tabi olacaktır⁷³⁹. Kötü niyetli olmadan evvel olan elden çıkarmaya ilişkin olarak zenginleşmenin eksildiği (m.79/1) savunmasına dayanılabilecekken; kötü niyetli olarak zenginleşmenin elden çıkartılması durumunda da elden çıkarılan zenginleşmenin tamamı ile sorumluluk söz konusu olacaktır⁷⁴⁰. Örneğin 10 antika eseri iyi niyetle sebepsiz olarak edinen kişi; sebepsiz zenginleşme alacaklısının kendisine karşı talepte bulunmasından evvel dördünü üçüncü kişilere hediye ederse söz konusu elden çıkarılanlardan sorumlu olmayacak; buna karşılık kendisine sebepsiz zenginleşme alacaklısının bildiriminden sonra elden çıkarmaya devam ederse söz konusu bildirimden sonra elden çıkardığı zenginleşme kadar sorumlu olacaktır. Tabi sebepsiz zenginleşme borçlusunun sonradan “kötü niyet”li olduğunun ispat yükümlülüğü alacaklıya düşecektir.

İyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade kapsamını düzenleyen TBK m. 79/1’de “Elden çıkma” ifadesine yer verilirken; kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin iade kapsamına ilişkin olarak TBK m. 79/2’de “Elden Çıkarma” ibaresine yer verilmiştir. “Elden çıkarma” elde edilen malın salt olarak başkasına devrini değil; malı tahrip etme, tüketme ve kullanarak (kısmen veya tamamen) iade edilemeyecek duruma sokulması hallerini de ifade eder⁷⁴¹. Üçüncü kişi davranışı ya da harici bir olay sebebiyle sebepsiz zenginleşme konusu şeyin yok olması, tahrip olması ya da eksilmesi durumunda (eksilen kısım yönünden) ise ortada zenginleşenin “elden çıkarma”sı söz konusu olmadığı için genel hükümler uygulanacaktır⁷⁴². Bu bakımdan

⁷³⁸ BGB’de Alman kanun koyucu daha somut bir düzenlemeye yer vermiştir. Açıkça bu husus, § 818 IV BGB hükmünde ele alınmıştır.

⁷³⁹ Bu durumda da BGB’de Alman kanun koyucu daha somut bir düzenlemeye yer vermiştir. Açıkça bu husus, § 819 I BGB hükmünde ele alınmış olup; bu husus açıkça belirtilmiştir. (bkz. Schwab, **a.g.e.(§ 819)**, Rn. 23)

⁷⁴⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 885.

⁷⁴¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 387.

⁷⁴² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 387.

TBK m. 117/2 hükmü önem arz eder. TBK m. 117/2’de sebepsiz zenginleşmede ikili ayrıma gidilmiştir: Sebepsiz zenginleşmede zenginleşenin iyi niyetli olduğunda temerrütte bildirimin şart olduğu belirtilmiş, bunun dışında ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş sayılacaktır. Bu bakımdan Sebepsiz zenginleşenin kötü niyetli olduğu durumda, beklenmedik hallerden kötü niyetli zenginleşen TBK m. 119/1 uyarınca sorumlu olacak; sorumluluktan ancak TBK m. 119/2 uyarınca iadeyi zamanında yerine getirmiş olsaydı bile beklenmedik halin sebepsiz zenginleşme konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek kurtulabilecektir⁷⁴³.

Söz konusu fıkra hükmünde, salt “zenginleşmenin tamamı” ibaresine yer verildiğinden ötürü bundan çıkarılacak anlam tartışmaya değerdir. Doktrinde TBK m. 79 hükmünde ilk fıkroda iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin zenginleşmenin eksildiği savunmasına yer verilirken; ikinci fıkroda ise olumsuz eksik ifade ile salt olarak bu savunmadan kötü niyetli zenginleşenin istifade edemeyeceği aktarıldığından bunun kanuni boşluklar doğurduğu doktrinde ifade edilmektedir⁷⁴⁴. Bu görüşü ileri sürenlere göre, elde edilmesi savsaklanmış semerelerin değerinin de iade kapsamına alınması gerekmektedir⁷⁴⁵. Türk doktrininde Serozan tarafından, TMK m. 995’de haksız zilyet açısından zarar giderim sorumluluğunun öngörüldüğü de dikkate alındığında; somut olaya göre kusur sorumluluğu adalete uygun gözükiyorsa haksız fiile kıyas, eğer kusursuz sorumluluk amaca uygun düşüyorsa kötü niyetli zilyetlik (TMK m. 995) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır⁷⁴⁶. Fakat bizim görüşümüze göre bu tarzda zenginleşenin zarar giderim yükümlülüğüne borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak gidilmesi, sebepsiz zenginleşme kurumunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu

⁷⁴³ Temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat edilmesi TBK m. 119/2 hükmünün açık düzenlemesi karşısında gerekmemektedir. (ayrını yönde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 704, Hans Giger, “Art 103 OR”, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, Dike Verlag AG, Zurich, 2016, s. 469; Jolanta Kren Kostkiewicz, “OR 103”, **Schweizerisches Obligationenrecht Orell Füssli Kommentar**, Zurich, 2016, s.414; (karş. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 1242)

⁷⁴⁴ Aynı yönde Serozan, **a.g.e.**,s. 884-885.

⁷⁴⁵ Bkz. Serozan, **a.g.e.**,s. 884; Von tuhr/Peter, **a.g.e.**,s. 511 vd.

⁷⁴⁶ Serozan, **a.g.e.**,s. 884-885.

bakımdan, kötü niyetli olsa da sebepsiz zenginleşenin elde edilmesi savsaklanmış semereleri giderim yükümlülüğü olamaz⁷⁴⁷. Kusurun şart olarak görülmediği sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, zararın giderilmesi için dayanak olamaz.

TBK m. 117/2 uyarınca, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen zenginleşme anında temerrüdüne düşeceğinden dolayı, faiz de zenginleşme anından itibaren başlayacaktır.

Bu başlık altında son olarak, kötü niyetli sebepsiz zenginleşme borçlusunun iade borcunun hesaplanmasına onun tarafından yapılan iade masraflarının düşülüp düşülmeyeceğini ele alabiliriz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, sebepsiz zenginleşen başlangıçtan – zenginleşme anından- itibaren kötü niyetli ise iade masraflarının düşülmesini isteyemeyecektir⁷⁴⁸. Bununla birlikte, zenginleşenin sonradan kötü niyetli sayıldığı durumlarda iade masraflarını isteyebilmeli; yalnız bunun üst sınırı da zenginleşenin iade ile yükümlü olduğunu öğrendiği anda yapmış olacağı masraf miktarı olacaktır⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Öz, **a.g.e.**,s. 160.

⁷⁴⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 396.

⁷⁴⁹ **A.e.**, s. 396.

7.4.Zenginleşenin Giderleri İsteme Hakkı

TBK m. 80 hükmünde, tekrar zenginleşenin iyi niyetli olup olmadığı ayırımına gidilerek onun ayrı bir alacak hakkı düzenlemiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere TBK m. 80’de düzenlenen ayrı bir alacak hakkıdır. Fakat bu hakkın zenginleşen tarafından ileri sürülmesi, iade borcunun doğmuş olmasına ve sebepsiz zenginleşme alacaklısının bunu borçluya karşı ileri sürmesine bağlıdır⁷⁵⁰. Dikkat edilirse, yukarıda da iadenin kapsamı açısından ele aldığımız sebepsiz zenginleşme konusu şey yüzünden zenginleşenin malvarlığında yer alan azalmalardan farklı olarak; söz konusu madde metninde sebepsiz zenginleşme konusu şey için yapılan “zorunlu ve yararlı” giderler TBK m. 80 kapsamına alınmıştır. Görüleceği üzere ortada iki talep kalemi karşımıza çıkmaktadır: “Zorunlu giderler” (*notwendige Verwendungen*) ve “yararlı giderler” (*nützliche Verwendungen*).

Alman hukukunda ise sebepsiz zenginleşme hükümleri içerisinde zenginleşenin bu hakları özel olarak Türk-İsviçre sisteminden farklı olarak düzenlenmemiş olup; zilyedin zorunlu ve yararlı giderleri isteme hakkının düzenlendiği §§994 ,996 BGB hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

TBK m. 80 metninden açıkça anlaşılacağı üzere, ister iyi niyetli olsun ister kötü niyetli olsun sebepsiz zenginleşen söz konusu iki gider kalemini talep edebilecek olup; kötü niyetli zenginleşenin talep miktarı bir üst sınıra tabi tutularak yararlı giderler bakımından onun ancak “ geri verme zamanında mevcut olan değer artışı” kadar talepte bulunabileceği kabul edilmiştir.

TBK m. 80’den doğan talep hakkının ayrı bir alacak hakkı olarak düzenlenmesinin sonucu olarak, sebepsiz zenginleşen –kötü niyetli olsa dahi- TBK m. 80’den doğan alacak hakkını ileri sürerek, takas beyanında bulunabilir ya da bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde –TBK m.97 hükmünün kıyasen

⁷⁵⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 536.

uygulanmasıyla- ödemezlik def'inde bulunabilecektir⁷⁵¹. Ayrıca, bu giderlerin kapsamına salt olarak sebepsiz zenginleşme konusu şeye yapılan masraflar girmekte olup; sebepsiz zenginleşmeye konu şeyden kaynaklı zararlar TBK m. 80 kapsamına girmez⁷⁵². İade konusuna giren elde edilen yararlar için yapılan masraflar da TBK m. 80 kapsamına girecektir. Örneğin, sebepsiz zenginleşmeye konu ineğin yavrusunun sonucunda yavrusunun beslenmesi için yapılan giderler, aşılınması ve kontrolü için yapılan veteriner masrafları gibi giderler TBK m. 80 kapsamına girecektir.

İlk olarak zorunlu giderleri ele alabiliriz. “**Zorunlu gider**” kavramından anlaşılması gereken, sebepsiz zenginleşme alacaklısının elinde, kontrolünde kalmış olsaydı kendisinin de yapmak zorunda kalacağı ve sebepsiz zenginleşme konusu şeyin korunması, iktisadi işlevini sağlaması için yapılması zorunlu olan giderlerdir⁷⁵³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere iade anında sebepsiz zenginleşme alacaklısına bir yararı olmasa dahi, zenginleşen bu masrafları sebepsiz zenginleşme alacaklısından talep edebilecektir⁷⁵⁴. Bu giderlerin istenebilmesi için zenginleşenin iyi niyetli olup olmasının bir önemi yoktur.

Yararlı giderler ise, zenginleşenin yapmasının zorunlu olmadığı fakat zenginleşmeye konu şeyin değerini ve verimini arttıran giderleri kapsar⁷⁵⁵. Yukarıda belirttiğimiz üzere kanun koyucu ikili bir ayrıma gitmiştir. Burada, iyi niyetli sebepsiz zenginleşeni korumak amacıyla –onu sebepsiz zenginleşme gerçekleştirmemiş olsaydı olacağı durumdan daha kötü duruma sokmamak amacıyla- yapılan giderin iade anında bir faydası olmasa dahi, sebepsiz zenginleşen tarafından istenebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık, kötü niyetli zenginleşen ancak iade zamanında

⁷⁵¹ Bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁵² Öz, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁵³ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1381; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 130; Öz, **a.g.e.**, s. 163; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 1003-1004.

⁷⁵⁴ Öz, **a.g.e.**, s. 163.

⁷⁵⁵ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1381; Öz, **a.g.e.**, s. 163.

yaptığı giderler eğer sebepsiz zenginleşme konusu şeyi değerini arttırmaktaysa; söz konusu değer artışını talep edebilir.

Lüks giderler ise TBK m. 80 kapsamına girmemektedir ve bu husus TBK m. 80/3 c.1’de “Zenginleşen, iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın, diğer giderlerin ödenmesini isteyemez.” İfadelerine yer verilerek belirtilmiştir. Lüks gider, zorunlu ya da yararlı olmayan ve masrafta bulunanın salt sübjektif ihtiyaçlarını tatmin etme amacıyla yapılan masraflardır. Her somut olayda, yararlı gider ile lüks gider ayrımının yapılması önem arz eder. Zira kimi hallerde giderin faydalı gider olup olmadığı çoğu zaman teknik bilgi gerektirecektir⁷⁵⁶. Örneğin, motorlu bir araçta lüks bir masraf gibi gözükse de değerini arttıran bir modifikasyon yapılması durumunda bunun lüks giderden ziyade faydalı bir gider olarak kabul edilmesi gerekecektir.

TBK m. 80/3 c.2’de ise söz konusu lüks giderlere ilişkin olarak, zenginleşene özel olarak “**sökerek alma hakkı**” (*Wegnahmerecht*) tanınmıştır. Fakat bu hak belli şartlara bağlanmıştır:

Şart 1) Bunun için öncelikle, zenginleşenin zenginleşme konusu şeye yaptığı kanundaki tabirle bir “ekleme” olması gerekmektedir. “Ekleme”den anlaşılması gereken, bütünleyici parçalardır⁷⁵⁷.

Şart 2) Bu “ekleme”nin ayrılabilir olması ve ayrılırken sebepsiz zenginleşme konusu şeye bir zarar verilmeyecek olması gerekmektedir. Eğer ayırma sırasında sebepsiz zenginleşme konusu şeyde bir zarar meydana gelirse, borçlunun ayrıca haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa TBK m. 112 hükmüne göre sorumluluğunun gündeme geleceği tartışmalıdır⁷⁵⁸. TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanmasını ileri süren görüşe göre, verilen zarar sebepsiz zenginleşmeden doğan borcun kötü ifasından kaynaklı olduğundan dolayı sorumluluk genel hükümlerden doğmaktadır.

⁷⁵⁶ Usul hukuku açısından, hakim tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılması çoğu halde gerekecektir.

⁷⁵⁷ Serozan, **a.g.e.**, s. 887; Öz/Oğuzman, **a.g.e.**, s. 391.

⁷⁵⁸ Haksız fiil hükümlerinin uygulanması görüşünde, bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1381. Genel hükümlere göre (TBK m. 112vd.) bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 166 vd. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.392.

Bize göre de bu görüş isabetlidir. Gerçekten de her ne kadar ayrı bir hak olarak zenginleşme borçlusu söküp alma hakkını kullanırken zarara sebebiyet vermiş olsa da; aynı zamanda zenginleşme borçlusunun aynen iade yükümü daha gerçekleşmediği için ve TBK m. 112 vd. hükümleri salt sözleşmeden doğan yükümlülüklerden ziyade genel olarak diğer borç kaynaklarına da ilişkin olarak düzenlenmiş olduğundan zenginleşme borçlusunun söküp alma hakkını kullanırken verdiği zararın kaynağı TBK m. 112 vd. hükmünden doğacaktır. Bunun da en pratik önemi ise ispat yükü, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, el değiştirmiş olacak sebepsiz zenginleşme borçlusunun TBK m. 112 uyarınca söküp alma hakkını kullanırken oluşan zarardan kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekecektir.

Şart 3) Ayırmanın sebepsiz zenginleşme konusu şeyi geri vermeden önce gerçekleşmiş olması gerekir. “Geri vermeden önce” ibaresine yer verilerek madde metninde bu husus vurgulanmıştır. Aksi halde zenginleşen bu hakkını ileri süremeyecektir⁷⁵⁹.

Şart 4) Zenginleşme alacaklısının, değerini vererek ayrılacak bütünleyici parçanın ayrılmasına engel olması şeklindeki seçimlik hakkını kullanmamış olması gereklidir⁷⁶⁰. Bu seçimlik yetkinin kullanılması da, metnin açık düzenlenmesi bakımından ancak iade anına kadardır⁷⁶¹.

Görüleceği üzere, kanun koyucu söküp alma hakkı bakımından, zilyedin iade yükümlülüğünü düzenleyen TMK m.994/2’den farklı olarak iyi niyet- kötü niyet ayrımı yapmamış olup; böylece kötü niyetli olsa da sebepsiz zenginleşen bu hakkı ileri sürebilecektir⁷⁶².

⁷⁵⁹ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 887.

⁷⁶⁰ Serozan, **a.g.e.**, s. 887.

⁷⁶¹ Aynı yönde, Öz, **a.g.e.**,s. 166 ; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 392 ;

⁷⁶² Öz/Oğuzman, **a.g.e.**,s. 391.

8. Sebepsiz Zenginleşme Talebinin İleri Sürülemeyeceği Haller

8.1 Genel Bilgi

Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından ayrıca detaylı olarak ele aldığımız iki hüküm olan TBK m. 78/2 ve TBK m. 81 hükümleri, sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülemeyeceği halleri ele almaktadır.

Burada evvela belirtmemiz gerekir ki, bir alt başlıkta ele aldığımız “zamanaşımı”ndan bu hükümlerdeki düzenlemenin muhtevası farklıdır. Zamanaşımı, sonucunda doğan bir hak mevcut ve sona ermemekte olup; hakkın talep-dava edilebilirliği ortadan kalkmaktadır. Söz konusu iki hükümde ise, sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak hakkının oluşmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu iki hükümde yer alan hallerin hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerekecektir. Zira belirttiğimiz üzere ortada sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir hak söz konusu olmayacaktır.

TBK m. 78/2 hükmüne göre zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından doğan zenginleşmelerin, hukuki bir sebebe dayalı olduklarından dolayı geri istenemeyecekleri düzenlenmiştir. Aşağıda ele aldığımız üzere zamanaşımı ile beraber özel olarak belli hükümlerde düzenlenen “eksik” borçlar da bu kapsama girmektedir. TBK m. 81’de ise hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeylerin geri istenemeyeceği ve

geri istenmesi talebiyle dava açılması durumunda geri istenen şeyin devlete mal edilmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Bu başlık altında her iki hükmü ayrı ayrı ele alacağız.

8.2.TBK m. 78/2 hükmü ve Eksik Borçların İfası

TBK m. 78/2 hükmü uyarınca ilk olarak zamanaşımına uğramış bir borcun ifası sebebiyle iade istenemeyeceği somut bir şekilde kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Bu hususun sebebi de, zamanaşımına uğramış olsa da ortada bir alacak hakkına istinaden gerçekleşen ifanın sebebinin söz konusu olmasıdır. Kısacası, ortada hukuki bir sebebi olan bir edim olduğundan, zenginleşmenin de bir sebebi olacaktır. Kanun koyucu tarafından bu hüküm düzenlenmemiş olsaydı bile, zamanaşımına uğramış bir borcun ifasında ortada bir alacak hakkı olduğundan ve bunun da hukuki sebep teşkil edeceğinden, zamanaşımına uğramış borçların ifası yine de sebepsiz zenginleşmeden doğan bir alacak hakkı doğurmayacaktı.

Zamanaşımına uğramış bir borç eksik borç haline dönüşmüş olacağından, bununla paralel olarak –her ne kadar kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş olmasa da- diğer özel düzenlemelerde yer alan eksik borçların ifası da (TBK m. 524- evlenme simsarlığı ve TBK m. 604/1- Kumarla bahis) sebepsiz zenginleşme hükümlerinden doğan bir alacak hakkı doğurmayacaktır⁷⁶³. Zira eksik bir alacak hakkının mevcudiyeti de, hukuki bir sebep teşkil eder.

TBK m. 78/2’de yer alan tüm hallerde (aşağıda belirtildiği üzere ahlaki ödevin yerine getirilmesinde de) edimde bulunan, borcunun ya da ahlaki ödevin talep

⁷⁶³ Ayrıca Bkz. Eren, **a.g.e.**, 898; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 874; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 482; Eren, **a.g.e.**, 899; Hahn, **a.g.e.**, s. 1378; Serozan, **a.g.e.**, s. 860.

edilebilir olduğu yönünde hataya düşse dahi iade isteminde bulunamayacaktır ve doktrinde de bu durum kabul edilmektedir⁷⁶⁴.

TBK m. 78/2 hükmünde ele alınan ikinci hâl ise, ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla yerine getirilen edimin iade istenemeyeceğidir. Kanun koyucu tarafından ahlaki bir ödev, edime ilişkin hukuki bir sebep olarak öngörülmüştür⁷⁶⁵.

“Ahlak” kavramının soyut bir kavram olduğu ortadadır ve peki bunun tespiti nasıl olacaktır? “Ahlak”ın dolayısıyla “ahlaki ödevin” varlığının tespitinin objektif kriterlere göre yapılması gerekmektedir⁷⁶⁶. Zira kişisel değer yargıları kişiden kişiye değişmektedir. Burada ele alınması ve göz önünde bulundurulması gereken subjektif ahlak değil, objektif ahlak olmalıdır. Böylece, objektif anlamda ahlaki ödevden bahsedilince toplum içinde bireylerin bir hukuk yaptırımını olmaksızın uymalarının iyi ve doğru karşılandığı objektif değerler⁷⁶⁷ söz konusu olacaktır. Böylece, teknik olarak “ahlaki bir ödev” bir borç değildir⁷⁶⁸. Edimde bulunan, ahlaki bir ödevi borç-yükümlülük sanarak edimin yerine getirmesi durumunda da, edimde bulunan sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak hakkına sahip olamayacaktır⁷⁶⁹. Bu hususun sebebi de çelişkili davranış yasağıdır. Örneğin muhtaç durumdaki akrabaya yapılan yardımın yanlışlıkla olduğunun ileri sürülmesi hukuk düzeni tarafından korunamaz.

Aynı doğrultuda, bizim görüşümüze göre ahlaki bir amaç olmaksızın sırf gösteriş gibi saiklerle gerçekleştirilen ödevlerin de iadesi istenemez. Zira dıştan objektif olarak bakıldığı “ahlaki ödev”in yerine getirilmesi yeterli olup; edimde

⁷⁶⁴ Hahn, **a.g.e.**, s. 1378; Von Tuhr/ Peter, **a.g.e.**, s. 479 ve 482, Serozan , **a.g.e.**, s. 860 . Eren, **a.g.e.**, 898.

⁷⁶⁵ Schwab, **a.g.e.**(§ 814), Rn. 24: Alman Hukukunda da 814 BGB hükmünde bu husus düzenlenmiş ve Türk-İsviçre düzenlemeleri ile paralellik arz etmektedir.

⁷⁶⁶ Aynı yönde bkz. Schwab, **a.g.e.**(§ 814), Rn. 24 ; Sprau, **a.g.e.**(§ 814), s. 1181 (Rn. 8).

⁷⁶⁷ Ahlak üzerine bkz. Vecdi Aral, **a.g.e.** , **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, 2001 , 70vd.

⁷⁶⁸ Eren, **a.g.e.**, 898.

⁷⁶⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 860; Eren, **a.g.e.**, 898; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 482; Hahn, **a.g.e.**, s. 1378; Sprau, **a.g.e.**(§ 814), s. 1181 (Rn. 8).

bulunanın -sübjektif olarak – ahlaki, vicdani bir saikle hareket edip etmediğinin önemi olmayacaktır. Bu bağlamda edimde bulunanın edimi, dışarıdan objektif olarak ahlaki bir ödev olarak görülüyorsa, edimde bulunanın istencinden bağımsız olarak iade olarak istenemeyecektir. Örneğin, sırf gösteriş ya da diğer insanlar ayıplamasınlar diye istemeyerek yardıma muhtaç birine yapılan yardımın iadesi TBK m. 78/2 kapsamında geri istenemeyecektir.

Hatayla kendini ahlaki bir ödev yerine getirmekle yükümlü olduğunu sanarak edimde bulunulması durumunda ise TBK m. 78/2 hükmü uygulanmayacaktır⁷⁷⁰. Örneğin, akrabası sandığı birine yardımda bulunması durumunda o kişi ile akrabalık bağının olmadığını öğrenen kişi pekala iade isteminde bulunabilir.

Aşağıda TBK m. 81 açısından ele aldığımız üzere bir hukuk normuyla hukuk düzeninde bir hukuki işleme izin verildiği zaman onun ahlaka aykırı olduğu iddiasında bulunulamayacağı gibi, aynı doğrultuda da hukuk düzeninin yasakladığı bir işleme istinaden gerçekleşen edimler de TBK m. 78/2 kapsamına girmemelidir⁷⁷¹. Örneğin, şekil şartı eksikliği sebebiyle batıl olan adi yazılı (harici) bir hukuki işlemin geçersizliğine dayanılması TBK m. 78/2 kapsamına girmeyecektir⁷⁷². Kanun koyucu tarafından şekil şartının tarafları koruyucu amacı karşısında TBK m. 78/2 hükmü ileri sürülemez.

8.3.TBK m. 81- Hukuka veya Ahlaka Aykırı Bir Sonucun Gerçekleşmesi Amacıyla Verilenin İstenmemesi

TBK m. 81 hükmünün ilk cümlesinde“hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın” gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği kaleme alınmıştır. Kural olarak hukuka ve ahlaka aykırı olan bir sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilen

⁷⁷⁰ Serozan, a.g.e., s. 223; Von Tuhr/ Peter, a.g.e., s. 482

⁷⁷¹ Sprau, a.g.e.(§ 814), s. 1181 (Rn. 8).

⁷⁷² Sprau, a.g.e.(§ 814), s. 1181 (Rn. 8).

edimler duruma göre ya sebepsiz zenginleşmeye dayalı isteme ya da istihkak talebine konu olurlar, fakat kanun koyucu tarafından bu hususa TBK m. 81 hükmüyle istisna getirilmiştir⁷⁷³.

BGB sisteminde yer alan farklılık dikkat çekicidir. Türk-İsviçre sisteminde Alman hukukunda olduğu gibi (§ 817/1 BGB) özel bir düzenlemeye verilmemiş; “*Condictio ob Turpem (vel iniustam) Causam*” haline ilişkin olarak özel bir alacağın temel kaynağının “Anspruchsgrundlage” düzenlenmesine kanun koyucu tarafından gidilmemiştir. TBK ve OR’de yegâne “Anspruchsgrundlage” hükmü TBk m. 77/1 (TBK m. 78/1 – yukarıda ifade ettiğimiz üzere bir ispat kuralıdır.) olup; sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepler bu hükümden doğmaktadırlar. § 817 BGB hükmünün ilk cümlesinde edimi alanın edimi almasının hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil ettiği ve edimin amacının bu doğrultuda olduğu durumlarda edimi alanın iade ile yükümlü olduğu düzenlendiğini belirtmiştik. İkinci cümlede ise, edimde bulunan açısından da hukuka ya da ahlaka aykırılık vuku bulması halinde iade isteminin mevcut olmayacağı ifade edilmiştir⁷⁷⁴.

Alman doktrinde bu hükmün “*ratio legis*”inin ne olduğu üzerine tartışmalar süre gelmiştir. Önceleri, gerek doktrinde gerek ise yargı kararlarında bu normun ceza karakterli olduğu ileri sürüldüğü gibi⁷⁷⁵; her iki tarafında ahlaka ya da hukuka aykırı hareket etmesi durumunda edimde bulunanın cezalandırılmasının bu görüşçe kabul edildiği doktrinde eleştirilmiş⁷⁷⁶ ve Almanya’da hakim görüş bunun bir cezalandırmadan ziyade hukuka veya ahlaka aykırı olarak edimde bulunanın hukuki korumaya layık olmadığından yararlanmaması amacıyla kanun koyucu tarafından bu

⁷⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 899; Derya Ateş, **Boçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Ankara, 2006,s.376 ([https://dspace.ankara.edu.tr/\(çevirimiçi\)](https://dspace.ankara.edu.tr/(çevirimiçi)) 21 Mart 2020.)

⁷⁷⁴ Looschelders, **a.g.e.**,s. 402.

⁷⁷⁵Bkz. Peter Salje, “**Zur Rückforderung von verdeckten privaten Parteispenden**”, s.1001-1002 [beck-online.beck.de \(çevirimiçi\)](https://beck-online.beck.de/(çevirimiçi)) 21 Mart 2020 ; Schwab,**a.g.e.**(§ 817), Rn. 10.

⁷⁷⁶Schwab,**a.g.e.**(§ 817), Rn. 10; Looschelders, **a.g.e.**, s. 403; Medicus/Petersen,**a.g.e.**, s.419.

normun düzenlendiğini kabul etmektedir⁷⁷⁷. Bununla birlikte, bu norm hukuka veya ahlaka aykırı hareket edenin edimde bulunduğu şeyi iade alamayacağını hesaba katması gerektiği şeklindeki genel önleme düşüncesine indirgenmektedir⁷⁷⁸. § 817 BGB hükmünün ikinci cümlesinin lafzına bakıldığında hem edimde bulunan hem de edimde bulunanın da hukuka ya da ahlaka aykırı hareket etmiş olması aranmaktadır. Fakat bu hükmün, sadece edimde bulunanın hukuka ve ahlaka aykırı hareket ettiği durumlar açısından da uygulanması gerektiği Alman doktrinde ve yargısında kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Bu hususun aksinin düşünülmesi durumunda normun amacına aykırılık olacağı da ifade edilmektedir⁷⁸⁰. Ayrıca, § 817 BGB hükmü birinci cümlede yer alan “*Condictio ob Turpem (vel iniustam) Causam*” ile beraber düzenlenmiş ve sanki ikinci cümle salt birinci cümle açısından uygulama alanı bulacağı izlenimi verse de, doktrinde ve uygulamada § 817 BGB’nin ikinci cümle hükmünün tüm edimden ötürü sebepsiz zenginleşme halleri açısından uygulama alanı bulacağı, fakat edim dışı zenginleşmelerde uygulama alanı bulamayacağı ifade

⁷⁷⁷ Looschelders, **a.g.e.**,s. 402; Schwab,**a.g.e.**(§ 817), Rn. 10; Koppensteiner/. Kramer, **a.g.e.**,s. 63;

⁷⁷⁸ Larenz/Canaris,**a.g.e.**,s. 162-163. Matthias Armgardt, **Der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB im Licht der neuesten Rechtsprechung des BGH** (NJW 2006, 2073, beck-online) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2020; BGH, **Urteil vom 10.4.2014 VII ZR 241/13** (NJW 2014, 1805, beck-online) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2020; Alman Federal Mahkemesi’nin söz konusu çok dikkat çekicidir. Alman hukukunda kaçak ve vergi dışı ödemeyi engellemek amacıyla kaçak ve vergi ödemeksizin çalışmayı engellemek amacıyla getirilen 23.07.2004 tarihli “Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz” (Kaçak Çalışmayla Mücadele Kanunu) hükümlerine aykırı ve bu bakımdan batıl olan eser sözleşmesine ilişkin olarak kısmen vergi ödemeksizin düşük bedel olarak faturalandırılan eser sözleşmesi uyarınca elden ödenmesi kararlaştırılan bedeli ödemeyen iş sahibine karşı yüklenicinin sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunamayacağını karara bağlamıştır. Bunu da gerekçelendirirken yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sözleşmeyi batıl sayan Alman Kaçak Çalışmayla Mücadele Kanunu’nunun amacının genel önleme olduğuna ve yüklenicinin bunu hesaba katması gerektiği gerekçesine dayandırmıştır. Alman Federal Mahkemesi’nin daha önceki içtihatında ise bu hususun aksine 817. Maddenin 2. cümlesinin dar yorumlanması gerektiği şeklinde karar vermiştir. BGH (VII. Zivilsenat), **Urteil vom 31.05.1990 - VII ZR 336/89 (2. Instanz: OLG Köln)** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2020

⁷⁷⁹ Bkz. Looschelders,**a.g.e.**,s. 403; Schwab,**a.g.e.**(§ 817), Rn. 48 (ayrıca bkz. dipnot 155’te yer alan kararlar); Koppensteiner/. Kramer, **a.g.e.**,s. 62; Medicus/Petersen, **a.g.e.**, s. 420.

⁷⁸⁰ Bkz. bir üst dipnottaki eserler.

edilmektedir^{781 782}.TBK m. 81/1 hükmünde de ele alacağımız üzere bu hükmün amaca uygun olarak sınırlandırılması eğilimi Alman doktrinde mevcuttur⁷⁸³. Bu dar yorumun temelinde ileri sürülen düşünce, salt edimde bulunana yaptırım uygulanırken kimi hallerde edimi alanın ödüllendirilmesi halinin engellenmesinin gerektiğidir⁷⁸⁴ ve ayrıca ihlal edilen normun koruma amacının göz önünde alınmasının gerektiği belirtilmektedir. Aşağıda İsviçre doktrininde de yer alan bu eğilimi birlikte ele alacağız.

§ 817 BGB ikinci cümlesindeki düzenlemenin izdüşümü olarak TBK m.81 c.1 (EBK m. 65- OR 66) hükmü yer almaktadır. Fakat burada söz konusu hükmün düzenlenişi bakımından Alman hukukundan önemli bir farkı vardır. Hem TBK m. 81 c.1 (OR 66)’da “*Condictio ob Turpem (vel iniustam) Causam*”’ın bir istisnasıymış gibi düzenlenmemiş⁷⁸⁵, hem de madde metninde açıkça anlaşıldığı üzere salt “edimde bulunan açısından” söz konusu sınırlamanın şartı ele alınmıştır. Böylece TBK/OR sisteminde edimi alanın hukuka veya ahlaka aykırı amaçla hareket etmesinin gerekip gerekmediğine ve bu hükmün “*Condictio ob Turpem (vel iniustam) Causam*”’ın istisnası olup olmadığına ilişkin bir tartışmaya kanun koyucu tarafından mahal verilmemiştir. Böylece, TBK 81 hükmü borçlanılmamış edimin ifası “*Condictio Indebiti*”, zenginleşmenin gerçekleşmemiş bir sebebe dayanması ve “*Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*” şeklinde edimden ötürü sebepsiz zenginleşme hallerine uygulanabilecektir⁷⁸⁶. TBK m. 81 hükmü, zenginleşmenin

⁷⁸¹ Bkz. Looschelders, **a.g.e.**, s. 403; Schwab, **a.g.e.**(§ 817), Rn. 11.

⁷⁸² Ayrıca, bu hükmün kıyas yoluyla vekaletsiz iş görme, haksız fiil, mülkiyet , zilyetlik halleri ve tüketicinin cayması gibi hallerde kıyasen uygulanmasına ilişkin tartışmalar Alman doktrininde ve uygulamasında vardır. Schwab, **a.g.e.**(§ 817), Rn. 16 vd.

⁷⁸³ Schwab, **a.g.e.**(§ 817), Rn. 22 vd.; ayrıca Serozan, **a.g.e.**, s. 891.

⁷⁸⁴ Bkz.Serozan, **a.g.e.**, s. 891.

⁷⁸⁵ Burada belirtmemiz gerekir ki, tarihsel süreçte “*Condictio ob Turpem (vel iniustam) Causam*” ayrı bir “*condictio*” türü olarak Roma Hukuku ilk dönemlerinde mevcut değildi. Justinian döneminde bu *condictio* tipine yer verilmiştir. (bkz. başlık 1.1.’de bu hususu ayrıntısı ile belirtmiştik . Ayrıca bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 20)

⁷⁸⁶ Hahn, **a.g.e.**, s. 1382.

sonradan sona ermiş bir sebebe dayanması haline (*Condictio Ob Causam Finitam*) niteliği gereği uygulanamaz. Zira hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç başlangıçtan itibaren hukuki bir sebep olarak görülemez.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TBK m.81 hükmünde edimi alanın hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç taşıyıp taşımadığı önem arz etmemekte olup; dikkate alınması gereken edimde bulunandır ve edimde bulunan tarafından hukuka ya da ahlaka aykırı bir amacın varlığı yeterli sayılacaktır⁷⁸⁷. Görüleceği gibi, edimde bulunanın amacının hukuka veya ahlaka aykırı olması gerekmektedir. Yargı kararlarına da konu olduğu üzere doktrinde de bu duruma örnek olarak gösterilen husus, evlenme amacıyla diğer tarafa gerçekleştirilen edimlerdir⁷⁸⁸. Bu durumlarda amaç ahlak dışı ve hukuka aykırılık teşkil etmediği için TBK m. 81 hükmü uygulama alanı bulamaz.

Ayrıca TBK m. 81’de yer alan “verilen” ifadesinden, söz konusu hükmün ancak tasarruf işlemi ile kazandırmalara uygulanacağıdır⁷⁸⁹. Böylelikle TBK m. 18 uyarınca soyut borç ikrarı ya da kambiyo senedinin verilmesi gibi durumlar TBK m. 81 kapsamına –iade engeline- takılmayacaktır⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Hahn, **a.g.e.**, s. 1382; bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 900 (açıkça yazılmış olmasa da metinden bu sonuç çıkmaktadır.) ; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.364; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 136. Buna karşılıklı Hatemi/Gökyayla tarafından TBK m. 81’in taraflardan birinden ziyade , her iki tarafında ortak amacının, konunun hukuka ya da ahlaka aykırı ise uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Biz bu görüşe kanunun açık düzenlemesi doğrultusunda katılmıyoruz. Bir alt paragrafta bahsettiğimiz TBK m. 81 ve TBK m. 27 hükümlerinin uygulama alanının her zaman aynı olmadığı hususu da buna ilişkin ayrıca gerekçemizdir.

⁷⁸⁸ **Yarg. 14. HD. 18.12.2018T. 2018/3355E. , 2018/9154K.** “Temlikteki amacın resmi evlilik birlikteliğini sağlamak olup, gayri ahlaki bir amaç taşınmadığı, buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinin uygulama yeri bulunmadığı...” ; **Yarg. 3. HD. 04.02.1999T. 1999/504E., 1999/627 K.** ayrıca bkz.Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.364.

⁷⁸⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.366; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 492..

⁷⁹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.366; ayrıca aynı yönde bkz. **Yarg. 3. HD. 09.05.2018 T. 2016/17924 E. , 2018/4924 K.** ; bkz. Eren, **a.g.e.**,s. 900.

TBK m. 81 kapsamına asli edim olduğu kadar, tali edimler de girmektedir ve bu husus tartışma dışıdır⁷⁹¹.

Doktrinde de “objektif koşul” olarak belirtilen gerçekleşmesi amaçlanan “hukuka veya ahlaka aykırı sonuç” ibaresinin yorumlanış biçimi bu hükmün uygulama alanına ilişkin tartışmaların temelini oluşturmaktadır⁷⁹². Bu bakımından da evvela TBK m.81’in TBK m. 27 hükmü ile arasındaki bağdan bahsetmek önem arz etmektedir. Zira akla ilk gelen soru, TBK m. 81 hükmü ile TBK m.27’nin uygulama alanının aynı olup olmadığıdır. Bilindiği üzere TBK m. 27 hükmü uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkansız olan (başlangıçtaki imkansızlık hali) sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu hüküm karşısında acaba hukuka veya ahlaka aykırı olan her sözleşme açısından ifa edilmiş olan edimler tamamen TBK m. 81 uyarınca geri istenemeyecek midir? Bu soruya gerek doktrinde haklı olarak olumsuz cevap verilmiştir⁷⁹³. TBK m. 27 ile TBK m. 81’in uygulama alanının özdeş olduğu şeklindeki geniş bir yorum⁷⁹⁴ TBK m. 81’in amacı dışına çıkmış olacaktır. Bu duruma da, uygulamada da en karakteristik örnek olarak kanımızca harici gayrimenkul satış sözleşmeleri uyarınca verilen satış bedelleri karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmedeki şekil şartı eksikliği sebebiyle olan geçersizliği, hukuka aykırılığı bilmesine rağmen

⁷⁹¹ Bkz.Pınar Çağlayan Aksoy, “**Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme**”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Ed. Korkut Özkorkut) , C. 31 Sayı 4, ;Ankara, 2015, s. 140 ; bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 128 (Rn. 481)

⁷⁹² Bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 73 vd.

⁷⁹³ Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s.364. (ayrıca bkz. 213 numaralı dipnotta yazan karar) ; bkz. Öz, **a.g.e.**,s. 114; ayrıca, bkz. Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.151vd.

⁷⁹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları 2008 yılına kadar bu yorum çevresinde şekillenmiştir Bkz. **BGE 102 II 401** [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 25.03.2019 ve bu husus doktrinde eleştirilmiştir. (bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 75vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 680vd.) 12 Haziran 2008 tarihli kararında ise İsviçre Federal Mahkemesi doktrindeki görüşleri kabul ederek OR 66’ı tekrar dar yorumlayarak, bu hükmün uygulama alanının, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil için ödenen teşvik amacıyla yapılan edimlerle (“Gauenerlohn”) sınırlı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. **BGE 134 III 438(4A_16/2008)** [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 25.03.2019.

sırf karşı edim kavuşma amacıyla ifade bulunan alıcı iade talebinde bulunabilecektir. Tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi Türk-İsviçre uygulamasında da bu husus aynı şekildedir⁷⁹⁵. Buna karşılık olarak, kimi hallerde hem TBK m. 27 hem de TBK m. 81 hükmü uygulama alanı olabilecektir. Cinsel ilişki kurmaya yönelik bir sözleşme ya da genelev işletilmesine ilişkin sözleşmeler hem TBK m. 27 hükmü uyarınca batıl olacak hem de TBK m.81 engeline takılarak verilen edim iade istenemeyecektir. Görüldüğü üzere, TBK m.27 ile TBK m. 81'in uygulama alanı farklı olup, kimi hallerde de söz konusu uygulama alanları kesişmektedir⁷⁹⁶. Buna karşılık Yargıtay uygulamasında da bu durumun karıştırıldığı ve iki hükmün sanki birbirinin tamamlayıcısı gibi olduğu maalesef gözlemlenmektedir⁷⁹⁷.

TBK m. 81 c.1 (OR 66) hükmünün geniş uygulanmasını kabul eden görüşlerin, bu normun amacının edimde bulunanı cezalandırma amacının olduğunun kabulüne dayanmakta olduğu ortadadır. İsviçre yargısındaki bu tarzdeki uygulamalar, doktrinin tepkisi ile karşılanmıştır. Bilhassa sebebe bağlılık ilkesinin

⁷⁹⁵ Bkz. **BGE 115 II 28** <https://www.swisslex.ch/>(çevirimiçi) 25.03.2019 Örneğin bkz. **Yarg. 3. HD 02.06.2015 T. , 2014/16637 E. 2015/10064 K. ; Yarg. 8. HD. 03.04.2018 2016/11260 E. – 2018/10570 K. ; Yarg. 13. HD. 03.04.2019 T. ; 2016/12872 E. , 2019/4503K..**

⁷⁹⁶ Öz, **a.g.e.**,s. 114.

⁷⁹⁷ Bkz.Çağlayan/Aksoy, **a.g.e.**, s. 169'da ve170'de yer alan kararlar. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bir kısım kararlarında o kadar geniş yorumlanmıştır ki, bu hüküm “evlenme amacıyla” yapılan kazandırmanın dahi TBK m. 81 kapsamına girdiği kabul edilmiştir. (**Yarg. 13. HD. 15.05.2004, 2003/2370E, 2003/6041K.**) ; davacı kocanın karısına boşanma amacıyla verilen taşınmazı, kendisinin boşanma davasından feragat edilmesi sebebiyle EBK m. 65 uyarınca anlaşmalı boşanmanın ancak hakimin onaylayacağı bir anlaşma ile sağlabileceği gerekçesi iade isteyemeyeceği hakkındaki karar için bkz. **Yarg. 2. HD. 21.04.1999T. 1999/1926 E. 1999/3904;** tarihsel süreçte Yargıtay'ın esasında tam hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil için ödenen teşvik amacıyla yapılan edim tanımına denk düşen bir olayda ise son derece yanlış, isabetsiz kararında, davacının oğlunun davalının kızına karşı işlediği cinsel istismar suçundan şikayetçi olmaması için davacının davalıya şikayetinden vazgeçmesi amacıyla para ödemesine rağmen davalının şikayetinden vazgeçmemesi üzerine iade talebinde bulunmasına ilişkin olarak bunu hukuka ve ahlaka uygun bulduğu (!) kararına ilişkin **bkz. Yarg. 13. HD. 05.02.1988, 1988/141E. , 1988/543K.**

sonucu⁷⁹⁸ olarak sinallagmatik sözleşmelerde taraflardan birinin istihkak talebinde bulunurken; diğerinin ise (çoğunlukla alıcının ödediği parayı iade isteminde sebepsiz zenginleşme talebi ileri süreceğinden) sebepsiz zenginleşme talebinin OR 66 (TBK m. 81 c.1) engeline takılacağından dolayı bu yaklaşım eleştirilmiştir⁷⁹⁹. Burada Roma hukukundan kalma “*in pari turpitudine melior est causa possidentis*” iki tarafında haksız davranışında zilyedin üstün tutulacağını belirten ilkesinin uygulanması eleştirilerin odağı olmuştur⁸⁰⁰. Örneklendirecek olursak, bir menkul satışında satıcı sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemi geçersiz olacağından istihkak “*vindicatio*” talebine dayanabilecek; öte yandan alıcı ise paranın iadesine ilişkin talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin olacağından TBK m. 81 hükmünün - geniş yorumlanmasıyla- iade isteminin engeliyle karşı karşıya gelecektir. Buna binaen doktrinde bir kısım yazarlar tarafından TBK m.81 hükmünün kıyasen istihkak taleplerinde de uygulanması görüşü ileri sürülmüştür⁸⁰¹⁸⁰². Bu görüşe karşılık olarak da bazı yazarlar ise tersinden bir yol izlenerek TBK m. 81’in “*vindicatio*”ya kıyasen uygulanması kabul edilmemiş; karşılıklı olarak *vindicatio* ve sebepsiz zenginleşme taleplerinin –TBK m. 81 hükmünün uygulanması MK m. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması olacağı savıyla- ileri sürülebileceği sonucuna varmışlardır⁸⁰³. Doktrinde

⁷⁹⁸ Friedrich Carl von Savigny’nin modern hukuka armağanı olan sebepten soyutluk ilkesinin uygulanması durumunda her iki tarafın talebi de sebepsiz zenginleşmeye dayanacağından, Alman hukukunda böyle bir tartışma söz konusu değildir.

<https://dfk-online.sze.hu/images/J%C3%81P/2011/2/Dobos.pdf> (çevirimiçi) 25.03.2019.

⁷⁹⁹ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1382.

⁸⁰⁰ Hahn, **a.g.e.**, s. 1382.

⁸⁰¹ Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 521; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 56.13; Hahn, **a.g.e.**, s.1382; Huguenin, **a.g.e.**, s. 490; ayrıca bkz. Yves Rüedi, **a.g.e.**, s. 137 ve burada Rn.516’da yer alan eserler; Türk doktrinde bkz. Hatemi/Gökyayla , **a.g.e.**, s. 206,207.

⁸⁰² Ayrıca konuyla alakalı olarak; TBK m. 81 hükmünün diğer borç ilişkilerine ilişkin olarak kıyasen uygulanması doktrinde tartışılmıştır. Konumuzun dışında olduğu için , burada kısaca belirtme yoluna gitmekteyiz. Doktrinde, hakim görüş haksız fiiller açısından bu hükmün uygulanması kabul edilmemesi şeklindedir. (bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 147 vd (bilhassa Rn. 564’de yazılı eserler); Hahn, **a.g.e.**, s. 1382)

⁸⁰³ Bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 207; Antalya, **a.g.e.**, s. 603; BGE 76 II 346 <https://www.servat.unibe.ch/dfp/pdf/c2076346.pdf> (çevirimiçi) 25.03.2019.

hakim görüş ise, OR 66'nın hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil için ödenen teşvik amacıyla yapılan edimlere ("Gaunerlohn") indirgenmesi gerektiğidir⁸⁰⁴.

TBK m. 81'in uygulama alanı açısından ise bizim görüşümüze nihayet yer verebiliriz. Öncelikle TBK m. 81 c.2 hükmü ile gelen "müsadere" düzenlemesinin getirilmiş olması (aşağıda belirttiğimiz üzere bizim görüşümüze göre söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırıdır.) TBK m. 81'in geniş yorumlanacağı anlamına gelemes⁸⁰⁵. Zira TBK m. 81 c.2'nin Türk kanun koyucusu tarafından getirilmesinin amacı, doktrinde yer alan eleştiriler çerçevesinde edimi alanın mükafatlandırılmaması amacıyla⁸⁰⁶. Buna karşılık TBK m. 81'in uygulama alanının tayininde bu normun ortaya çıkış ve gelişme süreci göz önünde bulundurularak - kısacası tarihsel yorum – dikkate alınmalıdır. Evvela Roma hukuku ile ilgili açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere⁸⁰⁷ bu hükmün temeli hükmünün kökenini oluşturan "*Condictio Ob Turpem (Vel Iniustam) Causam*"a dayanmaktadır ve Roma Hukuku kaynaklarında da ancak hukuka veya ahlaka aykırı bir amacı teşvik için verilen örnekler mevcuttur⁸⁰⁸. Bununla birlikte de İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun hazırlanış sürecinde de, söz konusu iade engelinin "*Condictio Ob Turpem (Vel Iniustam) Causam*"ın istisnası olarak taslak çalışmalarda yer aldığı, fakat mevcut düzenlemede ise Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi "*Condictio Ob Turpem (Vel Iniustam) Causam*"(BGB § 817) yer verilmemesinin nedeninin

⁸⁰⁴ Bkz. Huguenin, a.g.e., S. 487; bkz. Rüedi, a.g.e. s. 80 vd. yer alan görüşler , von Tuhr/Peter, a.g.e., s. 491-492 vd. Schwenger,a.g.e., Rn. 56.12; Bucher, a.g.e.,s. 678; Hahn, a.g.e., s. 1382; Hermann Schulin, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I**, ed : Honsell/Vogt/Wiegand, Basel 2008; OR 66 , N.5. ;Probst/Ernst, a.g.e., s. 530vd.; Guhl/Koller, a.g.e., s. 222-223 (Rn.13) ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni görüşü de bu yöndedir Bkz. **BGE 134 III 438(4A_16/2008)** [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 25.03.2019.

⁸⁰⁵ Aynı yönde bkz. Çağlayan/Aksoy, a.g.e., s. 171 vd.

⁸⁰⁶ EBK zamanında devlete .. geçmesi gerekir eleştirisi hakkında bkz Ataay, a.g.e., s. 390;von Tuhr/Peter,a.g.e., s. 491; Oğuzman/Öz, a.g.e.362.

⁸⁰⁷ bkz. başlık no. 1.1.

⁸⁰⁸ Bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D12_Scott.htm#V (çevirimiçi) 11 Haziran 2018 (ayrıca bkz. başlık no. 1.1'deki açıklamalarımız)

hiçbir yerde somut bir şekilde vurgulanmadığı belirtilmektedir⁸⁰⁹. Kısacası, tarihsel süreçte hukuka veya ahlaka aykırı amaçla verilen edimlerin topyekun yasaklanacağına ilişkin somut bir uygulama olmamakla birlikte, sistematik olarak bir sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersiz olması ile hukuka veya ahlaka aykırı amaç olgusu ayrı şeyler olup; ayrı maddelerde sistematik olarak düzenlenmiştir. Örneğin belli sözleşme tiplerinde şekil şartının öngörülmesinin fonksiyonlarından biri, tarafları koruma amacıdır ve bunun sonucunda da taraflar verdiklerinin iadesini talep edebileceklerdir. Bu bakımdan da TBK m. 81 hükmünün uygulama alanı dar olarak uygulanmalıdır. Ayrıca, sözleşme serbestisine kurulu bir hukuk sisteminde sözleşme serbestisinin mümkün olduğunca geniş ele alınması gerekir ve bu da TBK m. 81'in uygulanmasını dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Böylece, doktrinde ileri sürülen TBK m. 81'in uygulama alanının sinallagmatik sözleşmeler açısından karşı edimin verilmiş olduğu durumlar açısından hakkın kötüye kullanılması yasağına indirgemeye yer ve gerek de yoktur. Normun tarihsel geçmişi de göz önünde bulundurulduğunda, TBK m. 81'in uygulama alanının ancak hukuka veya ahlaka aykırı bir fiilin işlenmesi amacıyla verilen edimler “*Gaunerlohn*” açısından geçerli olduğunun kabulü gerekir.

TBK m. 81'in uygulama alanını belirttikten sonra; ortada hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun elde edilmesi kastıyla edimde bulunan tarafından – kasten- hareket edilmesi ve ortada kazandırmanın gerçekleşmiş olması gerekmekte olduğunu

⁸⁰⁹ Rüedi,**a.g.e.**,s. 92-93.

belirtmeliyiz^{810 811}. İhmal yeterli değildir⁸¹². Edimde bulunanın “kastından” anlaşılması gereken, edimde bulunanın söz konusu hukuka veya ahlaka aykırı amaca ulaşmak amacıyla bilerek edimde bulunmasının yanında, edimde bulunanın hukuka veya ahlaka aykırı amacı bilmesi gerekmekte olduğu durumların da bu kapsama girmekte olduğudur⁸¹³.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki; Alman hukuku açısından da kabul edildiği üzere, Türk-İsviçre sistemi açısından da TBK m. 81 (OR 66) edim dışı zenginleşmelerde uygulama alanı bulamaz⁸¹⁴. Bunun sebebi de açıkça madde metninde “verilen şey” ibaresine yer verilmesindendir⁸¹⁵.

TBK-OR sistemine ilişkin olarak doktrinde, hakimin TBK m.81 hükmünün hakkı mı sonlandırdığı yoksa dava (talep) edilebilirliği mi sonlandırdığı açısından da fikir birliği yoktur. Bu tartışmanın pratik sonucu, TBK m. 81 kapsamına giren bir edimin iadesinin, eksik bir borç sayılıp sayılmayacağı ve buna bağlı olarak zenginleşen tarafından iade edilip edilemeyeceğinin tespitidir. Eğer eksik borç olduğu kabul edilirse TBK m.78/2 kapsamında zenginleşen, iadede bulunduğu şeyi tekrar isteyemeyecek; buna mukabil TBK m. 81 uyarınca hakkın sona erdiği kabul edilirse; zenginleşen iade ettiği şeyi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca

⁸¹⁰ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 900-901; Antalya, **a.g.e.**, s. 602; Claire Huguenin, **Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess Verlag, Zurich, 2012 s. 487.

⁸¹¹ **YHGK 17 11.1999, 1999/13-990 E., 1999/956 K.** “...Ancak davacıda başkalarını yanıltıp, sisteme dahil ederek kazanç sağlamak gayesi ile sözleşme imzalayıp sisteme girmiştir. Bu durumda davacı da iyi niyetli olmayıp, haksız ve ahlaka aykırı şekilde kazanç sağlamak peşindedir. Sistemin deşifre olup, tıkanması nedeniyle istediği kazancı sağlayamayacağını anladığında bu davayı açmıştır. Kanun kötü niyeti himaye etmediği gibi, B.K. 65.maddesi hükmüne göre haksız veya ahlaka aykırı bir maksat istihsalı için verilen şeyin istirdadı da mümkün değildir...”

⁸¹² Bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 62.

⁸¹³ Hahn, **a.g.e.**, s. 1382; Rüedi, **a.g.e.**, s. 62; Ayrıca gerek İsviçre gerek ise Türk yargı kararlarında kasıt üzerinde durulmamıştır. (İsviçre yargı kararları açısından da ayrıca bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 62)

⁸¹⁴ Huguenin, **a.g.e.**, s. 487.

⁸¹⁵ Huguenin, **a.g.e.**, s. 487.

(condictio indebiti TBK m.78/1'e dayanarak) geri isteyebilecektir⁸¹⁶. Ayrıca, ikinci bir sonuç olarak da hakimin bu hususu re'sen dikkate alıp almayacağı da ayrıca tartışma konusu olacaktır. İsviçre'de doktrinde hakim görüş, hakkın sona ermeyeceği salt hakkın talep edilebilirliğinin (eksik borç hali doğurduğu) ortadan kalktığı yönündedir⁸¹⁷.

Kısacası bir görüşe göre, hak sona erecek⁸¹⁸; diğer görüşe göre ise, TBK m. 81 hali salt dava–talep- edilebilirliği ortadan kaldıracaktır⁸¹⁹. Bizim görüşümüze göre ise, gerek TBK m. 81 (OR 66) gerek ise EBK m.65 hükmü açısından, açık düzenleme karşısında eksik borçtan söz edilemez. Kanun koyucu sistematik olarak “eksik borç” sayılan haller hakkında ortada bir alacak hakkı olduğu ve bu alacak hakkı ile ilgili olarak dava ya da icra takibi açılmayacağını açıkça kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir⁸²⁰.(bkz. TBK m. 525 –evlenme simsarlığı- , 604 I – kumarla bahis-) Buna karşılık TBK m. 81'de ise bu şekilde bir düzenleme olmayıp; verilen şeyin geri istenemeyeceği, yani ortada talep edilebilir bir hakkın olmadığı ifade edilmektedir. Bundan dolayı da mahkeme TBK m. 81 c.1 hükmünü re'sen dikkate almak zorundadır. Aynı doğrultuda, aşağıda belirttiğimiz üzere mehz kanun OR'de yer almayan EBK m. 65 hükmüne eleştiriler sonucunda getirilen⁸²¹ ve bizim

⁸¹⁶ Rüedi, **a.g.e.**, s. 123 (Rn. 461)

⁸¹⁷ Von Tuhr/Peter,**a.g.e.**,s. 490vd. ; Hahn, **a.g.e.**, s. 1382; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, Rn. 1548;

⁸¹⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 367 (Yazar, TBK m. 81 c.2'de yer alan devlete mal etme yetkisinin kanun koyucu tarafından verilmesinden yola çıkmakta olup; EBK döneminde eksik borç görüşünü ileri sürmekte olduğunu belirtmektedir.) ; Guhl/ Koller, **a.g.e.**, s. 222.

⁸¹⁹ Rona Serozan, “**Geçersiz Satım Sözleşmesinin Çözülmesi**”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 3 sayı 4, İstanbul, 1969, s. 193; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 367; Öz, **a.g.e.**, s.119.

⁸²⁰ Rüedi tarafından ise, “Ausschluss der Rückforderungen” geri isteme talebinin dışlanması ibaresine yer verilip, “Ausschluss des Bereicherungsanspruchs” sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının dışlanması ibaresine yer verilmemesinden aksi görüş savunulmaktadır.

⁸²¹EBK zamanında “devlete .. geçmesi gerekir” eleştirisi hakkında bkz Ataay, **a.g.e.**, s. 390;von Tuhr/Peter,**a.g.e.**, s. 491; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,362)

doğru bulmadığımız bir hüküm olan TBK m. 81 c.2’de belirtilen “hakime hukuka ya da ahlak aykırı amaçla verilen şeyi devlete mal etme yetkisi”nden yola çıkarak da bu sonuca varılabileceği de Türk doktrinde ifade edilmektedir⁸²².

Hakimin TBK m. 81 halini re’sen dikkate alıp almayacağı da tartışmalıdır. Hemen belirtmemiz gerekir ki, üst aragrafta belirttiğimiz sadece dava –talep – edilebilirliğin ortadan kalktığını ileri süren görüş taraftarları da dâhil olmak üzere, hakim görüş TBK m. 81 halinin hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerektiği yönündedir⁸²³. Eksik borç görüşünü savunanlar, kanun koyucu tarafından OR 66 (TBK m.81 c.1) hükmünün sebepsiz zenginleşme talebinin bir şartı olarak konulduğunu ve hakimin hukuku re’sen uygular - “ *iura novit curia*”- kuralına dayandığını ileri sürmektedirler⁸²⁴. Diğer görüşe göre ise bu husus ancak davalı tarafından bir defî olarak ileri sürülebilecektir⁸²⁵. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bizim görüşümüze göre, ortada bir alacak hakkı olmayacağından doğal olarak hakimin TBK m. 81 hükmünü re’sen dikkate alması gerekmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Alman hukukunda söz konusu normun amacına ilişkin tartışmalar İsviçre doktrinde de doğal olarak gerçekleşmekle⁸²⁶ birlikte, mevcut düzenlememiz karşısında TBK m. 81 c.2’de hakime açıkça aslında bir ceza hukuku kurumu olan “müsadere” yetkisinin verilmesi karşısında, sanki Türk Kanun koyucusu tarafından TBK m. 81 c.1 açısından izlenen amacın edimde bulunana cezalandırma olduğu sonucuna varılabilecektir⁸²⁷. Fakat bu durum aşağıda belirttiğimiz üzere kabul edilemez.

⁸²² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**,s. 367

⁸²³ Rüedi,**a.g.e.**, s. 153 (Rn. 583); Hahn, **a.g.e.**,s. 1382; Schulin,**a.g.e.**,(**OR 66**) , Rn. 8; Re’sen dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 522; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 367.

⁸²⁴ Bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 153-154 (Rn. 587-588)

⁸²⁵ Bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 153 (burada belirtili yazarlar)

⁸²⁶ Bkz. Serozan, **a.g.e.**,s. 891(paragraf no. 7) ;

⁸²⁷ Devlete mal edilmenin bir müsadere hükmü olduğu ve ahlaka aykırılığın geniş uygulanması olduğu yönünde ayrıca bkz. Hatemi/Gökyayla,**a.g.e.**,s. 207 ve bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**362

Burada belirtmemiz gerekir ki, TBK m.81 c.2 hükmünün getirilmesindeki tartışmaların kaynağı doktrinindeki eski tartışmalara da dayanmaktadır. Bir görüşe göre, OR 66'da yer almayan müsadere hükmünün yürürlükte İsviçre Medeni Kanunu(ZGB) 57/3 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla varılabileceği belirtilmektedir⁸²⁸. Hemen belirtelim ki, ZGB 57/3 hükmü TMK m. 54/3 “*Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her halde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*” hükmüne karşılık gelmektedir. Von Tuhr tarafından 1924 tarihinde, sadece özel hukuk uygulaması açısından 1900 yılına kadar yürürlükte kalmış olan *Prusya Genel Memleket Hukuku* kodifikasyonunda (205 ve 206. Maddelerde) yer alan müsadere düzenlemesinin örnek alınarak OR 66 hükmünün sonucu olarak da müsadereye yer verilmesi önerisinde bulunulmuştur⁸²⁹⁸³⁰. Fakat bu öneri, haklı olarak müsadereyi özel hukuka uymayan bir yaptırım türü ve bunun ceza hukukunun bir problemi olduğu ; özel hukuk açısından ise ancak sebepsiz zenginleşme talebinin engeline yer verileceği şeklindeki argümanlarla haklı olarak kabul edilmemiştir⁸³¹⁸³².

⁸²⁸ Bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 161 vd.

⁸²⁹ Bkz. Reto Heizmann, **Strafe im schweizerischen Privatrecht**, Stämpfli Verlag AG, Zurich, 2015, s. 439; Hatta tarihsel süreçte Alman doktrininde de § 817 II BGB hükmü açısından da müsadere önerisi getirilmiş olduğu da ifade edilmektedir. (bkz. a.e., s. 44 , dipnot 2195)

⁸³⁰ Burada ayrıca, tarihsel sürece kısaca göz atmak önem arz eder. Müsadere yöntemi ayrıca, *Maximilian III. Joseph* Döneminde 1756 yılında yürürlüğe giren Bavyera Elektörlüğü kodifikasyonu olan “*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*”de de yer almaktadır. “Fahişe parası” örneği üzerinden hem edimi alanın hem de edimi verenin sorumluluğunda müsadere edimin hazineye geçmesi kabul edilmiştir. Ayrıca Kutsal Roma İmparatoriçesi *Maria Theresia* zamanında yürürlük kazanmayan kanun önerisi olarak kalan “*Codex Thesarianus*”ta da müsadere düzenlemesine yer verilmiştir. (bkz. Rüedi, **a.g.e.**,s. 22) Yalnız dikkat çekmek isteriz ki, bu düzenlemeler modern hukukun düzenlemeleri değildir; kaldı ki o 18. 19. Yüzyılda dahi birçok kodifikasyonda “özel hukuk müsadere” düzenlemesi yer almamaktadır. Mutlak monarşinin olduğu anlayıştan geldiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Bireyin özgür olduğu modern hukuklarda devlet müdahalesinin “özel mülkiyet” üzerindeki sınırlamasının asgari olması gerekir ve bu da yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere özel hukukta bir ceza hukuku müessesesi olan müsadereyi yer almaması gerektiğinin temelini oluşturur.

⁸³¹ Bkz. Rüedi, **a.g.e.**, s. 161vd.

TBK m. 81 c.2 uyarınca hukuk yargıcına bir ceza hukuku müessesisi olan “müsadere”nin uygulama yetkisi verilmesi bizim görüşümüze göre hem yersiz olmuş hem de bu hüküm Anayasa’ya aykırıdır⁸³³. Özel hukuk ilişkilerine ilişkin normlar arasında, devletin suçlara ve suçlar ile niteliksel olarak aynı fakat nicesellik olarak farklı olan kabahatlara⁸³⁴ ilişkin olarak öngörülmüş özel bir yaptırım olan müsadereye TBK’da yer verilmesi son derece isabetsiz olmuştur. Özel hukuk normları, özel hukuk ilişkilerinin tarafları arasındaki ilişkilere ilişkin kalmalı; devletin müdahalesi ile yargılama konusu şeyin devlete mal edilmesi, özel hukuk ilişkisine ilişkin karar verecek bir hukuk mahkemesi yargıcının görevi olmamalıdır. Müsadere kurumuna baktığımızda, TCK’da yer alan müsadere (TCK m. 54-55 ve TCK m.60/2) ve KK’da yer alan (KK m.18) “kanunilik ilkesi” çerçevesinde ancak verilebilmektedir⁸³⁵. Bu AY m. 38/3’te yer alan “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik*

⁸³² Modern kodifikasyonlarda ilginç olarak bu düzenlemenin tezahürü olarak Polonya Medeni Kanunu’nun 412. Maddesinde, benzer bir müsadere hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde zenginleşme konusu şeyin müsadere edilebileceğinin yanı sıra; o şeyin kullanılmış olması durumunda ikame değerinin dahi devlete ödenebileceğine karar verilebilmesi mümkün kılınmıştır. Her ne kadar *Lehçe* kaynaklara ulaşamadığımızdan ötürü emin olamasak da, bu devlet hukukundaki düzenlemenin temelinde aynı coğrafyada hüküm sürmüş Prusya’nın düzenlemesi olduğunu düşünmekteyiz.

⁸³³ İsviçre’de böyle bir hüküm olmadığından dolayı bir tartışma olmamakla beraber; Türk Hukuku açısından doktrinde bu husus ele alınmamıştır.

⁸³⁴ Suçlar ile Kabahatler nitelik olarak aynı olup; aralarında nicesellik söz konusudur. Şöyle ki suçlar ile kabahatler arasında hukuki özellikleri arasında bir fark olmayıp, aradaki ayrım söz konusu yasak davranışların ağırlıkların ve tehlikelerine dayanmaktadır. Böylelikle, kanun koyucu tarafından hukuki özellikleri aynı olan suçlar ve kabahatler açısından “kanunilik” ilkesi bağlamında müsadere ve onun kabahatler hukukunda iz düşümü olan KKm. 18’de belirtilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi kurumları yer almaktadır. (bkz. Faruk Özkan, **Kabahatler Hukuku’nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması**, İstanbul, 2011, s. 16vd. ayrıca bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul, 1995, s.)

⁸³⁵ Kabahatler Kanunu m.4’te , TCK’dan farklı olarak kanunilik ilkesi daha yumuşak olarak uygulanmaktadır. Kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün varlığı yaptırım için yeterli olabilmektedir. Fakat bu hükümden de anlaşılacağı üzere ortada kapsamı ve

tedbirleri ancak kanunla konulur.” hükmünün bir gereğidir. Kanunilik ilkesinin amacı da bireyin devlet karşısında keyfi müdahalelerden korunmasıdır ve bir yaptırım olarak müsaderenin de açıkça koşullarının en azından bir çerçeve hüküm ile kanunda düzenlenmesi gerekir. TBK m. 81 c.2 hükmüne baktığımızda ise, bu durumdan son derece soyut bir şekilde, hiçbir koşul belirtilmeksizin ve hatta kimi hallerde (edimle izlenen amacın hukuka aykırı olmadığı durumlarda) edimdeki amacın “ahlak denetimi” ile hakime hukuka veya ahlaka aykırı amaç için verilen edimin devlete mal edilmesine –müsaderesine- karar verilebileceği yetkisi verilmiştir. Bu husus öncelikle, açıkça bir ceza yaptırımı olan müsaderenin hangi fiillere ilişkin uygulanacağına “belirli olmayacak” şekilde⁸³⁶ düzenlendiğinden AY m. 38/3’e aykırı olduğu görüşündeyiz. Öte yandan AY m. 37 ile güven altına alınan kanuni hakim güvencesi ilkesi gereği ve buna paralel olarak başta 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un m.6, HMK m.1 vd. hükümleri gereği özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere hukuk mahkemeleri tarafından bakılmaktadır. Bununla birlikte, bir ceza müeyyidesi olan müsaderenin verilmesi de ancak ceza mahkemesinin görevine girmektedir. Böylece TBK m. 81 c.2 hükmü somut uyuşmazlıklarda uygulanmamalıdır⁸³⁷. Kısacası taraflar, yargılama konusu şeyin kime verileceğine ilişkin bir ihtilafta hukuk yargıcının müdahalesi ile karşılaşamaz, karşılaşılmalıdır.

koşulları belirleyen bir kanun hükmü olmadan bir kabahatin varlığı iddiası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilemeyecektir.

⁸³⁶ Belirlilik ilkesi için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2010, s.56 ve Özkan, **a.g.e.**,s. 29.

⁸³⁷ Doktrinde TBK yürürlüğe girdikten sonra Türk doktrininde kaleme alınan hiçbir eserde TBK m. 81 c.2 hükmünün bu durumunun ele alındığına –yaptığımız araştırma kapsamında- karşılaşmadığımızı belirtmeliyiz.

9. Zamanaşımı

Hukuki güvenlik amacıyla, diğer alacak haklarında olduğu gibi, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı da zaman aşımına tabidir⁸³⁸. Bu, belli bir süre içerisinde hak ileri sürülemez ise borçlunun buna ilişkin güveninin korunmasının gerektiğine ve aleyhine iddiada bulunulanın belli bir zaman geçtikten sonra eldeki delillerin kaybolması gibi nedenlerle kendini savunamayacak duruma sokulmamasının gereğidir⁸³⁹.

TBK m.81/1 hükmünde açık bir şekilde sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkının, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği andan itibaren iki yılın ve her halde de zenginleşmenin gerçekleşme anından itibaren başlayarak on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağı kaleme alınmıştır. Bu hükmün EBK m.66/1 hükmünden önemli farkı EBK m.66/1’de yer alan bir yıllık zamanaşımı süresinin iki yıl olarak düzenlenmiş olduğudur. Ayrıca, EBK m. 66/1’de yer alan bir tercüme hatası olarak “sâkıt” olur ibaresi⁸⁴⁰ yerine açıkça “zamanaşımı” ibaresine yer verilmiştir.

Madde metninde yer alan 2 yıllık zaman aşımı nispi zaman aşımı süresi 10 yıllık zamanaşımı mutlak zamanaşımı süresi olarak belirtilmektedir⁸⁴¹. İsviçre sistemin OR 67’de de 1 yıl olan ve kısalığı ile eleştirilere⁸⁴² maruz kalan nispi zaman aşımı 1 Ocak 2020 tarihi itibari ile yürürlüğe giren 15 Haziran 2018 tarihli zamanaşımı revizyonu ile 3 yıllık süreye çıkmıştır⁸⁴³. Nispi zaman aşımı süresinin kısa olarak belirlenmesi, bir görüşe göre isabetli değildir. Bu görüşün dayanağı ise,

⁸³⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 896.

⁸³⁹ **a.e.**, s. 896.

⁸⁴⁰ EBK döneminde bunun bir tercüme hatası olduğu konusunda doktrinde fikir birliği vardır. (örn. bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 1006.

⁸⁴¹ Hahn, **a.g.e.**, s. 1383 ; Serozan, **a.g.e.**, s.896.

⁸⁴² Hahn, **a.g.e.**, s. 1383; Bucher, **a.g.e.**, s. 697; ayrıca bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 896; Eren, **a.g.e.**, s.901.

⁸⁴³ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2018/807/de>(çevirimiçi) 23.03.2020.

sebepsiz zenginleşmenin haksız fiil ile aynı nitelikte olmadığı ve TBK m. 72 ile paralel sürelerin konulmasının gereksiz olduğudur⁸⁴⁴. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira bağımsız bir borç kaynağı olan “sebepsiz zenginleşme” kurumunun tarihsel süreçte ortaya çıkması ve borç kaynağı olarak “haksız fiil” ile bir benzerliğinin olmaması önem arz etmemektedir. Kanun koyucu tarafından, sözleşmesel zaman aşımı ayrı bir noktada tutulmuştur. Ayrıca, sözleşmesel borç ilişkilerinde ahde vefa ilkesinden dolayı sözleşmesel zamanaşımı sürelerinin daha uzun olarak kanun koyucu tarafından belirlenmesi olağan bir durumdur. Buna karşılık her ne kadar nitelikleri farklı borç kaynakları olsalar da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak 2 yıllık (OR açısından 3 yıllık) zamanaşımı süresinin öngörülmüş olması olağandır.

İki yıllık nispi zamanaşımı, zenginleşme alacaklısının iade talep etme hakkının varlığını öğrendiği andan başlamaktadır. Burada “geri isteme hakkı olduğunu öğrenme” dar olarak doktrinde yorumlanmaktadır. Öğrenmeden anlaşılması gereken; zenginleşme borçlusunun kim olduğunun, hak sahibinin hak sahibi olduğunu ve zenginleşme konusu şeyin öğrenilmesidir⁸⁴⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, alacaklının kendi alacak hakkının tüm şartlarının gerçekleşmesini bilmesi gerekmektedir⁸⁴⁶. Şartların bilinmesinde bir tahmin yeterli olmayıp; en azından davanın açılmasına imkan verecek ölçüde bilinmesi gerekmektedir⁸⁴⁷. Şartların gerçekleştiğinin öğrenilmesi söz konusu olacağından; “öğrenme” anı, her sebepsiz zenginleşme tipine ve somut olaya göre ayrı ele alınacaktır⁸⁴⁸. Ayrıca, hak sahibi olduğunu öğrenmesi açısından davacının gerekli özeni yerine getirmiş olup olmadığı önem arz etmeyecektir⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 901.

⁸⁴⁵ Bucher, **a.g.e.**, s. 699 ; Hahn, **a.g.e.**, s. 1383 ; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 398;

⁸⁴⁶ Hahn, **a.g.e.**, s. 1383; Ataay, **a.g.e.**, s. 402.

⁸⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 901.

⁸⁴⁸ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1383.

⁸⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 902; **BGE 129 III 503** <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 23.06.2019; Schwanzer, **a.g.e.**, s.344; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 340; Huguenin, **a.g.e.**, s. 488.

Sebepsiz zenginleşme konusu şeyin miktarı açısından, bilhassa para alacağı durumunda bunun miktarının tam belirlenmesi nispi zamanaşımı süresinin başlaması için engel midir? Bu soruya verilen cevap hem doktrinde hem de yargı kararlarında olumsuzdur⁸⁵⁰. Bunun sebebi, alacaklının alacağının miktarı üzerinde emin olamamasının dava açmasına engel ve beklemesi gereken bir durum olmadığıdır⁸⁵¹. Biz de bu görüşü kabul etmekteyiz.

Elbirliği halinde alacak hakkı olması durumunda ise, nispi zamanaşımı süresi alacaklılarının tamamının “öğrenmesi” ile başlayacaktır⁸⁵².

On yıllık mutlak zamanaşımı süresi ise, kanun koyucunun TBK m. 82’de kullandığı tabir ile “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih”ten başlar. EBK m. 66 ile TBK m. 82 arasındaki fark, TBK m. 82’de “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih” ibaresine yer verilmiş olmasıdır. Buna mukabil eski düzenlemede “geri alma hakkının doğduğu tarih”ten (*seit der Entstehung des Anspruchs*) itibaren 10 yıllık sürenin başlayacağı düzenlenmekteydi. Bu farkın pratik sonucu zenginleşmenin sonradan sona ermiş bir sebebe dayanana zenginleşmeler “*Condictio Ob Causam Finitam*” ile gerçekleşmeyen sebebe dayanması “*Condictio Ob Rem*” açısından⁸⁵³. Zira bu iki hal açısından zenginleşme anı ile alacak hakkının doğduğu anlar farklılık arz etmektedir. EBK’da ve OR’de, şöyle ki madde metnindeki yukarıda belirttiğimiz 1 Ocak 2020 tarihi ile gelen değişiklikte de bu korunmuştur, 10 yıllık zamanaşımı süresi alacak hakkının doğduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. TBK m.82’in açık düzenlemesi karşısında on yıllık mutlak

⁸⁵⁰ Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.** s. 398-399; Öz, **a.g.e.**, s. 177; **BGE 129 III 503** <http://relevancy.bger.ch/> (**çevirimiçi**) 23.06.2019.; Hahn, **a.g.e.**, s. 1383.

⁸⁵¹ Bkz. bir üstteki dipnotki eser ve kararlar.

⁸⁵² Oğuzman/Öz, **a.g.e.** s. 398-399; Hahn, **a.g.e.**, s.1383

⁸⁵³ Buna karşılık “*condictio in debiti*” veya edim dışı zenginleşme türleri açısından ise zenginleşme anı ile alacak hakkı doğmakta olduğu ortadadır. (bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1384; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 399)

zamanaşımı süresinin zenginleşme anı ile başladığı tartışmasız olmakla birlikte, eski düzenlemenin daha tutarlı olduğu görüşündeyiz. Zira bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme kurumu haksız fiil benzeri değildir ve TBK m. 72’de yer aldığı üzere fiilin gerçekleştiği gibi zenginleşme anının esas alınması adaletsiz sonuçlara yol açabilir niteliktedir. Şöyle ki, mehzaz kanun olan ve alacak hakkının doğmasıyla zamanaşımının başladığının kabul edildiği OR 67 ve EBK zamanındaki m. 66 açısından hararetli tartışmalar mevcuttur. İrade bozukluğunda iptal beyanında bulunanın edimine ilişkin sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade hakkının ne zaman zamanaşımının başlayacağına ilişkin olarak dahi, zamanaşımı süresinin iptal beyanın yapıldığı tarihinden olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde görüşler haklı olarak savunulmaktadır⁸⁵⁴. Ancak TBK m. 82’in zenginleşme anının esas alındığı şeklindeki açık düzenlemesi doktrinde belirtilen haklı görüşlerin uygulanmasını bizce bertaraf etmiştir.

“Zenginleşme”nin temadi bir şekilde vuk’u bulması durumunda , zenginleşmenin sona erdiği tarihten itibaren on yıllık mutlak zamanaşımı süresi işlemeye başlayacakken; farklı aralıklarla tekrar eden zenginleşmeler açısından ise her tekrar bağımsız bir zenginleşme sayılacağından zamanaşımı süresi her bir

⁸⁵⁴ Bkz. Bucher,**a.g.e.**,s. 699;Hahn,**a.g.e.**,s. 1384; Schwenger,**a.g.e.**, Rn. 39.27; Bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında yer alan ex tunc etkili olarak “iptal teorisi”nin kabul edildiği durumda, daha irade bozukluğunda bulunan tarafın iptal hakkını kullanmadan iade isteminin zamanaşımına uğramış sayılmasının tutarsız olduğu gerekçesiyle, zamanaşımı süresinin iptal beyanından başlaması gerektiği savunulmaktadır. Türk doktrininde de *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından, bu durumun irade bozukluklarında “düzelebilir hükümsüzlük” açısından da aynı olacağı ileri sürülmüştür. Bunun gerekçesi olarak da “düzelebilir hükümsüzlük” teorisinin kabulünde de tıpkı iptal teorisinde olduğu gibi tediyeinin akıbetinin askıda olduğunu ileri sürmektedir. (bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **a.g.e.**,s. 442) Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira irade bozukluğunda bulunan taraf, sebepsiz zenginleşme isteminde bulunarak söz konusu hukuki işlemle bağlı olmadığını kanunun kendisine sağladığı açık hak ile (TBK m. 77) karşı tarafa bildirmiş olacaktır ki, ayrı ayrı olarak iptal beyanın ve sebepsiz zenginleşme isteminin ileri sürülmesine lüzumda kalmayacaktır. Burada tekrar ifade etmemiz gerekir ki, mevcut TBK m. 82’nin isabetsiz düzenlemesi sonucunda bu tartışmaların artık pratikte bir önemi kalmamıştır.

zenginleşmenin başlangıç anı olarak kabul edilecektir⁸⁵⁵. İlk duruma ilişkin olarak doktrinde de verilen örnek kaçak elektrik kullanımıdır⁸⁵⁶. Örneğin 2 yıl boyunca kaçak elektrik kullanılması ile ortada bir zenginleşme söz konusu ise, iki yılın sona erdiği andan itibaren zamanaşımı süresi başlayacaktır. Buna mukabil, kendini kiracı sanarak peş peşe üç ay boyunca aydan aya ödemede bulunan kişi, her bir ödeme için zamanaşımı süreleri ayrı olarak başlayacaktır.

TBK m. 82/2 hükmünde ise *“Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm ile sebepsiz zenginleşme borçlusunun def’i ileri sürebileceği kabul edilmiştir⁸⁵⁷. Zamanaşımı süresi geçmiş ve zenginleşme konusu bir alacak hakkının kazanılması durumu söz konusu ise; zenginleşenin zenginleşme konusu alacak hakkına ilişkin olarak talepte bulunması durumunda, zenginleşme alacaklısı her zaman söz konusu def’i ile ifadan kaçınabilecektir. Türk-İsviçre sisteminde sebebe bağlılık prensibi hakim görüş olduğu için; bu hükmün uygulama alanı ancak sebepten soyutluk prensibinin geçerli olduğu alanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla kambiyo taahhüdü soyut borç ikrarı (TBK m. 18) kapsamına giren haller bu kapsamdadır⁸⁵⁸. Yalnız, şu hususu da belirtmemiz gerekir ki; soyut borç ikrarının niteliği de çok tartışmalıdır ve TBK m.18’de soyut borç ikrarını salt “ispat soyutluğu” olarak kabul eden görüş çerçevesinde⁸⁵⁹ TBK m.82/2 (OR 67 II) hükmünün uygulama alanı bulamayacaktır. Kambiyo taahhüdü sebepten soyut olduğu için bu hükmüm, ancak TTK m. 687 hükmü (Bono için m. 778/1-a Çek için

⁸⁵⁵ Eren,**a.g.e.**,s. 903.

⁸⁵⁶ Eren,**a.g.e.**,s. 903.

⁸⁵⁷ Oğuzman/Öz,**a.g.e.**, s. 400;Eren,**a.g.e.**,s. 904. Antalya,**a.g.e.**, s. 609.

⁸⁵⁸ Bucher,**a.g.e.**, s. 676 ; Hahn,**a.g.e.**, s. 1384; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 400-401.

⁸⁵⁹ Türk-İsviçre doktrinine ilişkin olarak “soyut borç ikrarının niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**,s. 119 vd.

TTK m. 818/1-e çerçevesinde) –sınırlı olarak- çek, bono ve poliçe açısından uygulama alanı bulabilecektir⁸⁶⁰.

Son olarak doktrinde, taşınırlara ilişkin kazandırıcı zamanaşımına ilişkin olarak TMK m. 777’de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunulamayacağı hakim görüş olarak ifade edilmektedir⁸⁶¹. Kısacası bu görüşü savunanlar tarafından, TMK m. 777’de öngörülen 5 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresinin sonunda iyi niyetle, davasız ve aralıksız olarak ve malik sıfatıyla taşınırı zilyetliğinde bulunduran kişiye karşı sebepsiz zenginleşme istemi ileri sürülemeyecektir. Biz de bu görüşü kabul etmekteyiz. Zira, kanun koyucu TMK m. 777 (ZGB 728) hükmü ile “kazandırıcı zamanaşımı” müessesesi ile istemli bir seçenekte bulunmuş olup; söz konusu şartların gerçekleşmesi ile mülkiyet hakkını bir yük olmaksızın yeni malike geçmesini amaçlamıştır ve bu yönüyle TMK m. 777 özel hüküm niteliğindedir.

⁸⁶⁰ “ (1) Poliçeden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun. (2) Alacağın temlik yoluyla yapılan devirlere ilişkin hükümler saklıdır. ”

⁸⁶¹ Bkz. Serozan, a.g.e.,s. 898; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 400; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**,s. 762 (dipnot 107’de yazan eserler) ; Flurina Hitz, “**Art. 728**”, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht** (ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schultess Juristische Medien AG, Zurich, 2016, s.412 (Rn. 23’te yazan eserler).

İKİNCİBÖLÜM : SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK

1.Genel Açıklamalar

Çalışmamızın giriş kısmında belirttiğimiz üzere ilk bölümde maddi hukuk bağlamında bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeyi ele aldık. Bu başlık altında ikinci bölümde ise, kanunlar ihtilafı hukuku açısından yabancılık unsuru taşıyan sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku ele almaktayız.

İlk bölümde bahsettiğimiz üzere, Türk maddi hukukunda sebepsiz zenginleşme kurumunun uygulama alanı, Türk-İsviçre sisteminde “sebebe bağlılık” prensibinin hakim görüş olmasından dolayı bir hayli sınırlıdır. Bu sınırlı uygulama alanından dolayı olması muhtemeldir ki, kanunlar ihtilafı hukuku açısından da Türk doktrinde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından çok sınırlı araştırma yapılmış ve bu konu çok sınırlı olarak ele alınmıştır⁸⁶². Bu durum İsviçre kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da doktrinde yer alan araştırmalar açısından da paralellik göstermektedir. Buna mukabil “sebepten soyutluk” prensibinin ele alındığı ve uygulamada daha çok sebepsiz zenginleşmeye dayalı ihtilafın benimsendiği Alman hukuku açısından ise kanunlar ihtilafı hukuku açısından sebepsiz zenginleşme daha fazla ele alınmış olduğunu gözlemlemekteyiz. Halbuki çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız üzere, bir borç kaynağı olarak Türk maddi hukukunda sebepsiz zenginleşme kurumu açısından birçok tartışma olması ve tartışılması gereken birçok hususu içerisinde barındırmaktadır. Örneğin, doktrinde “fakirleşme”

⁸⁶² Aynı yönde Türk doktrinde en kapsamlı olarak bu hususun ele alındığı makalede Özel tarafından da bu durum vurgulanmıştır. (bkz. Sibel Özel, “**Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 1999 C: 19, İstanbul, 2000, s. 733.) ; Göreceli olarak maddi hukuk bağlamında sebepsiz zenginleşme kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde daha geç gelişmiş olduğu için de durum Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkeler açısından da aynıdır.(İngiliz hukuku açısından aynı doğrultuda bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**,s. 111vd.)

ve buna bağlı olarak taraflar arasında “malvarlığı kayması” şartının aranıp aranmayacak olduğu üzerinde yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere fikir birliği yoktur. Kanunlar ihtilafı hukuku ağısından baktığımızda da birçok tartıřmalý – ya da tartışılması gereken- alan bulunmaktadır. Örneęin, MÖHUK m. 39/1 c.1’de objektif bağlama noktasına ilişkin olarak belirlenen “mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkiye uygulanan hukuk” kapsamına bazı edim dışı zenginleşmelerin girip giremeyeceği; girebilecek ise, hangi hallerde girebileceği tartışmaya değerdir.

Ayrıca, burada şimdiden belirtmeliyiz: Çalışmamızın üçüncü bölümünde yer alan “İkiden Fazla Kişinin Bulunduğu Hukuki İlişkiler Açısından Sebepsiz Zenginleşmeye Uygulanacak Hukuk” konusu tamamıyla kanunlar ihtilafı hukukunun çetrefilli bir alanını oluşturmakta ve bu konunun ayrı bir bölüm altında ele alınması önem arz eder.

Yabancılık unsuru taşıyan hayat ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespiti açısından ilk olarak ele alınması gereken bağlama konusunun sebepsiz zenginleşme olup olmadığının vasıflandırılmasıdır ve bundan dolayı da bu çalışmamızın ilk bölümünde maddi hukuk bağlamında bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme kurumunu detaylı olarak ele aldık. Sebepsiz zenginleşme açısından bağlama konusunun vasıflandırılması ele alınırken mevcut Türk mevzuatı hükümleri üzerinden problemler ele alınacak ve yeri geldiğinde ise karşılaştırmalı olarak diğer hukuk nizamlarındaki düzenlemelerle görüşlere yer verilecektir.

Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukta bağlama noktalarının tespiti çok önemlidir. Bu bakımdan bu bölüm altında ise, öncelikle iki taraflı hukuki ilişkiler bakımında sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukta bağlama noktalarının tarihsel gelişimini ele aldık ve bununla birlikte sebepsiz zenginleşmenin maddi hukukta ortaya ıkışları farklılık arz eden iki temel sistem olan “Kıta Avrupası Hukuku” ve “Anglo-sakson Hukuku” sistemleri karşılaştırılmış; İsviçre kanunlar ihtilafı hukukundaki uygulamalar; Avrupa Birliği’ne üye devletler açısından akit dışı

borç ilişkileri bakımından yeknesak uygulama amacıyla geliştirilen Roma II Tüzüğü⁸⁶³ hükümleri ve uygulamaları karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

2. Karşılaştırmalı Olarak Tarihsel Süreç, Bağlama Noktaları, Bu Süreçte Ele Alınan Yaklaşımlar

2.1.1 Genel Bilgi

Maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda bahsettiğimiz üzere bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme kurumu, sözleşme ve haksız fiilden daha sonra – bu borç kaynaklarının eksikliklerini- gidermek amacıyla getirilmiştir⁸⁶⁴. Bununla paralel olarak, kanunlar ihtilafı hukuku açısından da sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin tartışma ve görüşler de tıpkı maddi hukukta olduğu gibi daha sonra şekillenmiş ve gelişmiştir. İlk olarak bu kurum 19. Yüzyılda ele alınmaya başlamış olsa da; asıl olarak yabancı unsurlu hukuk ilişkilerinin 20. Yüzyılda daha da artmasıyla kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki gelişmelerden sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin tartışmaların da nasibini almış olduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır.

⁸⁶³ (EC) 864/2007 no. İle Roma II Tüzüğü ,11 Ocak 2009’dan itibaren Danimarka dışındaki tüm AB ülkelerinde yürürlüğe girmiştir. “Brexit” ile Birleşik Krallık’ın AB’den 31 Ocak 2020’den ayrılmış; fakat 31 Ocak 2020- 31 Aralık 2020 tarihleri arasındaki geçiş sürecinde Rome II Tüzüğü Birleşik Krallık açısından yürürlükte kalmıştır. Bununla birlikte Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından kabul edilen “*The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834)*” Kanunu ile Rome I ve II tüzük kuralları Birleşik Krallık’ta uygulama alanı bulmaktadır. Danimarka Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın (“ Treaty of Functioning of the European Union” –TFEU-) 3. Bölümünü 5. Başlığına taraf olmadığı için, Danimarka’da Roma II Tüzüğü yürürlükte değildir.

⁸⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm Başlık no. 2.2.

Bu başlık altında hem Kıta Avrupası hukuk alanında hem de Anglosakson hukuku alanında tarihsel süreçteki gelişmeleri ele almaya çalışacağız. Yalnız hemen belirtmemiz gerekir ki, sebepsiz zenginleşme istemlerine ilişkin hangi bağlama noktasına yer verilmesi gerektiğine ilişkin olarak her iki temel hukuk alanında birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olarak hukuk nizamlarında ayrı kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmesi ise çok daha sonra gerçekleşmiştir. Bunun sonucu olarak yargı kararları, öncelikle doktrindeki görüşler dikkate alınarak şekillenmiş ve bir uygulama birliği (bilhassa kıta Avrupası hukuk düzeninde) meydana gelmemiştir. Farklı bir çok görüşün on yıllar boyu ileri sürülmesi ve bunlar üzerinde doktrinel tartışmalar sonucu aşağıda belirttiğimiz ortak görüşlerin ortaya çıkarak şekillenmesi ile sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun düzenlendiği somut kanunlar ihtilafı hükümleri devlet hukuklarında yerlerini almışlardır. Bir başka ifade ile, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin mevcut düzenlemeler 20. yüzyılın ilk yarısından itibaren süregelen doktrindeki tartışmaların ve farklı bağlama noktalarının kabul edildiği uygulamalara ilişkin eleştiriler sonucu olgunlaşarak oluşmuştur.

Üst paragrafta belirtmiş olduğumuz farklı bağlama noktalarını kabul eden doktrindeki görüşler ve bu görüşler dikkate alınarak şekillenen yargı kararları arasında kronolojik bir sıralamanın olduğundan söz etmek mümkün değildir⁸⁶⁵. Fakat aşağıda ele aldığımız *lex loci actus* bağlama noktasının uygulanması şeklindeki görüşler ilk ve ağırlıklı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, diğer bağlama noktası önerileri arasında kronolojik bir sıralama yoktur. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tarihsel süreçte aynı zaman dilimlerinde birçok farklı yaklaşımlarla farklı bağlama noktalarının uygulanması ele alınmıştır. Ayrıca, maddi hukuk alanında farklı sebepsiz zenginleşme tiplerinin kabul edildiği ve bunların birbirlerinden farklı olduğu gerçeği karşısında; farklı sebepsiz zenginleşme tiplerinde farklı bağlama noktalarının kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin farklı görüşler de bu süreçte şekillenmiştir.

⁸⁶⁵ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 26; bkz. Busse, **a.g.e.**, s.7 vd.

İrade muhtariyeti açısından ise, tarihsel süreçte sebepsiz zenginleşmenin kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak görüldüğünden dolayı olacak ki, tarafların hukuk seçimine cevaz verilmesinin çok daha sonraları ele alınmış olduğunu da burada belirtmeliyiz.

Yukarıdaki paragraflarda belirttiğimiz hususlar karşısında tarihsel süreci ele alırken , ilk olarak Kıta Avrupası hukuk düzenini ele aldıktan sonra akabinde karşılıklı olarak Anglosakson hukuk düzenindeki tarihsel süreçte gerçekleşen görüş ve tartışmaları ele alacağız.

2.1.2 Kıta Avrupası Hukuk Düzeni

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere farklı bağlama noktaları Kıta Avrupası hukuk düzeni kapsamında yer alan ülke doktrinlerinde tartışma konusu olduğu gibi; sebepsiz zenginleşme taleplerinin maddi hukuk düzenlemelerinde farklı kategoriler halinde kabul edilmesi karşısında topyekûn tüm yabancı unsurlu sebepsiz zenginleşme istemlerine tek bir bağlama noktasının mı, farklı farklı bağlama noktalarının uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaları da süregelmiştir. Hemen belirtmemiz gerekir ki 1947 yılında *Zweigert* tarafından somut bir şekilde *lex causa conditionis*'in bağlama noktası olarak ele alınmasından evvel olan 19. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren süregelen tartışmalarda çoğunlukla sebepsiz zenginleşme istemlerinin bir bütün olarak ele alındığı vurgulanmaktadır⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Busse, **a.g.e.**, s. 7.

2.1.2.1 Lex Loci Actus Görüşü

Yukarıda maddi hukuk açısından sebepsiz zenginleşme istemlerinin tarihsel süreçte “*Quasikontrakt*” -sözleşme benzeri- bir borç kaynağı olarak ele alındığını belirtmiştik. İşte bu yaklaşımla ilk olarak 1841 yılında Alman hukukçu *Schaeffner* tarafından genel olarak sözleşme benzerlerine kanunlar ihtilafı hukukunda “*lex loci actus*”un uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁶⁷⁸⁶⁸. Bunu kabul eden *Mommsen* ve *von Gierke* gibi hukukçular tarafından da “*quasi ex contractu*” olarak görülen sebepsiz zenginleşme istemlerinde yükümlülük doğuran olayın(eylemin) meydana geldiği yer hukukunun hakim olması gerektiği görüşüne dayanılmıştır⁸⁶⁹. Daha sonraları ise *Carl Ludwig von Bar* tarafından ise, *lex loci actus*’un hakimiyeti kabul edilmekle birlikte; tarafların aynı ülke vatandaşı olmaları durumunda o devlet hukukunun hakim olabileceği kabul edilmiştir⁸⁷⁰. *Carl Ludwig von Bar*, eserinde borçlanılmamış edimin ifasını (indebiti) örnek vererek, tarafların ortak milli

⁸⁶⁷Wilhem Schaeffner, “**Entwicklung des internationalen Privatrecht**”, Frankfurt am Main, 1841 ,s. 123-124. Kitap Metni İçin bkz. :

https://books.google.com.tr/books?id=6KpXAAAACAAJ&printsec=frontcover&dq=schaeffner+entwicklung+des+internationalen+privatrechts&hl=tr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=schaeffner%20entwicklung%20des%20internationalen%20privatrechts&f=false (Çevirimiçi) 24.12.2019 ; Ayrıca bkz. Plassmeier, **a.g.e.** , 27; Lothar Knoch, **Die Aufgliederung der Konditionen in der modernen Zivilrechtsgematik in ihren Auswirkungen auf das Internationale Privatrecht**, Münster, 1963, s. 2.

⁸⁶⁸ Türk hukukunda bağlama noktaları ele alınırken *Özel* tarafından “*Lex loci conditionis*”in Anglosakson kanunlar ihtilafı hukuku yaklaşımları ele alınarak yirminci yüzyılın ilk yarısında savunulduğu belirtilmiştir Bu husus doğrudur, fakat Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu yaklaşımın temelleri neredeyse 100 yıl öncesine dayanmaktadır.

⁸⁶⁹ Görüşler için Bkz. Knoch, **a.g.e.**,s. 3 vd. ; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 28; Busse, **a.g.e.**, s. 8 (bilhassa dipnot 29).

⁸⁷⁰ Carl Ludwig von Bar, **Theorie und Praxis des internationalen PRivatrechts -2. Band,** , Hannover 1889, s. 123-124; Kitap Metni İçin bkz. :

https://books.google.com.tr/books?id=b6wNAAAAYAAJ&pg=PR1&dq=carl+ludwig+von+Bar+theorie+und+praxis+des+internationalen+privatrechts&hl=tr&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=carl%20ludwig%20von%20Bar%20theorie%20und%20praxis%20des%20internationalen%20privatrechts&f=false (Çevirimiçi) 24.12.2019

hukukları varsa ona tabi olmaları gerektiğini belirtmiştir⁸⁷¹. Sebepsiz zenginleşme hukukuna ilişkin olarak detaylı ve karşılaştırmalı bir çalışmayla katkıda bulunan Plassmeier, *Carl Ludwig von Bar*'ın bu yaklaşımını tarafların ortak milli hukuklarının mevcut olması durumunda bağlama noktasında esnek yaklaşım olarak gördüğünü belirtmiştir⁸⁷². *Von Mayr* da asıl olarak ayrı bir borç kaynağı olduğundan dolayı sebepsiz zenginleşme isteminin sözleşmeden farklı bir statüye –kendi mahalline “Sitz”- tabi olması gerektiğini⁸⁷³ kabul etmiştir⁸⁷⁴.

Yukarıda görüleceği üzere *lex loci actus* tarafları kati surette tüm sebepsiz zenginleşme halleri bakımından tek bir bağlama konusunun varlığını kabul etmekte ve salt olarak sebepsiz zenginleşme istemini kategorilendirmeden belli haller açısından (*Carl Ludwig von Bar*'ın müşterek milli hukuk yaklaşımı gibi) istisnalara yer vermişlerdir.

Fransız kanunlar ihtilafı hukukunda da Alman doktrinine benzer şekilde farklı bağlama noktaları çözüm önerisi olarak ileri sürülmüş olup; tıpkı Alman doktrininde yukarıdaki eski görüşlerde belirtildiği gibi zenginleşmenin hukuki dayanağının olup olmadığı kendi bağlama kuralı uyarınca tespit edilecek bir önmele olduğu ve zenginleşme isteminin ise *lex loci actus*'a tabi olduğu kabul edilmiştir. *Bartin* ve *Savaite* tarafından sözleşme benzeri olarak sebepsiz zenginleşme istemlerinin bir bütün olarak *lex loci actus*'a tabi olduğu kabul edilmiş ve açıkça tarafların şahsi statülerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir⁸⁷⁵. Daha somut olarak *Niboyet* tarafından sebepsiz zenginleşme istemlerinin ödeme yeri hukukuna “*paiement de l'indu*” tabi olduğu ifade edilmiştir⁸⁷⁶. Borçlu olunmayan edimin ifası hallerinde de

⁸⁷¹ **a.e.**, s. 124.

⁸⁷² Plassmeier, **a.g.e.**, s. 29.

⁸⁷³ Savigny'nin her hukuki ilişkin ayrı bir oturma yerini öngördüğü yaklaşımın etkisi burada kendini göstermektedir. (Plassmeier, **a.g.e.**, s. 38) ; Savigny'in “Sitz” teorisi hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 51vd.

⁸⁷⁴ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 38.

⁸⁷⁵ Knoch, **a.g.e.**, s. 41vd.

⁸⁷⁶ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 258-259;; Knoch, **a.g.e.**, s. 41.

tarihsel süreçte Fransız doktrini ve yargısı edimin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağını kabul etmiştir⁸⁷⁷. *Arminjon* tarafından ise kural olarak aynı prensipler kabul edilmiş olsa da, borçlanılmamış edimin ifası halleri bakımından ifade bulunanın bir yükümlülük ile bağlı olarak ifade bulunması hallerinde *lex causa conditionis*'in hakim olacağını kabul etmiştir⁸⁷⁸.Fransa'da tarihsel gelişim açısından tıpkı Alman doktrininde olduğu gibi, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından irade muhtariyeti ise büyük bir zaman dilimi boyunca dışlanmıştır⁸⁷⁹. Ayrıca burada Fransız yargısının da birçok kararında "*lex loci actus*"un bütün olarak tüm sebepsiz zenginleşme istemlerinde hakim olacağına ilişkin birçok kararı vardır⁸⁸⁰. Fransız hukuku açısından kırılma anı ise, AT Roma Konvansiyon'unun 01.04.1991'de yürürlüğe girmesi ile olmuştur. AT Roma Konvansiyonu m. 10/1-e'de sözleşme statüsünün, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına uygulanacağı düzenlendiğinden dolayı açık bir şekilde geçersiz sözleşmelerden dolayı iade istemlerinin sözleşme statüsüne bağlı olup olmadığı tartışmaları alevlenmiştir. Bazı hukukçular *lex loci actus*'un hakim olacağını ve sebepsiz zenginleşme istemlerinin söz konusu madde kapsamına girmeyeceğini kabul etmişlerdir⁸⁸¹.

İsviçre doktrininde ve uygulamasında da *Zweigert*'ın aşağıda belirttiğimiz teorisinden etkilenilmeden evvel *lex loci actus* bağlama kuralı olarak kabul edilmekteydi⁸⁸². İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre hukukunda o zamanlar bu konu hakkında somut bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığından da *lex loci actus*'un yetkili olmasını sebepsiz zenginleşme istemleri açısından birden fazla kararında kabul

⁸⁷⁷ Knoch, **a.g.e.**,s. 43.

⁸⁷⁸ Knoch, **a.g.e.**,s. 42-43.

⁸⁷⁹ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 260.

⁸⁸⁰ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 261vd.

⁸⁸¹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 264;ayrıca bkz. Ernst Rabel, **The Conflict of Laws -A Comparative Study Volume III Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations**, Second Edition (prepared by Herbert Bernstein), The University of Michigan Press, Ann Arbor,1964, s. 379.

⁸⁸² Kneller, **a.g.e.**,s. 953.

etmekteydi⁸⁸³. Burada da ileri sürülen gerekçe sebepsiz zenginleşmenin yasadan doğan bir borç ilişkisi olduğu ve tarafların iradesine dayanamayacağı olmuştur⁸⁸⁴. Yalnız burada tarihsel süreç içerisinde zenginleşme yerinin tespiti açısından da farklı görüşlere dayalı federal mahkeme kararları verilmiştir. İsviçre’de Federal Mahkeme ilk olarak hata ile gerçekleşen ödemelerde fakirleşmenin gerçekleştiği yeri kabul etmekteyken; bir başka kararında paranın alındığı yer ile zenginleşenin ikametgahının farklı olması durumunda paranın alındığı yer hukukunun hakim olmasını kabul etmiştir⁸⁸⁵. Daha sonrasında ise, aynı federal mahkeme kural olarak zenginleşenin ikamet yeri hukukunun hakim olduğuna da farklı şekilde karar vermiştir⁸⁸⁶.

Bu görüş kodifikasyon gelişmeleri açısından bilhassa İtalyan kanunlar ihtilafı hukukunu etkisine almıştır. Roma II Tüzüğü’nün uygulama alanı bulmasından evvel sebepsiz zenginleşme istemlerinde *lex loci actus* prensibi 1995 tarihli İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Statüsü’nde (m.61) dahi kabul edilmiş olduğunu burada belirtebiliriz⁸⁸⁷.

Ayrıca, Roma II Tüzüğü’nden evvel Macaristan hukukunda da *lex loci actus* kati surette kabul edilmekle birlikte; vasıflandırma açısından Macaristan maddi hukukunda borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmenin kati olarak ikincilliği kabul

⁸⁸³ Kneller, **a.g.e.**,s. 953. ; **BGE 77 II 86** : 1951 yılında verilen bu kararda paranın alındığı yer hukukunun sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077086.pdf> (Çevirimiçi) 25.12.2019; Ayrıca 1886 tarihli **BGE 12 339** Fransızca metindeki *lex loci actus*’un sebepsiz zenginleşme isteminin sözleşme benzeri olduğu için uygulanacağını kabul edildiği karar içeriği için bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 277.

⁸⁸⁴ Plassmeier tarafından atıfta bulunulan *Sause-Hall*’ın görüşü ve eser içeriği için bkz. Plassmeier, **a.g.e.**,s. 277 (dipnot no. 134)

⁸⁸⁵ Kararlar için bkz. Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**,s. 559. ve

⁸⁸⁶ https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fbge_1b79%2FBGE-31-2-662.pdf(Çevirimiçi) 25.12.2019

⁸⁸⁷ <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1665&context=ncilj> (Çevirimiçi) 25.12.2019 ; ayrıca bkz. Özel, **a.g.e.**,s. 762.

edildiğinden ve sözleşmenin geçersizliği hallerinde sözleşmesel statüsünün hakim olacağı belirtilmektedir⁸⁸⁸.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz “*lex loci actus*” prensibi, karma bir hukuk sistemine ait Çin hukukunda da etkisini göstermiştir. Çin hukuk tarihi açısından da komünist devriminden evvel 1918 tarihinde tüm sebepsiz zenginleşme istemlerinde (ve ayrıca vekaletsiz iş görmeye ilişkin taleplerde) “*lex loci actus*”un hakim olacağı kabul edilmiştir⁸⁸⁹.

2.1.2.2 Borçlunun Şahsi Statüsü

Tarihsel süreçte ortaya atılan bir başka bağlama noktası borçlunun milli hukukudur. Şahsi statü olarak borçlunun milli hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmesinin gerekçesi, aşağıda ele aldığımız *lex domicilii debitoris*’in (borçlunun ikametgah hukuku) kabul edilmesi görüşlerinininki ile aynı doğrultuda olup; bir tercih olarak ileri sürülmüştür. *Mancini* tarafından şahsi statü olarak milli hukukun ele alınması⁸⁹⁰ bu görüşü savunanları etkilemiştir. Alman hukukçusu *Zitelmann* tarafından sebepsiz zenginleşenin milli hukukunun tüm sebepsiz zenginleşme talepleri açısından hakim olması gerektiği kabul edilmiştir⁸⁹¹. Ayrıca *lex loci actus*’u kabul eden *Carl Ludwig von Bar*, yukarıda ifade ettiğimiz üzere tarafların müşterek milli hukuklarının olması durumunda, müşterek milli hukukun hakim olmasını kabul etmiştir⁸⁹².

⁸⁸⁸ Csongor Istvan Nagy, **Private International Law in Hungary**, Kluver, Croydon, 2012, s. 99.

⁸⁸⁹ Zheng Sophia Tang/ Yongping Xiao/ Zhengxin Huo, **Conflict of Laws in the People’s Republic of China**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 292.

⁸⁹⁰ *Mancini*’nin yaklaşımları açısından bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 52-53.

⁸⁹¹ Ernst Zitelmann, **Internationales Privatrecht – Band 2**, Duncker & Humblot, München, 1912, s. 525- 526; ayrıca bkz. Knoch, **a.g.e.**, s. 8.

⁸⁹² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 2.1.2.1. ve Carl Ludwig von Bar, **a.g.e.**, s. 123-124.

Alman doktriniyle birlikte Avusturya doktrini⁸⁹³ ve yargı kararlarında⁸⁹⁴ da taraftar bulan bir başka görüş ise *Gebhard* tarafından ortaya atılmıştır⁸⁹⁵. *Friedmann*⁸⁹⁶ ve Avusturya'lı *Walker*⁸⁹⁷ tarafından borçlunun ikametgah hukukunun sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olması şeklindeki bu görüş kabul görmüştür. Bu görüş, tarihsel süreç de dikkate alındığında sözleşme borçlusunun ikametgah hukukunun sözleşmesel borç ilişkileri ile paralellik göstereceğine dayanmakta ve en iyi çözüm olarak ifade edilmektedir⁸⁹⁸. Avusturya doktrininde *Walker* tarafından ilgi çekici bir yaklaşım da, “*Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*”⁸⁹⁹ halleri açısından *lex fori*'nin uygulanabilmesi gerektiği olduğunu burada belirtmemizde yarar var⁹⁰⁰. Ayrıca Alman İmparatorluk Mahkemesi de 1910 tarihli bir kararında aynı doğrultuda *lex domicilii debitoris'in* hakimiyetini kabul etmiştir⁹⁰¹.

Avusturya doktrininde, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere “*lex domicilii debitoris*” borçlunun (zenginleşmeye sebebiyet veren olayın gerçekleşmesi anındaki) ikametgahının bulunduğu yer hukuku önceleri çoğunlukla kabul edilmekle birlikte⁹⁰²; tarihsel süreçte en dikkat çekici yaklaşım *Bolla* tarafından ileri sürülmüştür. *Bolla* tarafından borçlanılmamış edimin ifası bakımından zenginleşmenin ardında yatan temel ilişkinin hakim olacağı; buna karşılık ise birleşme ve işleme halleri

⁸⁹³ Gustav Walker, **Internationales Privatrecht**, Druck und Verlag der Österr. Staatsdruckerei, Wien, 1934, s. 546-547. Ayrıca bkz. Fritz Schwind, **Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts**, Springer Verlag, Wien, 1975, s. 338-338 (Rn. 9.3.1.).

⁸⁹⁴ Avusturya'da Gustav Walker tarafından bu görüş kabul edilmiştir. Bkz. Walker, **a.g.e.**, s. 546-547.

⁸⁹⁵ Gebhard, bu görüşünü 1874 yılında BGB'nin kodifikasyon çalışmaları sırasında ileri sürmüştür. Bkz. Knoch, **a.g.e.**, s. 3vd. ; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 30.

⁸⁹⁶ Wolfgang Friedmann, **Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht**, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, 1930,

⁸⁹⁷ Walker, **a.g.e.**, s. 547.

⁸⁹⁸ Walker, **a.g.e.**, s. 548.

⁸⁹⁹ Maddi hukuka ilişkin olarak Bkz. Birinci Bölüm 5.1.1.2.4. ve 8.3.no.lu başlıklar

⁹⁰⁰ Walker, **a.g.e.**, s. 548. ; Bu hususu ayrıca , bilhassa TBK m. 81 hükmünün doğrudan uygulanan kural olup olmadığına ilişkin açıklamalarımızda aşağıda ele alacağız. (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 7)

⁹⁰¹ Bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 7 (dipnot no. 26).

⁹⁰² Knoch, **a.g.e.**, s.37vd.

bakımından sebepsiz zenginleşme isteminin eşya hukuku karakterli olduklarından dolayı, *lex rei sitae* hakimiyetinde olacağı belirtilmiştir⁹⁰³.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz *Gebhard* tarafından ortaya atılan görüş Roma hukukunda sebepsiz zenginleşmenin sözleşme benzeri olarak ele alınması düşüncesine dayanmaktadır⁹⁰⁴. Bu görüşte istisnai olarak devam eden hukuki ilişkilerde, ilişkinin gerçekleştiği yer hukukunun hakimiyetinin kabul edilebileceği belirtilmekteydi⁹⁰⁵.

Gebhard'ın bu görüşü sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir somut norm teklifi olarak ortaya atılmış olsa da; Alman mevzuatına sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme EGBGB'de ilk olarak yer almamıştır. *Niemeyer* ise, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından tek bir yaklaşımın söz konusu olamayacağını; bunun temelinde sebepsiz zenginleşmenin birçok farklı şekilde gerçekleşebileceğini ve bu bakımdan kanunda somut bir norm yerine bunu yargının yorumuna bırakılması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁰⁶.

Kural olarak *Lex loci actus*'u bağlama noktası olarak kabul eden *Böhm* tarafından ise ikili bir ayrıma yer verilerek, bir önmelele olarak *condictio indebiti* hallerinde sebepsiz zenginleşme talebinde bulunanın tek taraflı bir eylemi ile zenginleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ele alınması gerektiği; eğer cevap müspet ise burada zenginleşenin yabancı olacağı bir hukuk ile karşı karşıya

⁹⁰³ Bkz. Schwind, **a.g.e.**,s. 339.

⁹⁰⁴ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 30.

⁹⁰⁵ Bkz. **A.e.**,s.30.

⁹⁰⁶ Theodor Niemeyer, **Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts**, Leipzig, 1895, s. 244.

bırakılamayacağı savıyla onun şahsi statüsü olarak *lex domicilii*'nin hakim olması gerektiği kabul edilmiştir⁹⁰⁷.

Günümüzde ilginç bir şekilde, bu yaklaşıma Çin Halk Cumhuriyeti hukukunda karşılaşmaktayız. “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu” m.47’de ilk olarak tarafların seçecekleri hukukun hakim olacağı kabul edilmekle birlikte; sırasıyla taraflar arasında hukuk seçimi yoksa ve tarafların müşterek mutad meskenleri varsa o hukukun uygulanacağı; müşterek mutad meskenin bulunmaması durumunda zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı kabul edilmiştir. Çin doktrininde ise gerek bir kaçış kuralına (daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanması) gerek ise *lex causae conditionis prensibi* uyarınca fer’i bağlama noktasına (taraflar arasındaki veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk) yer verilmemesi eleştirilmektedir⁹⁰⁸.

2.1.2.3 Lex Fori Yaklaşım

Aşağıda Anglosakson hukuk düzenine ilişkin tarihsel gelişmede *Ehrenzweig* tarafından ileri sürülen sebepsiz zenginleşmenin bir borç kaynağından ziyade bir “remedy” –kanuni yol- olarak gören *lex fori* yaklaşımı taraftar bulmamıştır. Salt olarak kıta Avrupası düzeninde istisna olarak *lex fori*’nin uygulanmasına üst başlıkta belirttiğimiz üzere Avusturya doktrininde *Walker* “*Condictio Ob Turpem* (vel iniustam) *Causam*” halleri açısından kabul edildiğini gözlemlemekteyiz⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Ferdinand Böhm, **Die Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen auf dem Gebiete des Privatrechts einschliesslich des Handels-, Wechsel- und Konkursrecht**, Erlangen, 1890, s. 138; Kitap Metni İçin bkz.

https://books.google.com.tr/books?id=JLANAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=b%C3%B6hm+die+r%C3%A4umlich+herrschaft&hl=tr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=b%C3%B6hm%20die%20r%C3%A4umlich%20herrschaft&f=false (Çevirimiçi) 24.12.2019

⁹⁰⁸ Zheng Sophia Tang/ Yongping Xiao/ Zhengxin Huo, **Conflict of Laws in the People’s Republic of China**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 295 vd.

⁹⁰⁹ Walker, **a.g.e.**, s. 548.

Daha sonralarında ise aşağıda ayrı bir başlık altında tartıştığımız⁹¹⁰Avusturya doktrininde ilk olarak *Bydlinski* tarafından ortaya atılan “*Vernichtungsstatut*” - geçersizliğe sebebiyet veren statünün- sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olması görüşünde, örneğin *lex fori*’nin doğrudan uygulanan kuralı sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılması durumunda “*lex fori*”nin istisnai olarak hakim olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁹¹¹.

2.1.2.4 Tek Bağlama Noktasının Terk Edilmesi

Yukarıda *Carl Ludwig von Bar* tarafından ikili bir ayrıma yer verilerek, sadece tarafların ortak vatandaşlıkları olması durumunda *lex loci actus* prensibine istisna uygulanmasını kabul ettiğinden bahsetmiştik⁹¹². Aynı doğrultuda ise, *Böhm’e göre* *lex loci actus* prensibine ayırık olarak karşı tarafın sebepsiz zenginleştiği iddiasında bulunan tarafın (alacak iddiasında bulunanın) tek taraflı bir eyleminin sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet vermesi durumunda, hakkında sebepsiz zenginleşme iddiası bulunulan tarafın ikametgah hukukunun uygulanacağından bahsetmiştik.

Bu yazarlar tarafından, burada ikili ayrımdan ziyade tek tip olarak kabul ettikleri sebepsiz zenginleşme istemlerinde uygulanacak hukuk bakımından istisna hallerine yer verilmiştir. Burada “tek bağlama noktası”nın terk edilmesi açısından kastımız, sebepsiz zenginleşmenin birden farklı türünün olması sebebiyle farklı türlerin farklı bağlama noktasına tabi tutulmaları olarak ileri sürülen görüşlerdir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Niemeyer* tarafından, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından tek bir yaklaşımın söz konusu olamayacağı

⁹¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No.3.3.9.

⁹¹¹ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No.3.3.9.

⁹¹² Carl Ludwig von Bar, **a.g.e.**, s. 123-124.

şeklindeki yaklaşımı büyük önem arz etmektedir⁹¹³. Sonrasında ise, *Neubecker* tarafından açık bir şekilde bir hukuki işleme dayanan sebepsiz zenginleşme halleri ile bunun dışındaki hallerin farklı olarak ele alınması ve farklı bağlama noktalarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar tarafından zenginleşmenin olması ya da hukuki temelin olması gibi⁹¹⁴ hallerin önmesine olamayacağı, tüm alacak talebinin tespit edilecek bağlama noktasına tabi olması gerektiği soyut bir şekilde ifade edilmiştir⁹¹⁵.

Neuner tarafından da soyut bir şekilde farklı sebepsiz zenginleşme türlerinin farklı bağlama noktalarına tabi olması gerektiği ifade edilmekle birlikte, yazar tarafından ilginç bir görüş ortaya atılarak geçersiz sözleşmeden dolayı kaynaklanan zenginleşme istemi ile sonradan geçersiz hale gelen sözleşmelerden⁹¹⁶ kaynaklı istemlerde farklı bağlama noktalarının uygulanması gerektiği; baştan geçersiz sözleşmelerde sebepsiz zenginleşmeye dayalı olan alacağın mevcut olup olmadığının temelde yatan hukuki ilişkiye tabi olacağı ve sebepsiz zenginleşme isteminin kapsamını ise ortada bir sözleşme olmadığından “*lex domicilii debitoris*”in hakim olması gerektiği; buna karşılık ise sözleşmenin sonradan geçersiz olması durumunda ise ortada vuk’u bulan bir sözleşme (ya başka bir hukuki işlem) olduğu gözetilerek temelde yatan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun hakim olması gerektiği ifade edilmiştir⁹¹⁷. Edimden ötürü zenginleşmeler açısından yapılan bu ayrım doktrinde

⁹¹³ Niemeyer, **a.g.e.**, s. 244; ayrıca bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 6.

⁹¹⁴ Robert Neuner, “**Die Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Recht des Schuldners**”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Heft 2, 1928, s. 122 vd.

⁹¹⁵ Görüş için bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 39.

⁹¹⁶ Burada maddi hukuk açısından açıklamalarımıza dikkat çekmemiz gerekmemiz. Söz konusu yazar tarafından görüşünün ileri sürüldüğü tarihte doktrinindeki klasik görüşün - sözleşmeden dönme halinde artık ortada sebepsiz zenginleşme ilişkisinin olduğunu ileri süren- hakim olduğunu söyleyebiliriz. Tekrar etmemiz gerekir ki bu görüş taraftarları, sözleşmeden dönme ile artık sözleşme ilişkisi sona ermektedir ve iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır (bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 3.1.2)

⁹¹⁷ Robert Neuner, **a.g.e.**, s. 122 vd.

tarafıtar bulmamıştır. *Plassmeier*, doğru bir tespitle *Neuner* tarafından baştan geçersiz olan sözleşmeden dolayı gerçekleşen sebepsiz zenginleşme isteminin mevcudiyetinin ve kapsamının farklı statülere tabi tutulmasının “*dpeage*” olarak karşımıza çıktığından, bunun birçok farklı hukuk nizamları arasında bir çok çakışma ve belirsizlik doğurabileceğini belirtmiştir.

Özetle yukarıdaki yaklaşımlar, farklı sebepsiz zenginleşme türlerinin farklı statülere tabi olması yaklaşımının ilk adımları olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.1.2.5 Lex Causae Conditionis Yaklaşımı

2.1.2.5.1 20. Yüzyılın İlk Yarısında İleri Sürülen Görüşler

Tarihsel süreçle ilgili yukarıdaki başlıklarda 19. Yüzyılın ikinci yarısı ve 20. yüzyılın ilk çeyreğinin sonuna kadar olan doktrinadaki görüşleri aktarmaya çalıştık. Yukarıda görüldüğü üzere söz konusu süreçte, adeta emekleme zamanında, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından “*lex loci actus*” ve şahsi statünün hakim görüş olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu görüşleri ileri süren dönemin hukukçuları istisnai haller açısından yavaş yavaş “*lex causae conditionis*”in hakim olmasını kabul etmeye başlamışlardır.

Yukarıda *Neuner* tarafından ileri sürülen baştan geçersiz sözleşmeleri ayrıık tutarak sözleşmenin sonradan geçersiz olduğu durumlarda sözleşme statüsünün de sebepsiz zenginleşme istemine de hakim olacağı yaklaşımı *Nussbaum* tarafından takip edilmiřtir⁹¹⁸. Bu yaklaşımla birlikte *Gutzwiller* ve *Wolff* tarafından, sebepsiz zenginleşmenin malvarlığı kayması ya da aktarımı (*Vermögensverschiebung*) olduğundan yola çıkılarak; bu malvarlığı kaymasına sebebiyet veren temelde yatan hukuki ilişkinin hakim olması gerektiği ifade edilmiřtir⁹¹⁹. Nitekim *Beitzke* ve *Raape*

⁹¹⁸ Bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 6; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 40; Knoch, **a.g.e.**, s. 25, 26. .

⁹¹⁹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 41; Knoch, **a.g.e.**, s. 26.

tarafından bu yaklaşım takip edilmiş olup; doktrinde hakim görüş olarak *lex causae conditionis*'in hakimiyeti kabul edilmeye başlanmıştır⁹²⁰.

Fransız hukukunda da yukarıda bahsettiğimiz üzere kural olarak *lex loci actus*'u kabul eden *Arminjon* tarafından istisna olarak borçlanılmamış edimin ifası hallerinde, eğer ortada bir yükümlülük var ise *lex causa conditionis*'in hakim olacağı ileri sürülmüştür⁹²¹.

2.1.2.5.2 Mihenk Taşı : Zweigert'in Yaklaşımı ve Sonrasındaki Yaklaşımlar

Milletlerarası özel hukuk ve karşılaştırmalı hukuk bilimine yaptığı katkılarla bilinen *Konrad Zweigert*'in yaklaşımı, birçok yazar tarafından sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından tarihsel süreçte adeta bir mihenk taşı olarak görülmektedir⁹²². *Zweigert* 1947 yılında *Süddeutsche Juristen-Zeitung*'daki makalesinde, sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuk açısından daha önceleri ileri sürülen ve yukarıda ifade ettiğimiz yaklaşımların terk edilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Zweigert*, konusu “haksız bir malvarlığı kaymasının” iadesine ilişkin sebepsiz zenginleşme istemlerinde temel kural olarak malvarlığı kaymasına hakim olan statünün iade talebinde de hakim olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu yaklaşımla *Zweigert*, izole bir şekilde -salt- aynı malvarlığı kayması sonucu gerçekleşen sebepsiz zenginleşmeler ve mevcut borç ilişkileri çerçevesinde meydana gelen sebepsiz zenginleşmeler olmak üzere ikili ayrıma gitmiştir⁹²³. *Zweigert*, borç ilişkisi çerçevesinde meydana gelen sebepsiz zenginleşme istemlerine söz konusu borç ilişkisine hakim olan statünün hakim olacağını belirtirken, salt aynı malvarlığı kayması sonucu gerçekleşen sebepsiz zenginleşme istemlerinde ise

⁹²⁰ Bkz. Busse, *a.g.e.*, s. 6; Plassmeier, *a.g.e.*, s. 40; Knoch, *a.g.e.*, s. 26.

⁹²¹ Knoch, *a.g.e.*, s. 42vd.

⁹²² Christian v. Bar, **Internationales Privatrecht Zweiter Band**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, s. 531; Busse, *a.g.e.*, s. 5; Plassmeier, *a.g.e.*, s. 41vd.

⁹²³ Christian v. Bar, *a.g.e.*, s. 536.

zenginleşmenin temelinde değer kayması söz konusu olduğu için, kural olarak “*lex rei sitae*”nin hakim olması gerektiğini kabul etmiştir⁹²⁴. Bununla birlikte hatalı ödemede bulunma halleri açısından, alacaklısı sanarak yapılan ödeme hallerinde “*res in transitu*”nın uygulanmasını kabul etmiştir⁹²⁵. Burada maddi hukuk açısından açıklamalarımızda da belirttiğimiz *Wilburg* tarafından edimden ötürü ve edimdışı sebepsiz zenginleşme taleplerinin⁹²⁶ Alman doktrinde doktrinde 1934 tarihinde ele alındığını ve *Zweigert*’ın da bu yaklaşımdan yola çıktığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Maddi hukukta sebepsiz zenginleşme hakkındaki açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere *Wilburg* ile edimden ötürü ve edim dışı zenginleşmeleri ayrı kategorilerde değerlendiren *Ernst von Cämmerer*, ayrıca *Zweigert*’ın kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin teorisini geliştirmiştir⁹²⁷. *von Cämmerer*, kendini borçlu sanarak hata ile edimde bulunma hallerinde edimi alanın ikametgahı ya da işyeri hukukunun hakim olacağını ifade etmiş, müdahaleden ötürü zenginleşme halleri açısından ise haksız fiile uygulanacak hukuktan kıyasen ika yeri hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁹²⁸. Bu görüşün EGBGB Art. 38/2’de korunan hukuki menfaatlere müdahale şeklinde gerçekleşen sebepsiz zenginleşme istemlerinde haksız fiile uygulanacak hukuk ile paralel olarak kabul edilen müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanmasının temelini oluşturduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır⁹²⁹.

⁹²⁴ Christian v. Bar, **a.g.e.**, s. 536.

⁹²⁵ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 42.

⁹²⁶ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 1.2.

⁹²⁷ von Cämmerer, **a.g.e.**, s. 388 vd.

⁹²⁸ Bkz. Ernst von Cämmerer, **a.g.e.**, s. 388 vd. ve ayrıca bkz. Peter Schlechtriem, “**Bereicherungsansprüche im Internationalen Privatrecht**”, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse (ed. Ernst von Caemmerer), Tübingen, 1983, s. 47 ; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 44.

⁹²⁹ Bkz. Başlık No. 4.3.2.

Aşağıda ilgili ana başlık altında ele aldığımız ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerdeki sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak hukuk bakımından ⁹³⁰ von Cämmerer tarafından ele alınmaya Alman doktrininde başlanmıştır. von Cämmerer, üçüncü kişilere karşı direkt istemlerde⁹³¹ üçüncü kişi ile onun sözleşme tarafı olduğu kişi arasındaki hukuki ilişkiye hakim olan statünün – kısacası bedel ilişkisine - *Valutaverhältnis'e* ⁹³² - uygulanacak hukukun uygulanacağını belirtmiştir⁹³³. Görüleceği üzere üç ve daha fazla köşeli hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalara von Cämmerer tarafından başlandığını görmekteyiz.

Alman doktrininde Zweigert’la başlayan ve von Cämmerer tarafından geliştirilerek ele alınan söz konusu ayırım edimden ötürü sebepsiz zenginleşmeler ile edim dışı zenginleşmeler açısından maddi hukukun etkisiyle yapılmış ve birçok yargı kararında – akabinde de kodifikasyonlarda- bu yaklaşımla edimden ötürü zenginleşme halleri fer’i bağlama noktası vasıtasıyla taraflar arasındaki (ya da varsayılan) hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi tutulmuştur. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi 1952 tarihli bir kararında IPRG yürürlüğe girmeden çok daha evvel Zweigert öncesi görüşleri de karşılaştırmalı olarak ele almış ve en tutarlısının Zweigert’ın belirtmiş olduğu taraflar arasında sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet veren hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun hakim olması gerektiği görüşü olduğunu belirtmiştir. Mahkeme açık bir şekilde bu görüşün daha büyük avantajının bütün sorunsalların sebepsiz zenginleşme ile bağlantılı olaylarda tek bir potada (tek bir hukukun hakimiyetinde) topladığını vurgulamıştır⁹³⁴. Alman, İsviçre, Avusturya ve Türk hukuk düzenlemeleri ile kanunlar ihtilafı normlarında sebepsiz zenginleşme taleplerinde bu yaklaşımla şekillenmiştir. Ayrıca hem Amerikan kanunlar ihtilafı

⁹³⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm 2.2.2.

⁹³¹ Bkz. Üçüncü Bölüm 2.2.2.

⁹³² Bedel ilişkisi ile ilgili bkz. üçüncü bölüm başlık no. 2.2.1.2.1

⁹³³ von Cämmerer, **a.g.e.**, s. 388 vd.

⁹³⁴ (BGE 78 II 385) <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/pdf/c2078385.pdf> (Çevirimiçi) 24.12.2019.

hukuku hem de Alman kanunlar ihtilafı hukuku üzerine karşılaştırmalı olarak çalışan *Ernst Rabel* de bu görüşleri benimsemiştir⁹³⁵.

Yalnız *lex fori* vasıflandırmayla maddi hukuktaki edimden ötürü-edim dışı sebepsiz zenginleşme ayırımına gidilmesi hususu, bilhassa aşağıda ele alacağımız üzere fer'i bağlama noktasının (*akzessorische Anknüpfung*) pratikte sağladıkları, amacı ve karşılaştırmalı hukukta sebepsiz zenginleşme taleplerinin farklı hukuk sistemlerinde farklı olarak ele alınması hususları karşısında sebepsiz zenginleşmede bağlama konusunun fonksiyonel-amaca uygun (*teleologische Qualifikation*) olarak vasıflandırılması gerektiği görüşlerini doğurmuştur. Bu durumun tipik örneği olarak sebepten soyutluk sisteminin kabul edilmediği ya da Türk hukukundaki gibi tartışmalı olan sistemlerde karşılıklı edimlerin iadesine yönelik istemlerin aynı fonksiyona sahip olmalarına rağmen farklı olarak vasıflandırılabilmesi (bir tarafın sebepsiz zenginleşme istemine karşı diğer tarafın istihkak talebi olarak vasıflandırılması gibi) halleridir. Ayrıca aynı zamanda haksız fiil teşkil eden sebepsiz zenginleşme istemleri açısından da bunların taraflar arasındaki hukuki ilişki kapsamında fer'i bağlama noktası olarak haksız fiil statüsüne tabi olması görüşleri doktrinde aşağıda ayrı olarak ele aldığımız üzere başlamıştır⁹³⁶. Hemen belirtmeliyiz ki, Roma II Tüzüğü'nde otonom bağımız vasıflandırmanın kabul edilmesi⁹³⁷ de bu

⁹³⁵ Bkz. İkinci Bölüm Başlık no. 2.1.3.3.

⁹³⁶ Bkz. İkinci Bölüm Başlık no. 3.3.3.

⁹³⁷ Bkz. Önsöz m.11 : Tim Behrens **Bereicherungsrechtliche Mehrpersonenverhältnisse im Internationalen Privatrecht, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Sipplingen** 2011, s. 45 vd. ; Andrew Dickinson, **The Rome II Regulation** , Oxford, 2008, Rn. 3.09; Huber/Bach, **a.g.e.**, s. 288; Karsten Thorn , **“Rom II 10 (IPR)”**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 77. Auflage, München, 2018, s.2440; Zeynep Derya Tarman, **“Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”**, AÜHFD, Ankara 2008, s. 196. Oliver L. Knöfel, **“Artikel 1 ROM II”**, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013, s. 289; Francis Limbach, **“Artikel 10 ROM II”**, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013, s. 428.

yaklaşımların uygulanmasına mümkün ölçüde, aşağıda belirteceğimiz üzere olanak sağlamıştır⁹³⁸.

2.1.2.6 Esnek Yaklaşım ve Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

Aşağıda belirteceğimiz üzere Anglosakson hukuk sistemlerinde –bilhassa Amerikan hukukunda- olduğu üzere sebepsiz zenginleşme taleplerine uygulanacak hukukun tek veya sebebe göre belirlenen bağlama noktaları ile önceden belirlenemeyeceğine -belirlenmemesi gerektiğine- dayanan esnek yaklaşımda, mahkemece kendisine sunulanlarla en sıkı ilişkili hukukunun tespit edilmesi öngörülmektedir⁹³⁹. Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukta esnek yaklaşım Kıta Avrupası hukuk düzeninde Anglosakson Hukuk düzenine nazaran çok daha az tartışma konusu olduğunu belirtebiliriz. Şöyle ki, “esnek yaklaşım” tarihsel süreçte Kıta Avrupası doktrininde kabul görmemiştir⁹⁴⁰. Bizim de savunduğumuz üzere, bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme istemlerinde tarafların menfaati ön planda tutulmalı ve tarafların önceden öngöremeyecekleri hukuk nizamlarıyla karşı karşıya bırakılabilecek ve hem iç hem de dış karar ahengini tehlikeye atacak bu yaklaşıma yer verilmemelidir.

Ayrıca yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Niemeyer* tarafından, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından tek bir yaklaşımın söz konusu olamayacağı şeklindeki soyut olarak ifade edilen görüşü de Kıta Avrupası sisteminde esnek yaklaşım olarak ileri sürülen yegâne görüş olarak belirtilebilir⁹⁴¹.

⁹³⁸ Bkz. İkinci Bölüm Başlık no. 3.3.3.3.

⁹³⁹ Bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 759.

⁹⁴⁰ Özel tarafında da esnek yaklaşım ABD hukuku açısından ifade edilirken, bu yaklaşımın belirlilik ve yeknesaklık ilkelerini benimseyen kıta Avrupası sisteminde kabul edilemeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir.

⁹⁴¹ Niemeyer, **a.g.e.**, s. 244; ayrıca bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 6.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak hukuka ilişkin olarak daha ziyade –esnek yaklaşımdan farklı olarak- “daha sıkı ilişkili hukuk”un uygulanması hususu tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda kıta Avrupası sistemindeki tarihsel süreçte *lex loci actus*’u temel alan fakat tarafların müşterek vatandaşlıkları bulunması durumunda sebepsiz zenginleşme isteminin o hukuka tabi olmalarını kabul eden *Carl Ludwig von Bar* ‘ın görüşü ile atıldığını ifade etmemiz yanlış olmayacaktır⁹⁴².

Schlechtriem tarafından Alman doktrinde sebepsiz zenginleşme istemlerinde müdahaleden ötürü zenginleşmeler açısından müdahaleden ötürü zenginleşmelerde müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun bir başka hukukun daha sıkı ilişkili olmadığı sürece hakim olabileceği ve daha sıkı ilişkili hukukunun tespiti durumunda o hukukunun hakim olması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁴³.*Schlechtriem* bu görüşünü iki temel gerekçeye dayandırmıştır. Bunlardan ilki *lex rei sitae* ve müdahalenin gerçekleştiği yerlerin gelişi güzel-rastlantı yerler olabilmeleri; ikincisi ise farklı hukuk nizamları arasında taleplerin (kimi nizamlarda haksız fiil olarak kimi nizamlarında sözleşmesel olarak) farklı olarak vasıflandırılabilmesinden dolayı birçok belirsizliğin engellenebilecek olmasıdır⁹⁴⁴. Nitekim Alman hukukunda Roma II Tüzüğü öncesinde tam uygulama alanı, şu anda ise sınırlı uygulama alanı bulan EGBGB Art. 38’de bu yaklaşım kabul edilmiş ve Art. 38/2’de müdahaleden ötürü zenginleşmelerde *müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun* hakim olduğu kabul edilmiştir⁹⁴⁵.

⁹⁴²Carl Ludwig von Bar, **a.g.e.**, s.123- 124.

⁹⁴³ Peter Schlechtriem, “**Bereicherungsansprüche im Internationalen Privatrecht**”, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse (ed. Ernst von Caemmerer), Tübingen, 1983, s.52.

⁹⁴⁴ **A.e.**, s. 52vd.

⁹⁴⁵ Ayrıca şimdiden bahsetmemiz de yarar var. Aşağıda bizim de kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde müdahaleden ötürü zenginleşmeler MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girdiğinden; böyle bir düzenlemeye gerek olmayacaktır. Zira taraflar arasındaki hukuki ilişki kapsamı ferî bağlama noktasının amaçları doğrultusunda geniştir ve müdahale aynı anda haksız fiil teşkil ediyorsa haksız fiile uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşme istemine de hakim olacak ; buna karşılık taraflar

Christian von Bar tarafından da kaçış kuralının edim dışı zenginleşmeler açısından gerekli olduğu belirtilmiştir. Edimden ötürü zenginleşmelerde ise buna özetle fer'i bağlama noktası sebebiyle gerek olmadığı vurgulanmıştır. Yazar, özel olarak (yabancılık unsuru içeren) edimden ötürü zenginleşmelerde tarafların Alman vatandaşı olmaları ve mutad meskenlerinin de Almanya'da olmaları durumunda Alman hukukunun hakim olması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁴⁶.

Hemen burada belirtmeliyiz ki; *Schlechtriem*'in daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yaklaşımı Alman hukukunda kabul görmüştür. Şöyle ki, Roma II Tüzüğü'nden daha evvel EGBGB m.41 hükmünde esaslı olarak daha sıkı bağlama başlığı altında EGBGB Art. 38'de yer alan sebepsiz zenginleşme, EGBGB Art. 39'da yer alan vekaletsiz iş görme, EGBGB Art. 40'da yer alan haksız fiilden ötürü istemleri de kapsayacak şekilde daha sıkı irtibatlı hukukunun uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Alman kanun koyucusu tarafından EGBGB Art. 41/2'de esaslı olarak daha sıkı ilişkinin örnek olarak borç ilişkisi ile hukuki veya fiili özel bir ilişkinin taraflar arasında olması ve ayrıca edim dışı zenginleşmeler açısından –Art. 38/2 ve 38/3 açısından özel olarak gösterilmek suretiyle- tarafların müşterek mutad meskenlerinin ortak olması durumunda daha sıkı ilişkinin mevcut olacağı somut olarak kabul edilmiştir.

İsviçre kodifikasyonunda ise (IPRG) Art. 15'te sistematik olarak genel bir hükümle bütün bağlama konuları açısından varsa “daha sıkı irtibatlı” hukukun uygulanması prensibi genel bir “istisna hükmü” ile kabul edilmiştir. İsviçre doktrininde belirtildiği üzere bu hüküm, salt özel haller açısından hakimce keyfi olarak adalet sağlanması amacıyla ele alınamayacak olup; yardımcı-tamamlayıcı nitelikte olarak kanun koyucu tarafından uyuşmazlık konusu hayat ilişkisi özel olarak dikkate alınmış olsaydı istisnai çözümle –daha sıkı ilişkili- bağlama noktasını kabul

arasında haksız fiil olmaksızın mülkiyet veya zilyetlik gibi bir ilişkiye bağlı bir müdahale söz konusu ise lex situs hakim olacaktır. (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3. ve 4.3.2.)

⁹⁴⁶ Christian von Bar, **a.g.e.**, s. 538.

edeceğinden hareketle kanun koyucu gibi hakime yetki tanımaktadır⁹⁴⁷. Bu hüküm aşağıda da belirteceğimiz görüşler nispetinde uygulama alanı bulabilmektedir. Hemen belirtmemiz gerekir ki, MÖHUK sisteminde böyle bir hükme yer verilmemiş ve öte yandan özel olarak da (sözleşmeye uygulanacak hukuk (m.24/4) ve haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin olarak (m.34/3) belirtildiğinin aksine) m. 39’da istisna hükmüne yer verilmemiş olduğunu şu aşama belirtmemizde yarar var. Aşağıda bu hususa ilişkin tartışma ve görüşmeleri özel olarak ele aldığımızı belirtelim.

Yukarıda yer alan EGBGB’deki hükümde de bahsedildiği üzere Roma-II Art. 10 IV’de yabancı doktrinde bir “kaçış” hükmü olarak da ifade edilen –uygulaması açısından da tartışmalı olan - açıkça daha sıkı irtibatlı hukukun sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanmasına olanak verilmesi hususu kabul edilmiştir. Hemen belirtmemiz gerekir ki: Bu kurala Roma II Tüzüğü’nde yer verilmesinin Alman hukukundaki yaklaşımın yanı sıra AB bünyesinde esnek yaklaşımın kabul gördüğü Anglosakson hukuku sistemi içerisinde yer alan ülkelerden kaynaklandığını ifade etmek pek de yanlış olmayacaktır.

2.1.2.7 Sübjektif Bağlama Noktası – Hukuk Seçimi

Sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından dahi tarihsel süreçte uygulama alanı açısından (*Savigny*’den itibaren) tarafların hukuk seçiminin sınırının olup olmadığı

⁹⁴⁷Bkz. Daniel Girsberger, Richard Gassmann, “Art. 15 IPRG”, Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108, 3. Auflage, 2018 , s. 320(Rn. 6); Steffen Schreiber, , **Ausweichklauseln im deutschen, österreichischen und schweizerischen Internationalen Privatrecht**, Verlag DrKovac, Hamburg, 2001, s. 263; Thomas Hirse , **Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht methodentheoretische und -kritische Gedanken zur Konkretisierung einer besonderen kollisionsrechtlichen Generalklausel**, Tübingen 2006,s.306-307.

üzerine bugünün aksine çok daha fazla tartışma yaşanmıştır⁹⁴⁸. Söz konusu dönemlerde de bir yandan irade muhtariyeti prensibinin tam gelişmemesi bir yandan da yukarıda ifade ettiğimiz üzere *lex loci actus*'un veya borçlunun şahsi statüsünün hakimiyeti bir bütün olarak tüm sebepsiz zenginleşme talepleri açısından kabul edilmesinin ağırlıklı olarak kabul edilmesinden dolayı, söz konusu *lex loci actus* veya borçlunun şahsi statüsünün hakimiyetini kabul eden görüşlerde irade muhtariyeti prensibine yer verilmemiştir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmede *lex loci actus*'u veya şahsi statüyü kabul eden yazarların bir kısmı sözleşmelerde dahi irade muhtariyetine karşı görüşteydiler. Örneğin *Carl Ludwig von Bar* ve *Niboyet* gibi hukukçular irade prensibini kabul etmemişlerdir⁹⁴⁹.

Sözleşmeye uygulanacak hukukta irade muhtariyeti kabul bulmuş olsa da, tarafların addetmedikleri kanundan doğdukları yaklaşımıyla irade muhtariyeti sebepsiz zenginleşme istemleri açısından en başlarda kabul görmemiştir⁹⁵⁰. İrade muhtariyetinin en başlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından ele alınmasının ardından birçok bağlama konusu açısından da hukuk seçiminin mümkün görülmesine ilişkin yeni görüşler ortaya çıkmış ve bu doğrultuda kanunlar ihtilafı normları düzenlenmiştir. Bu yaklaşım sözleşme dışı borç kaynağı olarak yabancılık unsuru taşıyan sebepsiz zenginleşme talepleri açısından da olmuştur. Bu yaklaşımın temelinde kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında bir borç ilişkisi olarak sebepsiz zenginleşme taleplerinde taraf menfaatlerinin⁹⁵¹ ve böylece uygulanacak hukukun önceden bilinebilmesinin ön planda olduğunu belirtmemiz yanlış olmayacaktır.

⁹⁴⁸ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 341; İrade Muhtariyeti ile ilgili olarak detaylı bir şekilde tarihsel süreç hakkında bkz. Turhan Esener, “Devletler Hususi Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibi”, **AÜHFD, C.11, Ankara, 1954, s. 478vd.**

⁹⁴⁹ Esener, **a.g.e.**, s. 484vd. ; Ayrıca C. Ludwig v. Bar, **a.g.e.**, s. 4 vd.

⁹⁵⁰ Bkz. Zheng Sophia Tang/ Yongping Xiao/ Zhengxin Huo, **Conflict of Laws in the People's Republic of China**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 291.

⁹⁵¹ Behrens, **a.g.e.**, s. 109; Axel Flessner, **Intressenjurisprudenz im internationalen Privatrecht**, Tübingen, 1990, s. 99-100.

Bilindiği üzere, MÖHUK m. 39/2’de tarafların sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra, uygulanacak hukuku açık olarak seçebilecekleri kabul edilmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak alacağımız bu hükümle birlikte Türk kanunlar ihtilafı hukukunda sebepsiz zenginleşme istemlerinde irade muhtariyeti kabul edilmiştir. Yalnız burada şimdilik belirtmeliyiz ki, aşağıda ele aldığımız üzere bize göre bu hükmün uygulama alanı son derece hassas bir konudur⁹⁵². Bununla birlikte İsviçre mevzuatında Art. 128/1 IPRG ’de taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkiden bahsedildiği durumlarda fer’i bağlama noktasının hakim olduğu belirtildikten sonra, Art. 128/2’de taraflar arasında hukuki ilişkiden bahsedilemediği durumlarda zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı belirtilmiş; aynı cümle içerisinde ise tarafların *lex fori*’yi seçebilecekleri kaleme alınmıştır⁹⁵³. Görüleceği üzere İsviçre hukukunda sebepsiz zenginleşme istemleri bakımından –

⁹⁵² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.

⁹⁵³ Bu yaklaşım **Rus hukukunda** da mevcuttur. Rusya Federasyonu Medeni Kanunu’nun 6. Kısımının altında yer alan kanunlar ihtilafı normları arasında 1223. Maddesinde taraflara ancak “*lex fori*”yi seçebilmeleri olanağı verilmiştir. İngilizce metin için bkz <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf> (Çevirimiçi), 21 Temmuz 2020.

Tayvan (Çin Cumhuriyeti) hukukunda da aynı şekilde Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu’nda 31. Maddesinde doktrinde tarafları yargı giderlerinden kurtulma maksadıyla sınırlı olarak hakimın hukukunu seçme imkanı getirildiği ifade edilmektedir. (En-Wei Lin, “ **New Private International Legislation in Taiwan: Negotiorum Gestio, Unjust Enrichment and Tort**”, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe(Ed. Jürgen Basedow/Knut B. Pißler, Mohr Siebeck, 2014, s. 245) **Çin Halk Cumhuriyeti hukukunda** ise taraflara hukuk seçimi açısından bir sınırlama getirilmemiştir. “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu” m.47’de ise bir sınırlama olmaksızın taraflara açık veya zımni hukuk seçimi imkanı verilmiştir. (Zheng Sophia Tang/ Yongping Xiao/ Zhengxin Huo, **Conflict of Laws in the People’s Republic of China**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 292 vd.) Ayrıca 1.04.2011’den evvel sebepsiz zenginleşme istemlerine ilişkin bir düzenleme olmayan Çin Halk Cumhuriyeti’nde tarafların iddia ve savunmalarını Çin hukukuna dayandırmaları durumunda zımni hukuk seçimi olduğu kabul edilerek Çin Halk Cumhuriyeti maddi hukukunun uygulanması yaklaşımı kabul edilmekteydi. Zhengxin Huo, **Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law**, 2011, s. 681

Metin için bk. https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/5973_45-3%20Huo.pdf²¹ Mart 2020)

aşağıda özel olarak ele aldığımız ve belirttiğimiz üzere⁹⁵⁴- taraflar arasında mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiden bahsedilememesi durumundaki haller bakımından ise fer'i bağlama noktası kabul edilebildiğinden dolayı, asıl ilişkiye uygulanacak hukuk seçimi mümkün olduğundan dolayı sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk da seçilebilecektir.

Alman hukukunda da Roma II Tüzüğü'nden evvel Art. 42 EGBGB'de hukuk seçimi kabul edilmiştir. Söz konusu hükümde tüm sözleşme dışı borç ilişkileri açısından geçerli olacak şekilde, üçüncü kişilerin haklarına halel gelmemesi kaydıyla tarafların sözleşme dışı borç ilişkisini doğuran olayın gerçekleşmesinden sonra hukuk seçimi kabul edilmiştir. Kanun metninde açıkça belirtilmemiş olsa da, bir sınırlama getirilmediğinden tarafların zımnen hukuk seçiminde bulunmalarına da cevaz verildiği kabul edilmiştir⁹⁵⁵.

Dikkat çekici bir düzenleme ise şu an Roma II'nin yürürlüğe girmesiyle artık yürürlükte olmayan Avusturya mevzuatında yer alan Art. 35 IPRG hükmüdür. IPRG'nin borçlar hukuku 7. Bölümünde yer alan genel hükümler başlıklı bu maddede tüm borç ilişkileri bakımından Avusturya kanun koyucusu tarafların açıkça veya zımni olarak hukuk seçmelerine olanak tanımıştır. Genel olarak hukuk seçiminin düzenlendiği 11. Maddesi'nde ise ikinci fıkrada (Art. 11/2 IPRG) ise taraflar arasındaki davalarda salt zımni seçimlere itibar edilemeyeceği belirtilerek, bu hallerde açık hukuk seçimi arandığı belirtilmiştir. Bunun temelinde ise, hakim *lex fori* 'yi keyfi olarak uygulamasına engel olunmak istendiği belirtilmiştir⁹⁵⁶.

Yukarıda yüzeysel olarak ele aldığımız gelişmeleri aşağıda sebepsiz zenginleşme taleplerinde hukuk seçimi başlığı altında ayrıntılı ele aldık⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.

⁹⁵⁵ Heldrich, **a.g.e.(Art. 42 EGBGB)**, s. 2575.

⁹⁵⁶ Bkz. Plaßmeier, **a.g.e.**,s. 415: Yazar EGBGB'de kural konulmadan evvel bu hükmün Alman hukukunda da konulması gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁵⁷ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.

2.1.3 Anglosakson Hukuku Alanında Tarihsel Süreç

2.1.3.1 Genel Bakış

Yukarıda maddi hukuk açıklamalarında da ifade ettiğimiz üzere, kıta Avrupası sistemine nazaran sebepsiz zenginleşme kurumu çok daha yavaş gelişmiştir. Şöyle ki, “*law of restitution*” kurumu içerisinde bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme sözleşme ve haksız fiilden sorumluluk hallerinden çok daha sonra uygulama alanı bulmuştur. Hatta bunun ilerisinde, maddi hukuk alanında sebepsiz zenginleşmenin kapsamı üzerinde hararetli tartışmaların da yer alması kanunlar ihtilafı hukuku alanında da birçok belirsizliğe, bilhassa vasıflandırma problemlerine sebebiyet vermiştir⁹⁵⁸. Yukarıda maddi hukukta sebepsiz zenginleşmeye ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere, sözleşme benzeri “quasi-contract” Roma hukukunda sözleşme veya haksız fiil kapsamına girmeyen fakat özel sözleşme türleri benzeyen haller için uygulansa da Anglosakson hukuk sistemlerinde ise sözleşme benzeri kavramından ziyade “*implied contract*” -ima edilen sözleşme- kavramı üzerinde durulmuştur⁹⁵⁹. Wolff tarafından 1945 tarihinde İngilizce yazdığı eserinde belirtildiği üzere Anglosakson hukukunda kanunlar ihtilafı alanında sözleşme benzerleri için birçok belirsizlik söz konusu olmuştur⁹⁶⁰.

Böylelikle bahsetmiş olduğumuz üzere Anglosakson hukuk nizamlarında maddi hukuk alanındaki anlayış, kanunlar ihtilafı hukukunda –göreceli olarak- çok daha az doktrinde çalışma ve görüş ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir. Nitekim

⁹⁵⁸ Bkz. T M Yeo, **Choice of Law for Equitable Doctrines**, Oxford University Press, King’s Lynn, 2004, s.309-310 (bkz. paragraf no 9.04).

⁹⁵⁹ Martin Wolff, **Private International Law**, Oxford University Press, 1945, s. 505; tarihsel süreçle ilgili ayrıca bkz. Peter Birks, **Unjust Enrichment**, Oxford University Press, 2. Edition, King’s Lynn, 2005, s. 271 vd.; North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 671.

⁹⁶⁰ Wolff, **a.g.e.**, s. 505.

sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından 1920’li yıllara kadar doktrinde bir yaklaşımdan söz etmek neredeyse çok zordur⁹⁶¹.

Burada belirtmeliyiz ki, yakın zamanda Roma II Tüzüğü’nün etkisi ile başta Birleşik Krallık’ta yer alan hukuk nizamları ve İrlanda hukuk düzenlemelerinde tartışmalar somut normlarla son bulmuştur. Hatta Birleşik Krallık’ta “Brexit” sonrası da Roma I ve Roma II tüzükleri kuralları iç hukuka uyarlandığı için (*“The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834)”*)⁹⁶² bu somut düzenlemeler dikkate alınmış; daha önceleri bu ülkelerin hukukçuları arasındaki tartışmalar yerini Roma II Tüzüğü açısından olan doktrindeki tartışmalara bırakmıştır. Buna mukabil, başta ABD olmak üzere kanunlar ihtilafı hukuku açısından sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin doktrindeki görüşler güncelliğini korumaktadır.

Yukarıda genel bilgileri verdikten sonra Anglosakson hukukunda tarihsel süreçteki yaklaşımları bu başlık altında ele almaktayız.

⁹⁶¹ Kaldı ki, İngiliz hukukundan farklı olarak maddi hukukunda adeta kıta Avrupası yaklaşımına yakın olarak sebepsiz zenginleşme kurumunun daha evvel ele alındığı İskoç hukukunda dahi sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin yaklaşımlar yok denecek daha az olduğu belirtilmektedir. (bkz.Elizabeth B. Crawford, **International Private Law in Scotland**, W.Green/Sweet&Maxwell, Edinburgh, 1998, s.279 (ve ayrıca dipnot: 88); Plassmeier, a.g.e.,s. 182-183.)

⁹⁶²“Brexit” ile Birleşik Krallık’ın AB’den 31 Ocak 2020’den ayrılmış; fakat 31 Ocak 2020- 31 Aralık 2020 tarihleri arasındaki geçiş sürecinde Rome II Tüzüğü Birleşik Krallık açısından yürürlükte kalmıştır. Bununla birlikte Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından kabul edilen *“The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834)”* Kanunu ile Rome I ve II tüzük kuralları Birleşik Krallık’ta uygulama alanı bulmaktadır.

2.1.3.2 Lex Loci Actus

Anglosakson hukukunda sebepsiz zenginleşme istemlerinin zamanla tıpkı kıta Avrupası hukuku tarihçesinde olduğu gibi “*quasi-contract*” sözleşme benzeri olarak vasıflandırılarak; bir taşınmaza ilişkin olarak gerçekleştirilen giderlerle alakalı bir isteminde o taşınmazın bulunduğu yer hukuku “*lex rei sitae*”nin hakim olacağı kabul edilmiştir⁹⁶³. Bu yaklaşımın tezahürü olarak “*lex loci actus*” yaklaşımı İngiliz doktrininde *Westlake* tarafından kabul edilmiştir⁹⁶⁴. Bu görüşe göre, en uygun hukukun uygulanması açısından sözleşme benzeri borç ilişkilerinde *lex loci actus*’un hakimiyetinin kabul edilmesi gerektiği kabul görmüştür⁹⁶⁵.

Aynı yönde *Gutteridge/Lipstein* tarafından da daha somut bir şekilde kıta Avrupası’nda giderek somutlaşmaya başlayan *lex causae conditionis* yaklaşımının uygulanmaması gerektiği 1939 yılında belirtilmiştir⁹⁶⁶. Bu görüş sahipleri, sözleşmeye uygulanacak olan hukuk uyarınca zaten geçersiz sayılan bir sözleşmeye dayalı edimin iadesinin o sözleşmeyi geçersiz sayan hukuk nizamı tarafından istenemeyeceği şeklindeki ilginç bir yaklaşımla *lex causae conditionis* yaklaşımına karşı çıkmışlardır. Öte yandan tarafların şahsi statüleri olarak yerleşim yeri hukukuna dayanılamayacağı; taraflardan birinin talebinin diğerinin yerleşim yeri hukukuna çekilmesinin bir temelinin olmadığı ve bunun ayrıca yerleşim yeri hukukuna ilişkin olarak vasıflandırma (bağlama noktasının) problemlerine sebebiyet verebileceği bu görüşün diğer gerekçeleridir⁹⁶⁷. Bu görüşe göre somut olarak paranın ödendiği yer, eşyanın alıkonulduğu yer gibi kavramlarla *lex loci actus*’un söz konusu iade

⁹⁶³Plasmeier, **a.g.e.**,s.171. (1887 tarihli *Batthynany v. Walford* kararı)

⁹⁶⁴ John Westlake / Norman Bentwich, **A Treatise on PrivateLaw International**, 7. Edition,London,1925, s. 325.: Burada “properlaw” yaklaşımı kabul edilmekle birlikte, “properlaw”un *lex loci actus* olduğu belirtilmektedir.

⁹⁶⁵ Arıca bkz. Michale Tilbury / Gary Davis / Brian Opeskin, **Conflict of Laws in Australia**, Oxford University Press, Singapore, 2002, 971 vd.(Alt dipnotta yazan **Macmillian Inc. V. Bishopsgate Investment Trust Plc (No.3)** kararı belirtilmektedir.)

⁹⁶⁶ Plasmeier,**a.g.e.**, s. 159.

⁹⁶⁷ Bkz. Plasmeier,**a.g.e.**, s. 159.

istemlerinde hakim olacağı ifade edilmektedir⁹⁶⁸. Bu yaklaşım da bilhassa uluslararası para transferleri örnek verilerek sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet veren işlem ile zenginleşmenin meydana geldiği yerin farklı olabileceğinden dolayı tenkit edilmiştir⁹⁶⁹. Görüleceği üzere, bu tenkit zenginleşmeye sebebiyet veren işlem ya da fiilin uygun bir bağlama noktası olmadığını göstermektedir.

Tarihsel süreçte ABD hukukunda kazanılmış haklar teorisinin⁹⁷⁰ etkisi altında *lex loci actus* yaklaşımı tüm sebepsiz zenginleşme istemleri bakımından savunulmuştur. *Joseph H. Beale*, sözleşme benzerinden doğan bir hakkın yararın ya da zenginleşmenin kazanıldığı yer hukukunun hakim olacağının açık olduğunu –bir anlamda işin doğasında olduğunu- ifade etmiştir⁹⁷¹ ve *The First American Restatement of Conflict of Laws* § § 452 ve 453'te zenginleşmenin gerçekleştiği yerin hakim olacağı anlayışı kabul edilmiştir⁹⁷².

Söz konusu düzenlemede § 452'de sağlanan yararlar ilgili olarak denkleştirme istemleri ile ilgili olarak yararın devralındığı yer hukukunun hakim olacağı kabul edilmiştir. İlgili açıklama kısmında ise, fakirleşenden zenginleşene özellikle taşınmaz üzerindeki bir hakka müdahale yoluyla bir malvarlığı (maddi) menfaatin aktarılması halleri ele alınmış ve ayrıca inşaatla ilgili olan bir sözleşmede sözleşmenin ihlali durumunda yarıda kalan bir inşaatla ilgili arsa sahibine o ana kadar yapılan işlerle ilgili olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuktan ziyade taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan "*lex rei sitae*"nin uygulanacağı belirtilmiştir. § 453'te de aynı şekilde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun genel bir kural olarak uygulanacağı vurgulanmıştır⁹⁷³. Bu kurala göre, zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun bir

⁹⁶⁸ Bkz. *Plaßmeier, a.g.e.*, s. 160; ayrıca bkz. Ernst Rabel, **The Conflict of Laws -A Comparative Study Volume III Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations**, Second Edition (prepared by Herbert Bernstein), The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1964, s. 378.

⁹⁶⁹ *Plaßmeier, a.g.e.*, s. 160.

⁹⁷⁰ Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 160vd.

⁹⁷¹ Rabel, *a.g.e.*, s. 378; Knoch, *a.g.e.*, s. 49.

⁹⁷² Özel, *a.g.e.*, s. 752 (salt olarak m.453'ten bahsetmiştir) ; *Plaßmeier, a.g.e.*, s. 216;

⁹⁷³ Panagopoulos, *a.g.e.*, s. 115 .

meblağı alanın iade ile yükümlü olup olmadığına ilişkin olarak yetkili olduğu belirtilmektedir; görüleceği üzere § § 452 ve 453 temelde aynı mantığa dayanan biri para dışı yararlar (kazanım) ilgili, diğeri ise parayla ilgili kazanımlar açısından ayrı düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁷⁴. Bu yaklaşım bazı yargı kararları tarafından benimsenmiştir. Örneğin geçersiz bir sözleşme uyarınca gerçekleştirilen hizmet edimlerine ilişkin denkleştirme isteminde söz konusu hizmetin gerçekleştirildiği yer hukukunun hakim olacağı kabul edilmiştir⁹⁷⁵. Buna karşılık bazı Amerikan yargı kararlarında bu yaklaşım eleştiriye uğramıştır ve bu eleştiri zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun zenginleşmenin ardında yatanlardan soyut olduğu gerekçesine dayanmaktadır⁹⁷⁶.

Öte yandan Türk doktrindeki çalışmada da *Özel* tarafından belirtildiği üzere; bu yaklaşım açısından hakim olan hukukun zenginleşmeye sebebiyet veren olay ya da işlemin gerçekleştiği yer hukuku mu, fakirleşmenin gerçekleştiği yer hukuku mu yoksa zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku mu olduğu açısından da birçok belirsizlik yaşanmıştır⁹⁷⁷. *The First American Restatement of Conflict of Laws*’un bu kuralları, birçok tartışmayı da en başta zenginleşmenin gerçekleştiği yer kavramının belirsizliği açısından yanında getirmiştir. Zenginleşmeye sebebiyet veren işlem veya fiil yeri, zenginleşmenin meydana geldiği yer ve fakirleşme yeri arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁹⁷⁸. Ayrıca, aşağıda belirttiğimiz üzerine *Rabel* tarafından da Amerikan doktrinde bu yaklaşım kabul edilmemiştir⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 115 .

⁹⁷⁵<https://www.casemine.com/judgement/us/59149ca7add7b04934645b1e>(çevirimiçi) 24.07.2020.

⁹⁷⁶ Bkz. 1959 tarihli **Nissenberg v.Felleman kararı** 162 N.E.2d 304 (Mass. 1959)<https://www.courtlistener.com/opinion/2028076/nissenberg-v-felleman/> (çevirimiçi) 24.07.2020. (ayrıca bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 115 . dipnot 19.)

⁹⁷⁷ Özel, **a.g.e.**,s. 753 vd.; ayrıca bkz. Plassmeier,**a.g.e.**, s. 218.

⁹⁷⁸ Bkz. Özel, **a.g.e.**,s. 754-755; ayrıca bkz. Eugen F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, **Conflict of Laws**, Fourth Edition, Thomson&West, 2004, s. 1042.

⁹⁷⁹ Rabel, **a.g.e.**, s. 382.

2.1.3.3 Lex Causae Conditionis'e İlişkin Görüşlerin Ortaya Çıkması ve Sonrasındaki Süreçteki Yaklaşımlar

Yukarıda ele aldığımız ilk doktrinel görüşlerden sonra **İngiliz hukukunda** giderek artan bir şekilde *lex causae conditionis* yaklaşımı taraftar bulmuştur⁹⁸⁰. Fakat bu çalışmada belirteceğimiz üzere *lex causae conditionis*'in uygulama alanı salt olarak sözleşme çerçevesinde ele alınmaya başlanmıştır.

Çok ilginç bir yaklaşım olarak somut bir norm tarihsel süreçte karşımıza çıkmaktadır. 1943 yılında “Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943” ile İngiliz hukukunun uygulandığı bir sözleşmenin ifasının imkansız olduğu ya da başka bir şekilde (sözleşmenin) boşa çıktığı⁹⁸¹ hallerde bunla ilgili istemlerin de İngiliz hukukuna tabi olduğu kabul edilmiştir⁹⁸²⁹⁸³.

Lex loci actus görüşünü savunan *Williams* ise yukarıda ifade ettiğimiz *Gutteridge/Lipstein*'in gerekçeleri ile *lex causae conditionis*'e karşı çıkmıştır. Buna mukabil, *Morris* ise söz konusu düzenlemenin yetersiz olduğunu ve açıkça ifası imkansız sözleşmeler açısından (daha doğru ifade ile “frustrated” olan) sözleşmeye hangi hukuk hakim ise iade istemlerinin de o hukuka tabi olması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁸⁴. Burada görüldüğü üzere bu istemler, İngiliz hukukundan farklı olarak (bugünkü) Alman hukukunda ve tartışmalı olmakla birlikte hukukumuzda⁹⁸⁵

⁹⁸⁰Knoch,**a.g.e.**, s. 43.

⁹⁸¹*Frustration* İngiliz hukukunda ayrı bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada sözleşmeye konu ifanın taraflardan hiç birinin kusuru olmaksızın imkansız olması ya da amacının engellendiği halleri özetle kapsamaktadır.

⁹⁸² Rabel,**a.g.e.**,s. 381.

⁹⁸³ Ayrıca Kanada doktrininde de bu kanunun kıyasen uygulanmasıyla *lex causae conditionis*'in uygulanabileceği *Falconbridge* tarafından ileri sürülmüştür. (bkz. Plaßmeier, **a.g.e.**,s. 247-248; Dicey,Morris and Collins, **a.g.e.**,(2006), s. 1873-1874.

⁹⁸⁴ Bkz. Knoch,**a.g.e.**, s. 44;Plaßmeier,**a.g.e.**, s. 160.

⁹⁸⁵ Daha evvel açık olmamakla birlikte günümüz BGB düzenlemesinde, sonraki ifa imkansızlığında iade istemi sözleşmesel borç ilişkisi kapsamındadır. (bkz. dipnot no. 448)

sonradan ifa imkansızlığı hallerinde sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmemekte ve iade taleplerinin de sözleşme karakterli olduğu ortadadır⁹⁸⁶.

Yukarıda belirttiğimiz *Morris* tarafından ayrıca zenginleşmenin gerçekleştiği yerin bazı hallerde rastlantısal ve çoğu hallerde bu yerin tespitinin zor olabileceği belirtilerek *lex loci actus*'un belirsiz çözümlere gebe olabileceği vurgulanmıştır. Örneğin yazar tarafından New York'tan Şikago'ya giden bir trende yapılan ödeme ile zenginleşmenin gerçekleştiği yerin tespitinin zor olacağı belirtilmiştir⁹⁸⁷.

Yukarıda *lex loci actus* anlayışını savunduğunu belirttiğimiz *Lipstein*, görüşünü 1949 yılında değiştirmiştir. *Lipstein*'in bu görüşü tartışmasız İngiliz kanunlar ihtilafı hukuku açısından en kabul edilir kaynak olan *Dicey and Morris Conflict of Laws*'ta (daha önceleri salt *Dicey's The Conflict of Laws*, şu anki ismiyle *Dicey, Morris and Collins The Conflict of Laws* olan) 1949 yılından Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı bulmasına kadar değişmeden kabul edilmiştir⁹⁸⁸. Böylece temel kural olarak “*proper law*” anlayışı ile bağlı kalınmıştır. Bu yaklaşımın sonucu olarak, “*proper law*”un bir bütün olarak sebepsiz zenginleşme istemlerinde uygulanması kabul edilmiş ve böylece vuku bulabilecek tüm önmeselerinin kendi bağımsız bağlama noktalarına bağlanmasının engellenmek istendiği vurgulanmaktadır⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶Görüleceği üzere iade istemleri farklı hukuk düzenlerinde farklı olarak vasıflandırılabilir. (ifanın imkansız hale gelmesinde, kimi hukuklarda iade istemleri sözleşmesel karakterli görülürken, kimilerinde ise kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak sebepsiz zenginleşme kapsamında görülebilmektedir.) Aşağıda ayrıntılı ele aldığımız üzere fer'i bağlama noktasının kabulü ise bu tür vasıflandırma problemlerini ortadan kaldırmaktadır.(bkz. Başlık No. 3.3.4'te yer alan açıklamalarımız)

⁹⁸⁷ Yazarın bu örneği vermesinin sebebi söz konusu şehirler arasında yolculukta birkaç farklı eyaletten geçilmesindendir.

⁹⁸⁸Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 112; Plaßmeier, **a.g.e.**, s. 161 vd.; Albert Venn Dicey , **The Conflict of Laws**, Stevens and Sons, 6. Edition, London, 1949, s.754 vd.; Dicey, Morris and Collins, **The Conflict of Laws**, 14. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 1863: Ayrıca *Dicey, Morris and Collins*'in 15. Yayını 2012 yılında yapıldığından dolayı söz konusu kural değişmiştir.

⁹⁸⁹ Bkz. Plaßmeier, **a.g.e.**, s. 161.

Dicey and Morris'in 200. kuralı⁹⁹⁰ (Dicey, Morris and Collins'in 230. Kuralında⁹⁹¹) şu şekilde kabul edilmiştir: Birinci fıkrada birisinin zararına olarak elde edilen zenginleşmelerin eski haline getirilmesine ilişkin bir “yükümlülük”ün⁹⁹² “proper law”un – en sıkı ve gerçek ilişkili hukukun- hakimiyeti altında olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise “yükümlülüğün” en sıkı ve gerçek ilişkili hukukunun nasıl saptanacağına ilişkin kaideler belirtilmiştir. Yalnız bu kaideler metinde yer alan “(semble)⁹⁹³” ibaresinden de anlaşılacağı üzere istisnasız kurallar değildir. Eğer yükümlülük bir sözleşme ile bağlantılı olarak doğuyorsa ise *sözleşmeye uygulanacak hukuk* (2/a); yükümlülük bir taşınmaza ilişkin tasarruf ile alakalı olarak doğuyorsa *lex situs* (2/b); yükümlülük diğer hallerde doğuyorsa zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun (2/c) o yükümlülüğün uygun hukuku olduğu söz konusu maddede belirtilmiştir⁹⁹⁴.

Görüleceği üzere, söz konusu maddenin 2. Fıkrasının “a” bendinde, *lex causae conditionis* salt olarak sözleşme ile bağlantılı olan haller açısından kabul edilmiştir. *Lex fori* vasıflandırma kabul edildiğinden ötürü ise sebepsiz zengileşmeye ilişkin istemin sözleşme ile bağlantılı olup olmadığının vasıflandırılmasının *lex*

⁹⁹⁰ Dicey and Morris, **The Conflict of Laws**, 12. Edition, Sweet & Maxwell, London, 1993, s. 1471 vd.; Dicey and Morris, **The Conflict of Laws**, 13. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 1485.

⁹⁹¹ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**, (14. Edition), s. 1863vd.

⁹⁹² Yalnız burada da belirtmemiz gerekir ki; “Restitution” kurumuna dayalı davalar hem İngiliz hem de diğer Anglosakson hukukunu benimsemiş devlet hukuklarında sadece bir alacak –yükümlülük- taleplerine dayanmayıp; aynı karakterli de olabilmektedir. (tipik örneği “Constructive Trust” müessesesi) Bu kuralda “obligation” (yükümlülük, borç) ibaresine yer verilmesi de eleştiriye uğramıştır. (bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 113.)

⁹⁹³ “Semble” –gibi görünmek anlamına gelmekte ve böylelikle söz konusu maddede yer alan kaidelerin kati olarak değil yol gösterici olarak ele alınmaları gerektiği vurgulanmaktadır.

⁹⁹⁴ Dicey and Morris, **The Conflict of Laws**, 12. Edition, Sweet & Maxwell, London, 1993, s. 1471 vd.; Dicey and Morris, **The Conflict of Laws**, 13. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 1485. Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**, (14. Edition), Sweet & Maxwell, London, 2006 s. 1863vd.

fori'ye göre yapılacağı da vurgulanmıştır⁹⁹⁵. Sözleşmenin geçerli bir sözleşme olması gerekmemekte olup; hukuka aykırı veya batıl olan –amaçlanan, varsayılan- sözleşmelere ilişkin gerçekleştirilen kazandırmalarda da bunların 2/a bendi kapsamında olduğu belirtilmiştir⁹⁹⁶. Ayrıca, kamu düzeni müdahalesi veya doğrudan uygulanan kurallar nedeni ile geçersiz sayılan sözleşmelerde de sözleşme statüsünün hakim olacağı kabul edilmiştir⁹⁹⁷. Ayrıca *Fibrosa* davası⁹⁹⁸da doktrinde *lex causa condictio*'in uygulaması açısından örnek olarak verilmektedir. Söz konusu davada İngiliz bir şirketin makine satışı ve Polonya'nın Gydnia şehrinde teslimi için Polonya merkezli bir şirketten ön ödeme almasına müteakip, Nazi Almanyası'nın Gydnia şehrini ele geçirmesi sebebiyle Polonya merkezli alıcı şirket sözleşmenin boşa çıkmış olduğundan ödenen paranın iadesini talep etmiştir. Anglo-Amerikan sistemlerinde olduğu gibi yabancı hukukun bir vakıa olarak ele alınmasından⁹⁹⁹ ve yabancı hukuk ileri sürülmediğinden İngiliz hukukuna göre karar verilmiştir. Bu davadan yola çıkarak *Dicey, Morris and Collins*'te açık bir şekilde taraflar arasındaki sözleşme sebebiyle sebepsiz zenginleşme isteminde İngiliz hukukunun uygulanacak olması gerektiği kabul edilmiştir¹⁰⁰⁰.

2/b bendinde ise, sebepsiz kazanılan yararın bir kişinin taşınmaz üzerinde mülkiyeti ile alakalı olduğunda *lex situs*'un hakimiyeti kabul edilmiştir. Burada da

⁹⁹⁵ Dicey and Morris, **The Conflict of Laws**, 12. Edition, Sweet & Maxwell, London, 1993, s. 1472; Peter North / J.J. Fawcett, **Cheshire and North's Private International Law**, 13. Edition, Butterworths, London, 1999, s. 671; Nitekim İngiliz mahkemelerinin de bu yaklaşımı kabul ettiği **Macmillan Inc. V Bishopsgate** kararı örnek verilerek belirtilmektedir. Bkz. **a.e.**,s. 672 (dipnot 10).

⁹⁹⁶ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**, (2006), s. 1873.

⁹⁹⁷ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**, (2006), s. 1874 ve 1876: Görüleceği üzere, bu yaklaşım Kıta Avrupası'nda da aynıdır. Fakat ayrıca karşılaştırma açısından bkz. Kıta Avrupası'da Avusturya doktrininde ve bir dönem uygulamasında "Vernichtungsstatut" geçersizliğe sebebiyet veren statünün hakimiyeti görüşü ileri sürülmüştür. (Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.9.)

⁹⁹⁸ **Fibrosa Spolka Akcyrna v Fairbairn lawson combe Barbour Ltd [1943] A.C. 32.** <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87860d03e7f57ec104d> (Çevirimiçi) (çevirimiçi) 15 Ekim 2020.

⁹⁹⁹ Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**,s. 168vd.

¹⁰⁰⁰ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**, (2006), s. 1875.

karşılaştırmalı hukuk alanındaki detaylı çalışmasında *Plaßmeier* haklı olarak taraflar arasındaki bir sözleşmenin de olduğu durumlarda 2/a'nın mı yoksa 2/b'nin mi geçerli olacağını açık olmadığını belirtmiştir. Nitekim bu açıklık Roma II Tüzüğü öncesine kadar basılan *Dicey, Morris (ve Collins)*'in basılarında açıklığa kavuşturulmamıştır¹⁰⁰¹.

Ayrıca *Dicey, Morris and Collins*'de açıkça 2/c bendinin sözleşme ve taşınmazla ilgili olmayan zenginleşme istemleri açısından zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun her zaman tatmin edecek sonuçlar veremeyeceği belirtilerek, taraflar arasında daha önceden var olan sözleşmesel olmasa da bir ilişkiye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşme istemine de hakim olması gerektiği 200. (230.) kuralın 1. Fıkrası ile ulaşılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁰².

Taraflar arasındaki sözleşmede hukuk seçimi olsa dahi; geçersiz sözleşmelerde sebepsiz zenginleşme isteminin geçersiz sözleşmeden doğmadığı, bizzat kanundan doğduğu gerekçesiyle, sebepsiz zenginleşme isteminde tarafların seçtiği hukukun her zaman “proper law”un olmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁰³. *Dicey Morris and Collins*'te açıkça “fraud” (hile –aldatma) ve duress (baskı - korkutma) halleri açısından tarafların geçerli bir hukuk seçimi olduğu varsayımlarında, tarafların seçtiği hukukun sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verse dahi, bu hukukun yetkili olmaması gerektiği; buna mukabil hata halleri açısından tarafların geçerli olarak seçtikleri hukukun tarafların hata hallerini dahi öngörerek açıkça hukuk seçiminde bulunduklarından dolayı sözleşmeye uygulanacak taraflarca açıkça seçilen hukukun uygulanabileceği ifade edilmiş ve bu hallerde “*lex causae conditionis*”in hakimiyeti kabul edilmiştir¹⁰⁰⁴. Buna karşıt görüş olarak *Panagopoulos* daha da ileri giderek şu örneği vermiştir: İngiliz hukukunun uygulanmasının açıkça taraflarca seçildiği inşaat sözleşmesine dayanılarak Avustralya’da inşaat işlerinin yapıldığı ve

¹⁰⁰¹ Bkz. ayrıca *Plaßmeier*, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁰⁰² *Dicey, Morris and Collins*, **a.g.e.**, (2006), s. 1878.

¹⁰⁰³ *Dicey, Morris and Collins*, **a.g.e.**, (2006), s. 1869vd. ve 1875; *Panagopoulos*, **a.g.e.**, s. 37vd.

¹⁰⁰⁴ *Dicey, Morris and Collins*, **a.g.e.**, (2006), s. 1875.

tarafından hiçbirinin İngiliz olmadığı bir uyuşmazlıkta, inşaat sözleşmesinin mahalli kurallar uyarınca geçersiz sayıldığı sözleşmede yüklenicinin yaptığı işe karşılık makul bedel isteminde “*quatum meruit*”, bu istemin bir sebepsiz zenginleşme istemi olduğundan dolayı olayın İngiltere ile alakası olmadığından ve taraflar arasındaki hukuk seçimi hariç diğer (kabul edilebilecek) bağlama noktalarının İngiltere’yi göstermediğinden İngiltere hukukunun hakimiyeti kabul edilemeyecektir¹⁰⁰⁵. Bu görüş aynı yönde *Blaikie* tarafından da ele alınmıştır¹⁰⁰⁶. Birleşik Krallık tarafından Roma Konvansiyon’un sözleşmenin geçersizliğine de sözleşme statüsünün hakim olmasını kabul eden 10/1 (e) hükmüne çekince konmuş olmasından dolayı da doktrinde Birleşik Krallık’ın sözleşmenin geçersizliğindeki istemlerin açıkça sözleşme statüsünden bağımsız olarak sebepsiz zenginleşme statüsüne tabi olduğu da vurgulanmıştır¹⁰⁰⁷.

Yakın tarihsel süreçte Roma II Tüzüğü öncesinde, *Panagopoulos* tarafından sebepsiz zenginleşme istemlerinde “*unjust factor locus*” haksızlık faktörünün gerçekleştiği yerin ön planda tutulması gerektiği ve böylece birçok durumda haksızlığın gerçekleştiği yer hukukunun hakim olması gerektiği şeklindeki görüş ileri sürülmüştür. Şöyle ki bir çok alanda *Panagopoulos*, ileri sürdüğü görüşü uyarınca çözüm üretmeye çalışmıştır. Örneğin, yazar geçersiz bir sözleşmeye ilişkin gerçekleştirilen edimlerde tarafların iade istemlerinin onların göz önünde bulundurmaya ilişkin bozukluğun gerçekleştiği yer hukukuna tabi olması gerektiğini belirtmektedir. Yazarın çözümüne göre şu örnekler çıkmaktadır: Almanya’da bulunan (A) (Z)’ye hata ile yaptığı ödemeyi Alman hukuku uyarınca; İngiltere’de bulunan (B), Fransa’da bulunan (Y) ile yaptığı geçersiz sözleşmeye ilişkin gerçekleştirdiği ödemeyi İngiliz hukukuna, (Y) ise Fransız hukukuna göre isteyebilecektir¹⁰⁰⁸. Yazarın, bu çözümü devamlı talepte bulunan yararına

¹⁰⁰⁵ Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 148-149; Blaikie, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁰⁰⁶ Blaikie, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁰⁰⁷ North/ Fawcett, **a.g.e.**, s. 671.; ayrıca bkz. Rose, **a.g.e.**, s.192 vd.

¹⁰⁰⁸ Örneğin yazar tarafından **Baring Bros & Co v. Cunninghame DC** kararı örnek olarak gösterilerek; İskoç idaresinin ehliyeti olmaksızın yetkisin aşarak (ultra vires) İngiliz Baring Bros

olduğundan bizce taraf menfaatlerine uzaktır. Nitekim, karşılıklı edimlerin iade taleplerinde de bu çözüm tek bir hayat ilişkisinden tarafların öngöremeyecekleri şekilde birden farklı hukuk nizamının uygulanmasına sebebiyet vererek birçok belirsizliğe gebe olacaktır.

Görüleceği üzere Roma II Tüzüğü öncesi İngiliz hukukunda *lex causae condictio*’nın uygulama alanı tartışmalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dicey Morris ve Collins’te *lex causae condictio* açısından tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda –hile ve zorlama(korkutma) halleri- hariç olmak üzere sözleşmeye uygunacak hukukun “proper law” olduğunu belirtilirken, tarafların sözleşmeye ilişkin geçerli bir hukuk seçimi yapmış olmalarının sebepsiz zenginleşme statüsünün tespiti açısından önem arz etmeyeceği şeklindeki müellif görüş karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, sözleşme olmayan “*pre-existing relations*” önceki ilişkilerin varlığı durumunda, o ilişkiye uygulanacak hukukun hakim olması anlayışının da İngiliz hukukunda kabul görmüş olduğu yukarıdaki paragraflarda da belirttiğimiz üzere ortadadır.

Sebepsiz zenginleşme talebinin kanundan doğan bir alacak olduğu gerekçesi ile sözleşmeye uygulanacak hukuk seçiminin, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespitini etkilemeyeceği ve sebepsiz zenginleşme statüsünün soyut olarak tespit edileceği görüşü, yukarıda görüşlerini ele alırken bahsettiğimiz üzere *Lipstein* tarafından ileri sürülmüştür¹⁰⁰⁹. Ona göre sebepsiz zenginleşme istemlerinde hukuk

bankası ile giriştiği faiz swab (takas) sözleşmesinde bankanın yaptığı ödemeleri iade isteminde bulunması durumunu örnek vererek bankanın sözleşmeye gimesinin göz önünde bulundurmaya ilişkin bozukluk ” failure of consideration” olarak kabul edilmesi durumunda İngiltere’de bu yanlışlığa düştüğünden İngiliz hukukunun uygulanacağını; buna karşılık eğer İskoç idaresinin iade isteminin olması durumunda ise İskoç hukukunun en sıkı ve en gerçek bağlantılı hukuk olacağını belirtmiştir. (Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 172) Buna karşılık yazar söz konusu olayda “unjust factor”un ehliyetizlik olduğunu ve sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren hukukun da sebepsiz zenginleşme istemine uygulanması gerektiğini savunmuştur. (Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 181).

¹⁰⁰⁹ Lipstein’in görüşleri için bkz. Albert Venn Dicey , **Dicey’s Conflict of Laws**, Stevens and Sons, 6. Edition, London, 1949, s.754 vd.

seçimi kati surette sözleşmesel taleplerden farklı bir yerde yer aldıklarında (kanundan doğduklarından) hukuk seçimine konu edilemeyeceklerdir. Roma II Tüzüğü öncesindeki dönemde doktrinde bu görüş karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹⁰.

Yukarıda belirttiğimiz *Dicey and Morris*’te(ve *Dicey, Morris and Collins*) ele alınan kurallar açısından ne sözleşme ne de taşınmaz ile bağlantılı olan haller açısından ilk verilen örnek olarak karşımıza “mistake of fact” durumdaki hata halleri örnek olarak verilmektedir¹⁰¹¹. Burada taraflar arasında bir sözleşme olmadan hata ile ödeme yapılması durumlarında (hata ile üçüncü kişilere banka havalesi yapılması gibi) ve ayrıca korkutma haliyle yapılan ödemelerde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir ve nitekim birçok kararda da bu uygulanmıştır¹⁰¹². Buna karşılık İngiliz doktrininde karşıt görüş olarak, hata ile yapılan ödemeler açısından “zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku”nun kabul edilmesi eleştirilmiş; en sıkı ve en gerçek bağlantının “hata yeri” ile olduğu ileri sürülmüştür¹⁰¹³. *Panagopoulos*, örnek olarak New York’taki bankanın hatayla davalının İngiltere’deki banka hesabına yapılan havalede hatanın New York’ta olması sebebiyle, sebepsiz zenginleşme istemine hatanın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Daha da öteye giderek bir İngiliz davacının (satıcının), çalışanını yanlış yönlendirerek Fransa’daki alıcı yerine yine Fransa’da bir başka birine teslimde bulunulması durumunda, satıcının hatasının İngiltere’de olması sonucu zarara uğradığından İngiliz hukukunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹⁴. Keza, korkutma zorlama gibi hallerde de bu fiillerin vuku bulduğu yerin hakim olması gerektiği *Panagopoulos* tarafından vurgulanmıştır¹⁰¹⁵. *Burrows*, *Panagopoulos*’tan önce *Dicey and Morris*’te, zenginleşme yerinin hakim

¹⁰¹⁰ Bkz. Peter North, J.J. Fawcett, **Cheshire and North’s Private International Law**, 13. Edition, Butterworths, London, 1999, s. 671; bkz. Francis Rose , **Restitution and the Conflict of Laws**, Mansfield Press, Oxford, 1995, s.198; Blaikie, **a.g.e.**,s. 127.

¹⁰¹¹ Dicey, Morris and Collins, (2006), s. 1877 vd.

¹⁰¹² Dicey, Morris and Collins, (2006), s. 1877 vd. ayrıca bkz. s. 1878 (dipnot 99’da yer alan kararlar)

¹⁰¹³ Panagopoulos,**a.g.e.**,s. 168-169.

¹⁰¹⁴ Panagopoulos,**a.g.e.**,s. 169.

¹⁰¹⁵ Panagopoulos,**a.g.e.**,s. 169-170.

olacağını kabul gören 2/c kuralının İngiliz doktrininde sebepsiz zenginleşme istemlerinin ağırlık merkezinin zenginleşenin kazancı ile fakirleşenin fakirleşmesinin bağlılığını – korelasyonu- olduğu ve bu bakımdan salt zenginleşme yerinin ele alınmaması gerektiği; fakirleşme ve zenginleşme yerinin farklı olduğu durumlarda daha farklı faktörlerin – ikamet ve işyeri merkezi gibi – dikkate alınarak hakim hukukunun tespiti önerilmiştir¹⁰¹⁶.

Ayrıca, Dicey and Morris'in 2/c kuralına karşı bir başka eleştiri de korkutma-zorlama halleri açısından, sözleşmenin iptali hallerinde tutarlı olmayan sonuçlar gerçekleşeceği iddiasıyla ileri sürülmüştür. Şöyle ki, *Panagopoulos Dimskal Shipping Co.v. International Transport Workers Federation* (Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu- ITWF) kararına konu olayı örneklendirmiştir. İsveç'teki bir limana demirlemiş Panama bayraklı bir geminin çalışanlarının ITWF'nin İngiltere'deki gemi sahiplerini kara listeye alma baskısıyla gemi işçilerinin ITWF sözleşmelerine tabi olmaları, maaşlarının başlangıçtan itibaren ITWF skalalarına uyarlanması ve ITWF'ye ödemelerin yapılması sağlanmıştır. Akabinde davacılar sözleşmeleri baskı sebebiyle iptal ettiklerini beyan etmişlerdir. Söz konusu olayda İsveç maddi hukuku bu tarz zorlamalara cevaz vermektedirken, İngiliz hukukunda ise sözleşmenin geçersiz sayıldığı belirtilmiştir. Panagopoulos, söz konusu olayda-taraflar arasında sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin hukuk seçimi olmasaydı dahi- İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğini, zira İngiltere'de bulunan gemi sahiplerinin İngiltere'de baskı altında olarak ITWF'ye ödemede bulunduklarını belirtilmiştir¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁶ Andrew Burrows, **The Law of Restitution**, Oxford University Press ,London, 1993, s. 492 vd.

¹⁰¹⁷ Panagopoulos, **a.g.e.**,s. 169-170: Kanımca burada işçilerin ödemesi ITWF'ye yapıldığı için ITWF'ye karşı yönelen bir istem olsa da, daha evvel gemi adamları ile akdedilen sözleşmelere uygulanacak hukukun da sebepsiz zenginleşme istemlerinde hakim olması gerekirdi. Zira, ITWF tarafından gemi adamları ile gemi sahipleri arasında mevcut iş sözleşmeleri olduğu bilinerek (ön görülerek) müdahalede bulunulmuş ve yeni sözleşmeler akdedilerek gemi sahiplerinden ödemeler alınmıştır. Bu bakımdan Türk mahkemesinin önüne benzer bir olay gelirse, sebepsiz zenginleşme istemlerine –geçerli bir hukuk seçimi olmadığı sürece- işçiler ile işverenleri arasında geçerli olan – ITWF'nin müdahalesinden evvel olan sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması gerekmektedir.

İngiliz hukukunda aşağıda ele alacağımız aynı anda haksız fiil karakterli olan müdahaleden ötürü zenginleşme istemlerinde fer'i bağlama noktası olarak haksız fiile uygulanacak hukukunun uygulanıp uygulanmadığına ilişkin tartışmalarla alakalı olarak da , “*Waiver of Tort*” davacının haksız fiil istemi ile tazminat yerine sebepsiz –haksız olarak elde edilen değer iade istemine yöneldiği hallerde, *Dicey, Morris and Collins*’te haksız fiile uygulanacak hukukunun hakim olması gerektiği kabul edilmiştir. Fakat burada vurgulamamız gerekir ki: Bu istemlerin bağlama konusu olarak sebepsiz zenginleşme olarak değil haksız fiil olarak vasıflandırılmaları gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹⁸. Yalnız burada “*dual actionability*” kuralı uyarınca, İngiltere dışında gerçekleşen fiille ilgili İngiliz mahkemelerinde dava açılabilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir: Hem İngiltere’de işlenmiş olsaydı fiilin İngiltere’de haksız fiil olarak kabul edilecek olması hem de fiilin gerçekleştiği yer hukuku uyarınca da fiilin hukuka uygun sayılmaması gerektiği kabul edilmekteydi¹⁰¹⁹. Hal böyle olunca, haksız fiil yerine sebepsiz zenginleşme istemine dayanıldığı hallerde aynı şekilde “*dual actionability*” kuralının mı yoksa, *lex fori*’nin (İngiliz hukuku) dışlanarak *lex loci delicti commissi*’nin tek başına uygulanacağı tartışma konusu olmuş ve doktrinde bu iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır¹⁰²⁰.

Kıta Avrupası hukukuna yabancı olan “*Constructive Trust*” ve “*Tracing*” müesseselerinde uygulanacak hukuk açısından da *Dicey, Morris and Collins*’te söz

Konuyla ilgili olarak da Türk hukuku açısından şu soru akla gelmektedir: Sebepsiz zenginleşme istemine hakim olan hukuk uygulanırken, MÖHUK m. 27/1’de yer alan işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma – örneğin alınan fazla maaşın iadesinin kapsamını sınırlandıran hükümler gibi- uygulanacak mıdır? Aşağıda ele alacağımız üzere bu sorunun cevabı olumlu olacaktır ve iş akdi ile alakalı bir sebepsiz zenginleşme isteminde sözleşme geçersiz olsa bile işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalacaktır. (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5.)

¹⁰¹⁸ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.(2006)**, s. 1866 (34-007)ves. 1878 vd. ; ayrıca bkz. Andrew Dickinson, **The Rome II Regulation** , Oxford, 2008, Rn. 10.17.

¹⁰¹⁹ Bkz. Plaßmeier, **a.g.e.**,s. 165 vd.

¹⁰²⁰ Plaßmeier, **a.g.e.**,s. 166;.

konusu kuralın geçerli olduğu ve bu müesseselerle ilgili istemlerin niteliğine göre uygulanacak hukukun tespit edilebileceği belirtilmektedir. Detaya girmeden burada örneklendirebiliriz. Örneğin “*Constrictive Trust*” müessesesinde davalı davacıdan çaldığı parayla bir eşya elde ederse veya bunu üçüncü bir kişiye danışıklı olarak devrederse davacı evin üzerinde mülkiyet iddiasında bulunabilecektir. Bununla birlikte davacı, iddia edilen eşyaya ilişkin olarak o eşyanın elden çıkarılması, ikame edilmesi, nitelik değiştirme ya da başkasının malı ile karışması durumlarında mülkiyet iddiasında bulunamayacak ise “*Tracing*” ile elde edilen değer ya da yeni oluşan eşyanın mülkiyetini isteyebilmektedir. “*Constructive Trust*” müessesesi ile ilgili olarak vasıflandırma açısından *Dicey, Morris and Collins*’te bu kurumun 2/c maddesi uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı belirtilmiş; yalnız burada bir başka Anglosakson hukuk düzeni ülkesinde bu kurumlar “*remedial*” prosedüre/usule ilişkin olarak ele alınsa dahi, “*lex fori*” vasıflandırmayla “*Constructive Trust*” ve “*Tracing*” kurumlarının özetle hak doğurmaya yönelik olmaları sebebiyle¹⁰²¹; bu istemlerde zenginleşmenin gerçekleştiği yerin hakim olması gerektiği belirtilmiştir¹⁰²².

Amerikan hukukuna da nihayet bakabiliriz: *Lex loci actus*’un hakim olacağı anlayışının kabul edildiği The First American Restatement of Conflict of Laws hükümleri (§ § 452 ve 453) ,II. Dünya savaşında Nazi Almanya’sından ABD’ye göç eden ve karşılaştırmalı hukuk alanında önemli eserler kazandıran *Ernst Rabel* tarafından –bir kıta Avrupası hukukçusu bakış açısıyla- Amerikan doktrininde eleştirilmiştir. Şöyle ki, Rabel’e göre¹⁰²³ (satış sözleşmesinden örnek verilerek) sözleşmenin sona erme hallerinde haksız zenginleşmenin sebebinin salt olarak

¹⁰²¹ İngiltere’nin yanı sıra, ABD, Canada da “constructive trust” kurumu sebepsiz zenginleşme karakterli olarak görülmektedir. (bkz. Rose, **a.g.e.**,s. 215)

¹⁰²² Dicey, Morris and Collins, **a.g.e.**,(2006), s. 1886,1887; aynı yönde Panagopoulos da *Tracing*’in maddi hukuk kurumu olduğunu belirtmektedir. (Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 96vd.); Buna karşılık “*Tracing*”in usul hukukuna ilişkin olduğu görüşü de mevcuttur. (bkz. **a.e.**,s.269) Doğal olarak bu görüşlerde *lex fori* uygulanmak zorunda olacaktır.

¹⁰²³ Rabel, **a.g.e.**, s. 382.

sözleşme olduğu ve bu bakımdan da sözleşme statüsünün de hakim olması gerekmektedir. Ayrıca *Rabel*, karşılaştırmalı hukuk bakımından farklı hukuk nizamlarının iade istemlerinin teknik olarak farklı olarak ele aldığını; hatta Alman Medeni Kanunu ‘BGB’ye ilişkin olarak da –yani maddi iç hukuklarda dahi- iade istemlerinin niteliğinin tartışmalı olduğunu vurgulayarak¹⁰²⁴, bunların hepsinin (lex rei sitaenin hakim olması gerektiğini belirttiği mülkiyete müdahaleyle ilgili istemleri istisna tutarak) tek bir bağlama kuralına tabi olmaları gerektiğini belirtmiştir¹⁰²⁵. *Rabel* açık bir şekilde sözleşmenin başlangıçtan itibaren batıl mı olduğu yoksa sonradan iptal (ya dönme) ile geçersiz olduğunun bir öneminin olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca *Rabel*, Anglosakson kurumu olan “*constrictive trust*”¹⁰²⁶ istemleri açısından da güvene dayalı işleme uygulanacak hukukunun (örneğin Acentaya karşı olan istemde Acentelik sözleşmesi) hakim olması gerektiğini ifade etmiştir. *Rabel* bir çarpıcı örnek olarak da satış sözleşmesinde satıcının

¹⁰²⁴Dikkat edilirse maddi hukukumuzda da ilişkin olarak sonraki ifa imkansızlığındaki tartışmalar da bu duruma örnek teşkil etmektedir. Yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere TBK m. 136/2 hükmü, sinallagmatik sözleşmelerde sonraki kusursuz imkansızlık söz konusu olduğu durumlarda TBK m.136/1 uyarınca borçtan kurtulan borçlunun karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade ile yükümlü olduğu kaleme almış olsa da, kanunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kastedilenin ne olduğu tartışmalıdır. İlk görüş, sözleşme ortadan kalkmaktadır ve daha evvel ifa edilen karşı edimin borçlunun kendi edimini ifa borcu ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme olmaktadır.Bkz. Fikret Eren, **a.g.e.,s.877** ; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul, 1976, s. 164.) Bizim katıldığımız diğer görüşe ise fıkra metninde yer alan " sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre " ibaresinden anlaşılması gereken iade borcunun kapsamıdır; iade talebinin kaynağı sebepsiz zenginleşme değil sözleşmeden doğan borç ilişkisidir.(aynı yönde Rona Serozan, **a.g.e.,s.829** (n.99.) ; geniş açıklamalar için bkz. Seçkin Topu, Ferhat Canbolat, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi cilt 57 sayı 3**, Ankara, 2008,s. .680 vd."; Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e., s.360**.) Bir diğer tartışma da sözleşmeden dönme hallerinde iade istemlerinin niteliğidir.

¹⁰²⁵ *Rabel*, **a.g.e.,s. 383**.

¹⁰²⁶ “Constrictive Trust” müessesesinde örneğin davalı çaldığı parayla bir ev alırsa, davacı evin üzerinde mülkiyet iddiasında bulunabilecektir. bkz. Panagopoulos,**a.g.e.,s. 12**. *Rabel*’in verdiği örnekte de acentaya karşı istemde, söz konusu ilişkinin hakim olacağı hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

borcundan fazla miktarda malı alıcıya tedarik etmesi durumunda mülkiyetin alıcıya geçip geçmemesi açısından bir ayrıma kanunlar ihtilafı hukukunda gerek olmadığını; bu tarz istemlere, *lex situs*'un hakim olduğu aynı hakka müdahaleden doğan istemlerden farklı olarak, *lex situs* yerine tarafların arasındaki sözleşmeye hakim olan hukukun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık olarak da Rabel tarafından ayrıca, Roma hukukunda Justinian'ın bir eşyanın bir sanatçı tarafından boyanması durumunda mülkiyetin sanatçıya ait olması, sanatçının da eşyanın bedelini ödemek zorunda olması kabul edildiği örneklendirilerek; bu tarz istemlerde (anlaşılacağı üzere sanatçının, eşyanın zilyet olan eski malikine karşı ; eski malikin de tabletin değerini sanatçıdan istemesi) tek bir çözümün iki parçasının ayrı hukuk nizamlarına tabi olamayacağını; *lex situs*'un gerek mülkiyetin naklinde gerek ise zenginleşme isteminde hakim olması gerektiğini belirtilmiştir¹⁰²⁷. Kısacası Rabel, aynı haklarla borçlar arasındaki ayrımın; doğal olarak –işin doğası gereği- birbirleriyle bağlantılı olan problemleri farklı hukuk nizamlarına bağlanmasına sebebiyet vermemesi gerektiğini belirtmiş ve kanunlar ihtilafı hukukunun bu tarz tehlikelere engel olmak için karşı kati surette uğraşması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰²⁸.

Currie tarafından ortaya atılan her devletin kanunlarını belli bir siyaseti amaçlayarak koyduğundan kanunların koyulmasında her devletin koruma amacında olduğu menfaatler ve bu menfaatler için ortaya konulan (sosyal, ekonomik veya idari olan) siyasetler olduğuna dayanan , bu bakımdan yetkili kanunun seçiminde o kuralın korunmasındaki amacın tespit edilerek devletin söz konusu siyasetin uygulanmasında meşru ve makul bir menfaatinin araştırılmasına dayanan “*govermental interest*”¹⁰²⁹ teorisi *The Second American Restatement of the Conflict of Laws*'da da bilhassa §6'da yazılan prensipler ¹⁰³⁰ altında etkisini göstermiştir. Söz konusu prensipler

¹⁰²⁷ Rabel, **a.g.e.**, s. 384.

¹⁰²⁸ Rabel, **a.g.e.**, s. 385.

¹⁰²⁹ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**,s. 56 vd.

¹⁰³⁰ a) eyaletlerarası veya milletlerarası sistemlerin ihtiyaçları, b) forum'un ilgili siyasetleri, c) diğer ilgili devletlerin ilgili siyasetleri ve söz konusu devletleri ilgili konunun-meselenin belirlenmesiyle ilgili çıkarları, d) tarafların haklı çıkarlarının korunması, e) hukukun (meseleyle ilgili) belirli bir

“*numerus clausus*” olarak belirtilmemiş olup; §6/1’de bir mahkemenin anayasal sınırlamalara bağlı olarak kendi eyaletinin kanunlar ihtilafı hukuku direktiflerine uyması gerektiği; §6/2’de ise örnekleme olarak verilmiştir¹⁰³¹. Söz konusu prensipler çok esnek olup; bilhassa *lex fori*’nin ilgili siyasetinin dikkate alınmasının vurgulanması da dikkat çekicidir.

Bunun sonucunda da §221’de “*Restitution*” kurumu açısından düzenleme yapılmıştır. Burada tekrar etmeliyiz ki, sebepsiz zenginleşme “unjust enrichment” kurumu “restitution” kurumu içerisinde yer almakta olup; Anglosakson hukukunda “restitution” kurumu diğer tarafta yer alan haksız kazanımın kurtarılması amacını taşıyan kurumları, sebepsiz zenginleşme istemleri dâhil olmak üzere içerisinde kabul etmektedir. Klasik örnek olarak kıta Avrupası hukuk nizamlarında, dolayısıyla Türk hukukuna yabancı olan bir alacak hakkından ziyade mülkiyet hakkına dayanan “*Constructive Trust*” müessesesi denkleştirici bir istem olarak “*Restitution*” içerisinde yer alır. İçerisinde yer alan sebepsiz zenginleşme istemlerinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin §6’da yer alan prensipler dikkate alınarak olayın ilişkinin en sıkı bağlantılı olduğu hukuka tabi olduğu belirtildikten sonra, söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasında yol gösterici olarak § 6 göz önünde bulundurularak tespit edilecek hukuk açısından bağlama noktalarını sıralanmıştır. Buna sıralamada yer verilen bağlama noktaları şu şekildedir: a) *lex causae condictio*nis, b) yarar veya zenginleşmenin elde edildiği yer, c) yarar veya zenginliğin gerçekleşmesine neden olan işlem yada fiilim gerçekleştiği yer (*lex loci actus*) , tarafların şahsi statüleri (ikametgah, mutad mesken, vatandaşlık, iş yeri merkezi) e) zenginleşmenin bir malvarlığı ile sıkı bağlantısı varsa zenginleşme anında *lex situs*. Yalnız bu bağlama noktaları da “*numerus clausus*” olarak “*Second Restatement*”ta belirtilmemiştir. Zira bir meseleye uygulanacak hukukun tespiti için m.6’da yer alan prensiplerin uygulanmasında dikkate alınacak bağlantıların belirtilenleri kapsadığı ifade edilerek,

alanının altında yatan temel siyasetlerler, f) açıklık, sonucun öngörülebilirliği ve yeknesaklığı, g) uygulanacak hukukun tespiti ve uygulanmasındaki rahatlık.

¹⁰³¹Bkz. Bir önceki dipnot. (dipnot no. 1033)

başka bağlama noktalarının da uygulanabilmesinin ucu açık bırakılmıştır¹⁰³². Söz konusu bağlama noktalarında en başta zenginliğin kazanımının söz konusu ilişkiyle esaslı derecede bağlantılı olması şartıyla tarafların arasındaki ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer hukuku belirtilmiştir. Dikkat edilir ise, burada direkt bir şekilde *lex loci condictionis* kabul edilmiştir. Hatta buna ilişkin olarak açıklama kısmında “comment (d)”de taraflar arasındaki ilişkinin ‘genelde’ sözleşme, acentalık, ‘trust’ veya haksız fiil olabileceği; bir sözleşme ile ilgili olarak edim sonucunda zenginleşme gerçekleşmiş ise Restatement II’de yer alan sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitine ilişkin 187-188 kuralları uygulanacağı vurgulanmıştır¹⁰³³. Ayrıca taraflar arasında da sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmiş ve hukuk seçimi geçerli ise de seçilen hukukun da sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacağı belirtilmiştir¹⁰³⁴. Yalnız burada belirtmemiz gerekir ki, *Restatement II*’de kabul edilen esnek yaklaşım doğası gereği gerek iç karar ahengi gerek ise dış karar ahengi için tehlikeli bir yaklaşımdır. Nitekim, bu kuralın esnekliğinden ötürü *lex loci condictionis* yaklaşımı yerine, sözleşmelerde iade istemelerinin çoğu kez tek taraflı olabileceği gibi yerinde olmayan ve sözleşmeden ziyade talep eden tarafın ediminin ağırlık merkezi oluşturduğu şeklindeki yaklaşımlara gebe olmuştur¹⁰³⁵. Öte yandan taraflar arasında daha evvel bir hukuki ilişki olmasına rağmen, taraflar arasında haksız fiil teşkil eden ve davacının “waiver of tort” ile haksız fiile dayanıp tazminat isteme yerine sebepsiz zenginleşme istemine dayanarak davalının elde ettiği kazanıma yönelme durumlarda *lex loci condictionis*’in hakim olup olmayacağı esnek yaklaşım sebebiyle tartışmalı olduğu ve burada sözleşme statüsü yerine haksız fiile uygulanacak hukukun uygulanabilip uygulanamayacağı doktrinde ele alınmıştır¹⁰³⁶.

¹⁰³² “Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue **include**”

¹⁰³³ Eugen F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, **Conflict of Laws**, Fourth Edition, Thomson&West, 2004, s. 1043.

¹⁰³⁴ **A.e.**, s. 1043.

¹⁰³⁵ **A.e.**, s. 1045.

¹⁰³⁶ **A.e.**, s. 1047, 1048: Bize göre bu yanlış bir yaklaşımdır. Zira taraflar arasında bir hukuki ilişki varsa ve taraflar o ilişkiye girerek veya geçersiz olsa bile o ilişkiyi karşılıklı olarak varsayarak eylemlerde bulunuyorlarsa sözleşmeye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşme isteminde de hakim olması

Ayrıca üçüncü kişinin borcunu itfa hallerinde, borcu ödeyenin borçluya karşı istemlerinde borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisine uygulanacak hukukun farklı hukukların uygulanmasını engellemek adına en tutarlı yaklaşım olduğu belirtilmiştir¹⁰³⁷.

Amerikan doktrinde en farklı yaklaşım ise *Ehrenzweig* tarafından ele alınmıştır. Söz konusu yazar, tüm “*restitution*” istemlerinin bir borç kaynağı olmaktan ziyade usule ilişkin “*remedy*” olduklarından dolayı topyekün *lex fori*’nin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu görüş Anglo-amerikan doktrinde kabul görmemiştir.

Son olarak Anglosakson hukuk nizamalarında sebepsiz zenginleşmede “*renvoi*”ye yer verilmemiş olduğunu da belirtmemizde yarar var¹⁰³⁸.

2.1.3.4 Şahsi Statüler

İngiliz doktrinde ve uygulamasında zenginleşmenin şahsi statüsünün sebepsiz zenginleşme talebine hakim olması yaklaşımına yer verilmemiş, kıta Avrupası’nda tarihsel süreçte ileri sürülen bu yaklaşım kabul görmemiştir.

gerekir. Örneğin geçersiz yabancı unsurlu bir eser akdini ele alalım. Geçersiz eser akdi çerçevesinde yüklenicinin iş sahibine karşı bir haksız fiilde bulunması, örneğin iş sahibinin yerinden emtia çalması durumunda eser sözleşmesine uygulanacak hukuk hakim olmalıdır. Zira iş sahibi geçersiz olsa bile yüklenicin kendisine karşı eylemlerin varsayılan hukuki ilişki kapsamında gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Bunun tersi durumda da yüklenici, mal sahibinin kendisine karşı gerçekleştirebileceği eylemlerin (örneğin binanın bulunduğu yer hukukundan farklı bir hukukun ayrıca geçerli olarak seçildiği fakat kendisi geçersiz olan bir eser sözleşmesinde, arsa sahibine ait yıkılacak binanın molozundan demirleri anlaşma hilafına yüklenicin kendisine ayırması) o ilişki kapsamında vuku bulabileceğini öngörebilmektedir. Verdiğimiz ikinci örnek çarpıcıdır. Zira eylem arsanın bulunduğu yerde gerçekleşmesine rağmen taraflar bir hukuki ilişki çerçevesinde kendilerine karşı gelebilecek eylemleri öngörmektedirler. Burada taraf menfaatleri önplandadır.

¹⁰³⁷ A.e., s. 1047; ayrıca bkz. Rose, **a.g.e.**, s. 208. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2..2.2.5.

¹⁰³⁸ Bkz. A.e., s. 1043;

İskoç doktrinde ise kanunlar ihtilafı hukukunda sebepsiz zenginleşme açısından konuyu ayrıntılı olarak ele alan *Blaikie* ise, taraflardan birinin veya müşterek milli hukuklarının uygulanıp uygulanmayacağını ele almış; taraflar arasındaki hukuki ilişki ile tarafların milli hukukları arasında bir bağlantı olamayacağını, bunun tarafların beklentilerini-öngörülerini boş çıkaracağını ve taraflardan hangisinin milli hukukunun uygulanması gerektiğinin tespitinin zor olduğunu belirtmiştir. Yazar, aynı yönde imkansızlık durumunda sözleşme çerçevesinde verilenlerin iade taleplerinde beklentilerinin sözleşme ile bağlantılı olduğunu ve milli hukuka yer vermenin tutarlı olmadığını vurgulamıştır¹⁰³⁹.

Amerikan hukukuna baktığımızda ise aşağıda ele aldığımız The Second American Restatement of the Conflict of Laws m. 221’de belirtilen esnek yaklaşım içerisinde sıralanan bağlama noktaları arasında tarafların ikametgahı, mutad meskeni, vatandaşlığı, kuruluş yeri ve iş merkezine de yer verilmiştir¹⁰⁴⁰. Burada mahkemeye yargılama konusu hayat ilişkisinde yakın bağlantı olup olmadığının araştırılması bakımından, söz konusu esnek yaklaşımla tarafların şahsi statülerinden birinin uygulanmasının yolu açık bırakılmış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrıca, İngiliz hukukçu *Burrows* tarafından da belirtmiş olduğumuz İngiliz hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen *Dicey and Morris* (daha sonrasında *Dicey, Morris and Collins*) sözleşme ya da taşınmaz ile bağlantılı olmayan sebepsiz zenginleşme istemlerinde zenginleşme yeri hukukunun uygulanmasını öngören kuralını eleştirerek, bu istemlerin ağırlık merkezinin zenginleşenin kazancı ile fakirleşenin fakirleşmesinin bağlantısını – korelasyonu- olduğunu ve bu bakımdan salt zenginleşme yerinin ele alınmaması gerektiğini; fakirleşme ve zenginleşme yerinin farklı olduğu durumlarda daha farklı faktörlerin – ikamet ve işyeri merkezi

¹⁰³⁹ James Blaikie, “Unjust Enrichment in the Conflict of Laws”, Sweet and Maxwell, 1984, s. 112vd.

¹⁰⁴⁰ Özel, a.g.e., s. 759.

gibi – dikkate alınarak hakim hukukunun tespitini önermiştir¹⁰⁴¹. Bu yaklaşımda Anglosakson hukukunda belli hallerde şahsi statünün uygulanmasını kabul eden bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. MÖHUK m. 39/1 c.1: Zenginleşmeye Sebep Olan Mevcut veya Mevcut Olduğu “İddia” Edilen Hukuki İlişkiye Uygulanacak Hukuk

3.1.Genel Olarak Vasıflandırmaya Bakış

Yabancılik unsuru taşıyan hukuki olay ya da ilişkiler açısından vasıflandırma probleminin karmaşık ve teknik olduğu tartışılmaz bir gerçek olup; hakim karşısına gelen yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku tespit ederken evvela uyuşmazlığa konu problemin ve tespit edilen konuyu uygulanacak hukuka bağlayan bağlama noktasının tayini gerekir¹⁰⁴². Uyuşmazlığa konu hukuki olay ve ilişkinin –bir başka ifade ile yabancı unsurlu hayat ilişkisinin- hukuki niteliğinin tespiti bağlama konusunun vasıflandırılması olup; bağlama noktasının hukuki niteliğinin tespiti ise bağlama noktasının vasıflandırılmasıdır¹⁰⁴³.

Kanunlar ihtilafı normuna ilişkin konuya, bir başka ifade ile uyuşmazlığa konu problemin hukuki niteliği hakim hukuku (*lex fori*) ve uygulanacak yabancı hukuk (*lex causae*) tarafından farklı kabul edilmekte ise; ortada bağlama konusunun vasıflandırılması ihtilafı söz konusu olacaktır¹⁰⁴⁴. Vasıflandırma ihtilafı, uygulanması söz konusu olan hukuk sistemlerinin maddi hukuklarındaki sistem farklarından, yabancı hukuk düzenlerinde yer almasına rağmen iç hukukta konuyla ilgili bağlama

¹⁰⁴¹ Andrew Burrows, **The Law of Restitution**, Oxford University Press ,London, 1993, s. 492 vd.

¹⁰⁴² Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁰⁴³ Burada kısaca belirtmemiz önem arz eder vasıflandırmanın neye ilişkin olacağı – vasıflandırma konusu(“Gegenstand der Qualifikation”- üzerinde bir çok tartışma süregelmiştir. (bkz.Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 79, Jan v. Hein, “**Einleitung zum Internationalen Privatrecht**” , Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 12, 8. Auflage, München, 2020 , Rn. 115)

¹⁰⁴⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 49.

kuralı bulunmamasından ya da iç maddi hukukla milletlerarası özel hukuk kuralları arasındaki sistem farklarından kaynaklanabilmektedir¹⁰⁴⁵.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki; “vasıflandırma” başlı başına ayrı bir akademik çalışma konusu olabileceğinden ötürü; bu başlık altında vasıflandırmayı kısa şekilde ele aldıktan sonra sebepsiz zenginleşme açısından bağlama konusuna ilişkin vasıflandırma problemlerini ele alacağız.

Doktrinde vasıflandırma ihtilaflarının çözümü için çeşitli metodlar, tarihsel süreçte ileri sürülmüştür. Bu metodları **üç ana grupta** ele almak doktrinde Nomer’in de belirttiği gibi mümkündür¹⁰⁴⁶ : *Lex fori*’ye göre vasıflandırma, *lex causae*’ye göre vasıflandırma ve otonom-bağımsız vasıflandırma”. Bu çözümlere de, ana konumuzdan ayrılmadan kısaca göz atmak yerinde olacaktır.

Lex Fori’ye göre vasıflandırmada hakim, yargılama konusunu oluşturan hukuki olay ya da ilişkiyi kendi iç hukukuna göre kategorilendirecektir¹⁰⁴⁷ . Yalnız *lex fori* vasıflandırma açısından, burada belirtmemiz gereken bir husus da, *lex fori* vasıflandırmanın da fonksiyonel-amaca uygun (teleologische Qualifikation) olarak yapılması eğiliminin bilhassa İsviçre ve Almanya doktrinde kabul edildiği belirtilmektedir ¹⁰⁴⁸ . Bu vasıflandırma temelini kanunlar ihtilafı kurallarının

¹⁰⁴⁵ Bkz. Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 34-35; Doğan, **a.g.e.**, s. 180; ayrıca bkz. Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 95 vd; Markus Schulz/ Martin Malkus/ Roger Pierenkemper, **Einführung in das IPR**, Niederle Media Verlag, 1.Auflage, Altenberge, 2012, s. 27 vd.

¹⁰⁴⁶ Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁰⁴⁷ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 79-80; Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 35-36; Doğan, **a.g.e.**, s. 180-181; Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 51; Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 95 vd.

¹⁰⁴⁸ Heldrich, “(IPR) Einleitung vor EGBGB 3”, **a.g.e.**, s.2440; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, **Internationales Privatrecht**, 8. Auflage, München, 2000, s. 296; Eilinghoff,**a.g.e.**, s. 134; Heinrich Dörner, **Vorbemerkung zu Artikel 3–6**, Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, Rn.13 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 1 Ekim 2020, Abbo Junker , “**EGBGB Art. 38 Ungerechtfertigte Bereicherung**” , Münchener Kommentar, C.H. Beck, München, 2021, Rn. 2 ve 5; Bkz. Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 36, Dölle’nin görüşü hakkında

düzenleniş biçiminin ve kavramlarının illa maddi hukuk düzenlemeleri ile paralel olmasının gerekmediğinden almaktadır¹⁰⁴⁹. Bu vasıflandırma tarzında kanunlar ihtilafı kurallarının ve kanunlar ihtilafı hukukunun amacı göz önünde bulundurulması gerekmektedir ve bu vasıflandırma metodu konumuz açısından aşağıda ele alacağımız üzere çok büyük önem arz eder.

Diğer teori ise hüküm statüsüne -olayın esasına uygulanacak hukuka- *lex cause*'ye göre vasıflandırmadır. *Lex fori* vasıflandırmanın tatminkar sonuçlar veremeyeceği savıyla ve yabancı unsurlu bir hukuki olay ya da ilişkiye, hakim kanunlar ihtilafı kurallarına göre dikkate alınabilecek bütün hukuk nizamlarının söz sahibi olmasından hareketle bu teori ileri sürülmektedir¹⁰⁵⁰.

Otonom – bağımsız vasıflandırma da ise bütün devletlerce ortak hukuk kavramları getirmek temeline¹⁰⁵¹ dayanılarak *lex fori* ve *lex causae* yorum dışlanmakta ve karşılaştırmalı hukukun esasları göz önünde bulundurularak bağlama konusunun vasıflandırılmasını ifade etmektedir¹⁰⁵². Konumuzla alakalı olduğundan; Roma II Tüzüğü'nde otonom vasıflandırılmanın söz konusu olduğu ön sözünde

bkz. Ergin Nomer, a.g.e., s. 102-103; Anton K. Schnyder,/ Manuel Liatowitsch, **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, Schultess Verlag, Zurich, 2000, s. 199: Konumuz açısından önem arz ettiğinden dolayı İsviçre'de sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespiti için düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı olan Art. 128 IPRG'in bu şekilde amaca uygun olarak vasıflandırılması gerektiği ifade edilmektedir;

¹⁰⁴⁹ Heldrich, a.g.e., 2440; Eilinghoff, a.g.e., s. 134; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, **Internationales Privatrecht**, 8. Auflage, München, 2000, s. 296;

¹⁰⁵⁰ Bkz. Ergin Nomer, a.g.e., s. 100; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 81 Andrea Heldrich, **(IPR) Einleitung vor EGBGB 3**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage, München, 2008, s.2440; Martin Wolff, **Das Internationale Privatrechts Deutschlands**, 3. Auflage, Springer, Berlin, 1954, s.50 vd.

¹⁰⁵¹ Teknialp/Uyanık, a.g.e. , s.36

¹⁰⁵² Teknialp/Uyanık, a.g.e. , s.36;

(Önsöz m.11’de) de belirtildiği üzere kabul edilmekte olduğunu¹⁰⁵³ ve bunun bir istisnasının olmadığını, lex fori’ye göre vasıflandırma mümkün olmadığını belirtelim¹⁰⁵⁴. Bu düzenlemenin getirilmiş olması, AB ülkelerinde hukuk güvenliğinin ve uluslararası karar ahenginin sağlanması amacıyla. Fakat bu vasıflandırmanın yapılması, gerek Roma II Tüzüğü’nün lafzından gerek ise tarihsel gelişiminin rehber olarak kullanılmasından dolayı için çok zor olduğu belirtilmektedir¹⁰⁵⁵. Otonom-bağımsız vasıflandırma daha çok pratikte uluslararası antlaşmalarda bulunun kanunlar ihtilafı kuralları için uygulama alanı bulabildiği belirtilmekte¹⁰⁵⁶ ve buna karşılık ise kesin sonuçlar elde edebilmenin zorluğu, mukayeseli hukukun prensipleri nazara alınarak hukuk biliminin tespit edeceği kurallarının içeriğinin nasıl doldurulabileceğinin belirsizliği sebebiyle tenkit edilmektedir¹⁰⁵⁷.

Üst paragrafta bahsettiğimiz üç temel yorum –vasıflandırma – metodundan yola çıkan karma görüşler de doktrinde ileri sürülmüştür. Yukarıda yer verdiğimiz

¹⁰⁵³ Tim Behrens, **Bereicherubgsrechtliche Mehrpersonenverhältnisse im Internationalen Privatrecht**, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Sipplingen 2011, s. 45 vd. ; Andrew Dickinson, **The Rome II Regulation** , Oxford, 2008, Rn. 3.09; Huber/Bach, **a.g.e.**, s. 288; Karsten Thorn , **“Rom II 10 (IPR)”**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 77. Auflage, München, 2018, s.2440; Zeynep Derya Tarman, **“Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”**, AÜHFD, Ankara 2008, s. 196. Oliver L. Knöfel, **“Artikel 1 ROM II”**, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013, s. 289; Francis Limbach, **“Artikel 10 ROM II”**, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013, s. 428.

¹⁰⁵⁴ Francis Limbach, **a.g.e.**, **“Artikel 10 ROM II”**, s. 428 (Rn. 5).

¹⁰⁵⁵ Huber / Bach, **a.g.e.**, s. 288;

¹⁰⁵⁶ Stephan Lorenz, **“EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht”**, Beck’scher Online-Kommentar (Ed. Wolfgang Hau/ Roman Poseck), 57. Edition, München, 2021, Rn. 63. [beck-online.beck.de](https://online.beck.de) (çevirimiçi) 21.04.2021; Ayrıca uluslararası antlaşmalarda tanımın açıkça yapılması durumunda bir vasıflandırma problemi çıkmayacaktır. (bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 50

¹⁰⁵⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 83; aynı yönde uygulamadan uzak olduğuna ilişkin bkz. Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 102.

fonksiyonel- amaca uygun lex fori vasıflandırmada, *lex fori* vasıflandırmanın esas olduğu kabul edilmekle birlikte; kanunlar ihtilafı kuralında yer alan kavramlarında gönderme yapılan hukukun düzenlemelerinin de amaçları, fonksiyonları göz önünde bulundurulacak ve gerekirse yabancı hukukta yer alan kavram *lex fori*'ye aktarılacaktır¹⁰⁵⁸. Bu vasıflandırma metodunda kanunlar ihtilafı normunda yer alan terimlerin maddi hukuktan farklı anlam taşıyabileceği ve kanunlar ihtilafı normunun amacının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca tekrar belirtmemiz gerekir ki, konumuz açısından ele alacağımız üzere bu vasıflandırma metodu büyük önem taşınmaktadır.

Kademeli-dereceli yorum ise, vasıflandırma yapılırken birinci derecede vasıflandırma yapıldıktan sonra yetkili hukukun tespit edilmesi ve ikinci derecede ise kavramların yorumunun *lex causae*'ye göre yapılarak, -“*subsumtion*” ile -o hukuk nizamının kurallarının içerisine yerleştirilmesidir¹⁰⁵⁹. Bu yorum metodunda konumuz açısından örneklendirebiliriz: bu vasıflandırma metodunda *lex fori*'ye göre sebepsiz zenginleşme olduğu tespit edilen hukuki olaya uygulanacak hukuka göre söz konusu hukuki olay haksız fiil olarak vasıflandırılıyorsa, o hukukun haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁵⁸Heldrich, “(IPR) Einleitung vor EGBGB 3”, a.g.e., s.2440; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, **Internationales Privatrecht**, 8. Auflage, München, 2000, s. 296; Eilinghoff, a.g.e., s. 134; Heinrich Dörner, **Vorbemerkung zu Artikel 3–6**, Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, Rn.13 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 1 Ekim 2020, Abbo Junker, “EGBGB Art. 38 Ungerechtfertigte Bereicherung”, Münchener Kommentar, C.H. Beck, München, 2021, Rn. 2 ve 5; Bkz. Teknialp/Uyanık, a.g.e., s. 36, Dölle'nin görüşü hakkında bkz. Ergin Nomer, a.g.e., s. 102-103; Anton K. Schnyder, / Manuel Liatowitsch, **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, Schultess Verlag, Zurich, 2000, s. 199.

¹⁰⁵⁹Çelikel/Erdem, a.g.e. s. 83-84; s.36; bkz. Teknialp/Uyanık, a.g.e. ; Ergin Nomer, a.g.e.,s. 98: Yazarburada ikinci derecede vasıflandırmanın teknik anlamda bağlama konusunun vasıflandırması olmadığı, salt maddi hukuk kurallarının yorumundan ibaret olduğunu belirtmektedir. (aynı yönde Doğan, a.g.e. s. 182)

Vasıflandırmaya ilişkin olarak getirilen öneriler kanuni bir zorunluluktan doğmamaktadır; Türk hukukunda birçok yabancı kanunlar ihtilafı sisteminde olduğu gibi kanun koyucu tarafından vasıflandırmanın hangi yolla yapılacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu doğrultuda da, Türk doktrininde ağırlıklı görüş vasıf ihtilafının somut olay açısından göz önünde bulunularak uygun yolla çözümlenmesidir¹⁰⁶⁰. Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından da, aşağıda ele aldığımız üzere, sebepsiz zenginleşme müessesinin gerek hukuk nizamlarında farklı şekilde düzenlenerek uygulama alanının farklı olması, gerek ise kimi haller açısından farklı hukuk nizamlarında sebepsiz zenginleşme ile aynı amaç için özgülünen hukuk enstrümanlarına yer verilmesi milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti açısından vasıflandırma önemli bir yer almaktadır.

Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespiti açısından öncelikle ele alınması gereken husus, yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ya da ilişkinin bağlama konusu olarak “sebepsiz zenginleşme” kapsamına girip girmediğidir. Bir başka ifade ile ilk olarak bağlama konusunun vasıflandırılması ile hukuki olay ya da ilişkinin sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğunun tespiti gerekir¹⁰⁶¹. Burada iki örnek vermemiz, konunun izahı açısından yerinde olacaktır:

Örnek 1- Almanya’da İsviçre’ye uçakla gitmek üzere havalimanına giden Türk asıllı Alman vatandaşı (A), bir anda yaşadığı memleket hasretiyle Türkiye merkezli (X) havayolu şirketine ait İstanbul’a giden uçağa karışıklıktan yararlanarak –kalkış kapısından geçerek- binmiş ve İstanbul’a biletsiz olarak seyahat etmiştir. (X) havayolu şirketi, Türk mahkemesinde daha sonrasında Türkiye’ye yerleşen Alman vatandaşı (A)’ya karşı dava ikame etmiştir. Yukarıda maddi hukukta sebepsiz zenginleşmelere ilişkin açıklamalarımızda¹⁰⁶² Türk doktrinindeki hakim görüşün ve Yargıtay’ın, -TBK m.77/1’in açık düzenlemesi ve mehz kanun

¹⁰⁶⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 85; Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 51;

¹⁰⁶¹ Özel, **a.g.e.**, s. 745.

¹⁰⁶² bkz. Birinci Bölüm başlık no. 4.1.2.3.

OR 66/1 hükmüne ilişkin yeni görüşlere rağmen- taraflar arasındaki malvarlığı kaymasının, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının bir şartı olarak arandığını¹⁰⁶³; buna karşılık Alman hukukunda ise, “fakirleşme” unsuru sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının bir şartı olarak görülmemekte olduğunu vurgulamıştık¹⁰⁶⁴. Burada görüleceği üzere, “malvarlığı kayması” şartının arandığı görüş kabul edilirse Türk hukukuna göre havayolu şirketinin -kaçak yolcu (A) uçağa binmeseydi bile uçağın aynı şekilde seferini tamamlayacağından-talebi sebepsiz zenginleşmeye dayanamayacak¹⁰⁶⁵ ve ancak Alman hukukuna

¹⁰⁶³ Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 315 vd. ; Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 202 ; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 129 vd. ; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 198vd. ; Kayhan /Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 319 vd. ; Kayar, **a.g.e.**, s. 87. ; Erdoğan, **a.g.e.**, s.162 vd. ; Akıntürk / Ateş, **a.g.e.**, s. 106. ; Aydın / Remzi , **a.g.e.**, s. 476. ; Bozer, **a.g.e.**, s.145vd. ; Zevkliler, **a.g.e.**, s. 134; bkz. **Yarg. 3.Hukuk Dairesi 30.09.2019T 2018/ 5211 E. 2019 / 7267 K. : aynı daire- 19.10.2017 T. 2016/3544 E. 2017/14219K.**

Ayrıca EBK m.66 kapsamında ilişkin “fakirleşme” şartının arandığı kaynaklar : Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 614 vd. ; Ataay, **a.g.e.**, s.375 vd. ; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s.969 vd.

Kanunlar ihtilafı hukuku ile alakalı olarak Türk doktrininde yer alan eserlerde de sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkına ilişkin olarak bizim kabul etmediğimiz “fakirleşme” şartının arandığına ilişkin görüşün hakim olduğunu gözlemlemekteyiz. (bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, (17. Bası) s. 490; Doğan, **a.g.e.**, s. 414vd.; Teknialp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 374vd. bkz. Ergin Nomer, **a.g.e.**, (23. Bası) s. 377 (söz konusu eserde malvarlığındaki yer değiştirme ile bu husu belirtilmiştir) Buna mukabil Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe tarafından ise “fakirleşme” şartından bahsedilmemekte, sebepsiz zenginleşmenin tanımına ilişkin olarak “bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşme” ibarelerine yer verilmektedir (bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s.305)

İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında fakirleşmenin sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağa ilişkin bir şart olmadığına ilişkin olarak bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1373; **BGE129 III 422; BGE 129 III 646**[http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.06.2019; Huwyler, **a.g.e.**, s. 41 vd., ; Bürgi-Wyss, **a.g.e.**, s. 107 vd; Bucher, **a.g.e.**, s. 652; Gauch/ Schluep/ Schmid/ Emmenegger, **a.g.e.**, Rn. 1566

¹⁰⁶⁴Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 4.1.2.3 : Ayrıca söz konusu örnek Alman Federal Mahkemesi’ne konu bir karardan esinlenerek oluşturulmuştur (**BGH, Urteil vom 7. 1. 1971 - VII ZR 9/70 Nürnberg- BGHZ 55,128, beck-online.beck.de (çevirimiçi)** 21 Eylül2020; Ayrıca bkz. Althammer, **a.g.e.**,s. 258, Looschelders, **a.g.e.**, s. 423.

¹⁰⁶⁵ Bkz. Serozan,**a.g.e.**, s.769.

göre ise söz konusu olay sebepsiz zenginleşme kapsamına girmektedir¹⁰⁶⁶.

Örnek 2- Fransa’da geçici olarak yaşayan Türk Vatandaşı (T), Fransa’daki yan komşusu ve yine Türk vatandaşı olan (E)’nin evinden kaçak elektrik kullanmaktadır. Bu duruma içerlenen (E) , Türkiye’ye dönen (T)’ye karşı onun daha evvel (E)’nin elektrik tesisatlarındaki tamirattan doğan yanlışlıktan kaynaklandığı savunmasına dayanabileceğini bildiğinden ve yargılamanın daha kısa sürmesini istemesinden ötürü ¹⁰⁶⁷ , (T)’nin kusuruna dayanmaksızın sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunmaktadır. Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin yarışabileceği kabul edilen Türk hukukunun aksine¹⁰⁶⁸; Fransız hukukunda haksız fiilin varlığı sebepsiz zenginleşmeyi dışlamaktadır¹⁰⁶⁹ . Böylece Türk hukukunda taleplerin yarışmasından ötürü ve davacının bu isteme dayanmasından ötürü

¹⁰⁶⁶ bkz. Althammer, **a.g.e.**,s. 258, Looschelders, **a.g.e.**, s. 423

¹⁰⁶⁷ TBK m. 60 hükmü “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” Şeklinde düzenlenmiş olup; Türk hukukuna göre davacı, davalının haksız fiilden sorumluluğuna gitmek için onun kusurunu ispat etmek yerine; onun kusuruna dayanmaksızın talebini sebepsiz zenginleşme istemi ile sınırlandırabilir. Bu hususun taleplerin kapsamı bakımından pratikteki önemi şu olacaktır: Davacı haksız fiile dayalı istemde bulunursa temerrüt faizi ika tarihinden itibaren başlayacakken (TBK m. 117,120); sebepsiz zenginleşmede ise ancak zenginleşenin kötü niyetinin ispatı halinde zenginleşme tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu bakımdan da yukarıda verdiğimiz örnekte de davacının haksız fiil istemine dayanmak yerine, sebepsiz zenginleşme istemine dayanmasında bir menfaati olabilecektir.

¹⁰⁶⁸ Tartışmalı olmakla birlikte Türk-İsviçre doktrininde ve uygulamasında hakim görüş bu yöndedir: **Yargıtay 4. HD. , 22.10.1984, 1984/4791 E., 1984/7800K.;** Rona Serozan, s. 807; bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.978; İnan/ Yücel, **a.g.e.**, s.504; Theo Guhl/ Alfred Koller,**a.g.e.**, s. 222. Hahn,**a.g.e.**, s. 1376 ; Bucher, **a.g.e.**, s. 662; Alman Hukuku için bkz. Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1046.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Peter Huber/Ivo Bach, “**Art. 10” , Rome II Regulation Pocket Commentary** (Ed. Peter Huber), Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 288.

“sebepsiz zenginleşme” olarak vasıflandırılabilen bir olayın; Fransız hukukunda haksız fiil olarak vasıflandırılması söz konusu olabilecektir.

Görüleceği üzere, maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, birçok hukuk düzeninde sebepsiz zenginleşme kavramı ve sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanları farklı düzenlenmiştir. Bu durum da somut uyuşmazlıklarda vasıf ihtilafına sebep olmaya gebe bir durum gibi gözükmektedir¹⁰⁷⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, vasıflandırmayla hakimin önüne gelen uyuşmazlık konusu hukuki olay veya ilişkinin sebepsiz zenginleşme kategorisi içerisinde yer alıp almadığını tespit etmesi gerekmektedir¹⁰⁷¹. En kabul gören yöntem olarak ¹⁰⁷² “*lex fori*”ye göre vasıflandırma açısından ise, sebepsiz zenginleşme açısından incelenmesi gereken birçok husus mevcuttur ve akla şu soru gelmektedir: Acaba, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespiti bakımından *lex fori* vasıflandırma her milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti açısından her zaman doğru bir sonuç verecek midir?

Bu çalışmamızın birinci bölümünde maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, sebepsiz zenginleşme ile alakalı olarak maddi hukuk açısından birçok “tartışmalı” konu vardır. Bu “tartışmalı” konulardan belli hukuki olay ve ilişkilerin sebepsiz zenginleşme kapsamına girip girmediği ve sebepsiz zenginleşme kapsamına giriyorsa söz konusu hukuki olay ya da ilişkinin sebepsiz zenginleşmenin hangi kategorisine girdiği de konumuz açısından ayrı bir

¹⁰⁷⁰ Ayrıca Bkz. Peter Huber/Ivo Bach, “Art. 10” , **Rome II Regulation Pocket Commentary (Ed. Peter Huber), Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 288-289** : Busse, **a.g.e.**, s. 217 vd.

¹⁰⁷¹ Özel, **a.g.e.**, s.745.

¹⁰⁷² Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 79-80; Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 35-36; Doğan, **a.g.e.**, s. 180-181; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 51; Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 95 vd.

önem arz eder.Bu hususun daha iyi anlaşılması adına şu çarpıcı örneği vermemiz daha yararlı olacaktır:

Türkiye’de kurulmuş olan (A) şirketi), Almanya’daki (X) şirketinden devamlı olarak özel üretim kağıtları satın alarak, Türkiye’ye bunları ithal etmektedir. Taraflar aralarındaki İsviçre hukukuna tabi olduğunu kararlaştırdıkları sözleşme uyarınca bir yıl boyunca sabit fiyat üzerinden (A), her teslimden sonra tonajına göre anlaşılan bedeli Türkiye’deki bankası (B)’deki hesabından (X)’in Almanya’daki banka hesabına SWIFT işlemi ile göndermektedir. 10 tonluk mal siparişi sonucunda (A), bankası (B)’ye 10.000-USD gönderilmesine ilişkin SWIFT talimatı vermiş; malın gelmemesi üzerine SWIFT talimatını geri almıştır. Banka (B) yanlılıkla (A)’nın ilk talimatı üzerine hareket ederek, (X)’in banka hesabına 10.000-USD’yi aktarmıştır. Bu hatanın üzerine (A), bankası (B)’ye başvurmuş; müşterisinin hesap bakiyesini düzelten banka (B) kendisine “para” iadesinde bulunmayan (X)’den iade talebinde bulunmaktadır.

Yukarıdaki örnek açısından, banka (B)’nin Alman (X) şirketine karşı olan isteminin sebepsiz sebepsizleşme kategorisine girmesi *lex fori*’ye göre vasıflandırıldığında, şu tartışma ortaya çıkacaktır:(B)’nin (X)’e karşı istemi, sebepsiz zenginleşme kategorisine girmektedir, fakat söz konusu istem sebepsiz zenginleşme kategorisine giriyorsa bu “edimden ötürü” sebepsiz zenginleşme karakterli mi yoksa “edim dışı” zenginleşme karakterli midir? Bu hususu kendi başlığı altında-üç köşeli ilişkiler açısından ele aldığımız için¹⁰⁷³-burada kısaca belirtmemiz yeterli olacaktır: Doktrinde maddi hukuk bağlamında iki görüş mevcuttur:Bunlardan ilki söz konusu banka (B)’nin havale alıcısı konumundaki (X)’e karşı direkt isteminin, (A) ile (X) arasındaki bedel ilişkisiyle (Valutaverhältnis) –yani sözleşmeyle- bağlantılı olarak(A)’nın (X)’e karşı olan “edimden ötürü sebepsiz zenginleşme” alacağından

¹⁰⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.1.3. ve 2.2.2.1.4.

türeyen “edimden ötürü sebepsiz zenginleşme” karakterli olduğudur¹⁰⁷⁴. İkinci ve maddi hukukumuz bağlamında bizim de katıldığımız görüşe göre ise¹⁰⁷⁵ ortada bir edim olmadığından dolayı istem edim dışı sebepsiz zenginleşme karakterlidir¹⁰⁷⁶. MÖHUK m.39 “*Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Diğer hâllerde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği devlet hukuku uygulanır.*”kuralı göz önünde bulundurulduğunda ise *lex fori* vasıflandırmada bulunulursa dahi maddi hukukumuzda yer alan iki görüş bağlamında ilk olarak (B)’nin (X)’e karşı isteminin edimden ötürü sebepsiz zenginleşme kabul edilirse bağlama noktası açısından aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca “*zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuk*”göz önünde bulundurulacaktır. Buna karşılık (A)’nın (X)’e karşı olan isteminin “edim dışı sebepsiz zenginleşme” olarak sadece *lex fori* vasıflandırılması durumunda, zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun (örnekte Almanya) yetkili olması görüşü gündeme gelebilecektir. Görüldüğü üzere *lex fori* vasıflandırma açısından maddi hukukta kabul edilen görüşün ne olduğu önem arz etmekle beraber, acaba bu vasıflandırma metodu kabul edilmeli midir? Ya da sebepsiz zenginleşme açısından bir başka vasıflandırma metodu mümkün müdür ve ayrıca aşağıda ele aldığımız üzere MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulanmasına “edim dışı zenginleşmeler” girecek midir?¹⁰⁷⁷

Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta *lex fori*’ye göre vasıflandırmada bulunduğunda Türk hukukuna göre birçok görüş ayrılığından dolayı, hakim

¹⁰⁷⁴ Hahn, **a.g.e.**, s.1372; **BGE 121 III 109**.[http://relevancy.bger.ch/\(çevirimiçi\)](http://relevancy.bger.ch/(çevirimiçi)) 07.12.2019; Bruno Schmidlin, “ **Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR**” , Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Ed: Heinrich Honsell, Basel, 2004, s. 679; ayrıca görüşlerle ilgili bkz. Bkz. Sonat, **a.g.e.** s. 138 ve 139.

¹⁰⁷⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.1.3. ve 2.2.2.1.4.

¹⁰⁷⁶ Görüşler için bkz. Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221; Volker Wiese, **a.g.e.** (§812), n.27; Thomas Koller, **a.g.e.**, s. 799vd. ; Hirsch, **a.g.e.** , s. 431.

¹⁰⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.

tarafından kabul edilen görüşe göre uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişkenlik gösterebilecektir.

Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz ve örneklendirdiğimiz üzere zaten sebepsiz zenginleşme, birçok yabancı hukuk düzeni bakımından da farklı düzenlenmekte ve farklı alanlarda tatbik edilir niteliktedir. Bu açıklamalar ışığı altında sebepsiz zenginleşmenin gerek maddi hukukumuzda gerek ise karşılaştırmalı hukukta farklı ele alınış biçimi göz önüne alındığında, acaba hakimin önüne gelen her somut olayda salt olarak *lex fori* vasıflandırmada bulunması ne kadar kanunlar ihtilafı hukukunun amaçlarına, bilhassa milletlerarası karar ahengi ve hukuk güvenliği ile bağdaşacaktır? İşte bu bakımdan, bu başlık altında *lex fori* açısından göz önünde bulundurulması gereken sorunsalları ele almamız önem arz etmektedir.

3.2.Zenginleşmenin Varlığı

Yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacak hakkından söz edebilmek için, “zenginleşme” şartının varlığı gereklidir.

Henüz Alman kanunlar ihtilafı hukukunda, 1930 yılına ait eserinde *Karl Neumeyer* tarafından zenginleşmenin bir “önmele” olarak alınması gerektiği ifade edilmişse de, bu görüş zenginleşmenin bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu ile alakası olmadığı için kabul görmemiştir¹⁰⁷⁸. Bu görüş, zenginleşmenin bir hukuki ilişki olmayıp, bizzat bir saf bir olgu olmasından dolayı “önmele”

¹⁰⁷⁸ Bkz.Plassmeier, **a.g.e.**,s. 305; ayrıca belirtmek gerekir ki, üst başlıkta belirtmiş olduğumuz geniş anlamda “önmele” kavramına yer verilerek “Erstfrage” ilk mesele, yani hukuki bir belli kanunlar ihtilafı kuralları arasında ayrımı yapabilmek adına, belli hukuki ilişkilerin varlığının ya da yokluğunun *lex fori*’deki bağlama konusunun düzenlendiği norma uygulanmasının aranması hususu da dâhildir. Ayrıca bkz. Knoch, **a.g.e.**,s. 7.

olamayacağından kabul görmemiş ve zenginleşme bir *lex fori*'ye göre belirlenecek kanunlar ihtilafı normunun şartı olarak görülmüştür¹⁰⁷⁹.

Gerçekten de bir hukuki ilişki olmayan “zenginleşme”, yukarıda maddi hukuk açısından ele aldığımız açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, zenginleşme ve buna bağlı olarak mal varlığı kavramları son derece geniş dikkate alındığından bir vasıflandırma sorunu doğmayacaktır. Yukarıda belirtilen Alman doktrininde yer alan gerekçeler dikkate alındığında da, MÖHUK m. 39, nitekim aşağıda ele alacağımız üzere amaca uygun olarak vasıflandırmada bulunulduğunda da, tıpkı maddi hukuk açıklamalarımızda bahsettiğimiz üzere zenginleşme kavramı mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. “Zenginleşme” açısından asıl sorunsal aşağıda ele aldığımız üzere, Türk hukukunda (tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi) tasarruf işlemlerinde hakim görüşün sebebe bağlılık ilkesinin uygulanmasından ve farklı hukuk nizamlarında bu durumun kabul edilmemesinden kaynaklanan vasıflandırma problemi eksenindedir ve bu husus aşağıda ele alınmıştır¹⁰⁸⁰.

3.3 “Mevcut ya da Mevcut Olduğu İddia Edilen Hukuki İlişki”

3.3.1 Önmele Sorunsalı?

Aşağıda belirttiğimiz üzere MÖHUK m. 39/1’de maddi hukukta ele alınan edimden ötürü zenginleşmeler ve edim dışı zenginleşmeler şeklindeki bir ayrımaya yer verilmemiştir ve ayrıca “edim” ibaresine de yer verilmemiştir. Böylece bu çalışmada ayrıca bahsettiğimiz üzere bizim görüşümüz MÖHUK m. 39/1 c.1’in kapsamı maddi hukuk bağlamında edimden ötürü zenginleşmelerle sınırlı olmadığı yönündedir¹⁰⁸¹. MÖHUK m. 39/1 c.1’de ise salt olarak zenginleşmeye sebep olan hukuki bir ilişkinin

¹⁰⁷⁹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 305-306; ayrıca bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 100-101; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 147-148.

¹⁰⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.4.

¹⁰⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.4.

ya da mevcut olduğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin söz konusu olması ve sebepsiz zenginleşmeye sebep olması aranmakta olması bu sonucu doğurmakla birlikte; “*fer’i bağlama noktası*”nın amacı ve fonksiyonu da aşağıda ele alacağımız üzere bunu gerektirmektedir. Nitekim yukarıda tarihsel süreçte de ele aldığımız üzere¹⁰⁸² *Zweigert ve Rabel’in lex causae condictionis’i* kabul etmeleriyle başlayan yaklaşımının altındaki temel düşünce, zenginleşme nasıl gerçekleşiyorsa aynı şekilde tasfiye edilmesine, yani aynı hukuka bağlanmasına, dayanmaktadır¹⁰⁸³.

Görüleceği üzere MÖHUK m. 39 c.1 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta ilk olarak “*mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki*” yi ve ona uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekecektir. Bunun tipik örneği, geçersiz bir sözleşme iddiasıyla gerçekleştirilen edimlerin iadesi talebine ilişkin bir uyuşmazlıktır. Bu durumda, hakim öncelikle sözleşme statüsünü ve sözleşme statüsü ile diğer kanunlar ihtilafı normları dikkate alarak (örneğin ehliyeteye uygulanacak hukuk kapsamında tarafların ehliyetinin olup olmadığı, doğrudan uygulanan kurallar vb.) sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda kalacaktır. Buna karşılık geçerli bir sözleşme kapsamında yükümlü olunan miktardan fazla edimde bulunulduğu iddiasında hakimin, söz konusu MÖHUK m.39 c.1 kuralında ön görülen özel bağlama kuralı olarak belirlenen “*mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku*”u uygulanacağından, *lex fori*’de düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı çerçevesinde sözleşme statüsünü tespit etmesi gerekecektir.

12.12.2017’de yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’dan evvel yürürlükte olan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un (eMÖHUK) 26. Maddesi “*Sebepsiz iktisap hukuki bir ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tabî olduğu hukuk, diğer hallerde sebepsiz iktisabın gerçekleştiği yer hukuku uygulanır.*” şeklinde düzenlenmişti. Burada söz konusu normda getirilen değişikliklerden biri de mevcut düzenlemede MÖHUK m. 39’da “mevcut olduğu

¹⁰⁸² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No 2. Altındaki Karşılaştırmalı Açıklamalar.

¹⁰⁸³ Christian v. Bar, **a.g.e.**, s. 531; Busse, **a.g.e.**, s. 5; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 41vd.

iddia edilen hukuki ilişki” ibaresine ayrıca yer verilmiş olmasıdır. eMÖHUK m. 26 hükmünde salt olarak “hukuki bir ilişki” ibaresine yer verilmesiyle, söz konusu hüküm lafzından dolayı geçerli bir hukuki ilişkinin varlığının arandığı şeklinde yorumlanabilecek nitelikteydi. Kısacası söz konusu hükümde –söz konusu normun tarihsel gelişimi ile bağdaşmayan- eksik bir düzenleme mevcuttu. Buna mukabil, doktrinde söz konusu hüküm söz konusu şekilde lafzi olarak yorumlanmamaktaydı¹⁰⁸⁴. Bu eksik düzenleme MÖHUK m. 39’daki düzenleme ile “*mevcut olduğu iddia edilen*”(aslında “mevcut olduğu varsayılan” olarak anlaşılması gereken)¹⁰⁸⁵ ibaresine yer verilerek giderilmeye çalışılmıştır.

Türk doktrininde eMÖHUK döneminde *Özel* tarafından kaleme alınan eserinde, *lex fori* vasıflandırma kapsamında hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığın sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılabilmesi için (örneğin sözleşmenin geçersizliği üzerine gerçekleştirilen edimin iade talebine sözleşmenin geçersizliğinin tespit edilmesi gerektiği hususunu) sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak normun (eMÖHUK m.26) uygulama alanının tespiti açısından “önmele” olarak ifade edilmiştir¹⁰⁸⁶.

Yalnız burada *Özel* tarafından ele alınan ve bu durumun “önmele” olup olmadığını ayrıca ele almamız gerekmektedir. Doktrinde “önmele” açısından yabancı doktrininde kimi yazarlarca belirtilen “*Erstfrage*” ve “*Vorfrage*” ayrımına yer verilirken, kimilerince de yer verilmemektedir. (Türk doktrininde de “önmele” kavramı her iki hal için de kullanılmaktadır¹⁰⁸⁷.) Bunun sebebi de her iki hususun da

¹⁰⁸⁴bkz. Özel , a.g.e., s. 745; Günsel Öztekin Gelgel, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzniemesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 65.

¹⁰⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5.

¹⁰⁸⁶ Özel , a.g.e., s. 746.

¹⁰⁸⁷ Yabancı unsurlu bir boşanmada davasında doğal olarak hakimin ilk ele alması gereken, geçerli evliliğin varlığıdır. Bu MÖHUK m. 14’ün uygulanarak boşanmaya uygulanacak hukukun tespiti için şarttır. Fakat bu durum bir önmele sorunu olmayacaktır. Zira evliliğin geçerliliği MÖHUK m.13 uyarınca tespit edilecek hukuka göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu durumda da doktrinde “önmele” olarak zikredilen husus yabancı terminolojide bazı yazarlarca “*Erstfrage*” “ilk sorun”, kanunlar ihtilafı

kanunlar ihtilafı hukuku açısından önem teşkil ettiğidir¹⁰⁸⁸. Yabancı doktrinde de kimi yazarlar söz konusu ayrıma yer verirken, kimi yazarlar ise “*önmele*” kavramını her iki hal için ele almaktadırlar. Alman, Avusturya ve İsviçre doktrininde “*Önmele*” açısından “*Vorfrage*” (*önmele*) ile “*Erstfrage*” (*ilk mele*) ayrımını yapanlar şu kavramsal ayrımı belirtmektedirler¹⁰⁸⁹: Önmele, esas meselede bir hayat ilişkisine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yetkili yabancı hukukun maddi hukuk normları uyarınca, bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun şart olarak –*önmele (Vorfrage)*- olarak ele alınmasıdır. Bunun da tipik örneği, mirasa uygulanacak maddi hukuk normları uyarınca eş sıfatıyla mirasçı olunabilmesi için eş olunması ve *lex fori* ile *lex causae'nin* maddi hukuk kuralları arasında evliliğin geçerliliğinin farklılık arz etmesidir (kısaca “topal evlilikler”)¹⁰⁹⁰. Buna karşılık “*ilk mele*” olarak ifade edebileceğimiz “*Erstfrage*”de¹⁰⁹¹ ise, belli kanunlar ihtilafı kuralları arasında ayrımı yapabilmek adına, belli hukuki ilişkilerin varlığının ya da yokluğunun *lex fori*’deki bağlama konusunun düzenlendiği norma uygulanmasının aranması söz konusudur¹⁰⁹². Örneğin boşanmaya uygulanacak

normunun bir şartı olarak belirtilmektedir. “*önmele*” kavramının geniş anlamda kullanımına örnek olarak ayrıca bkz. (Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s.249.)

¹⁰⁸⁸ Eilinghoff, *a.g.e.*, s. 138; ayrıca bkz. Heiko Plassmeier, **Ungerechtfertigte Bereicherung im Internationalen Privatrecht und aus rechtsvergleichender Sicht**, Duncker&Humboldt, Berlin, 1996, s. 306 vd. : Alman doktrininde kaleme alınan söz konusu eserde yazar, *Erstfrage* – *Vorfrage* ayrımına yer vermeden; söz konusu durumu “*Vorfrage*” açısından ele almaktadır.

¹⁰⁸⁹ Bkz. Jan Kropholler, **Internationales Privatrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 130; Verena Füllemann-Kuhn, **Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht**, Zurich, 1977, s.38; Klaus Schurig, “**Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems**”, Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag (Ed: Hans-Joachim Musielak/Klaus Schurig), W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987, s.582; Eilinghoff, *a.g.e.*, s. 138; Anton Heini/ Andreas Furrer, “**IPRG 13**” **Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108** **Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987**, 3. Auflage, Schulthess, Zurich, 2018, s. 290-291

¹⁰⁹⁰ Örnek için Bkz. Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 129-130.

¹⁰⁹¹ “*Erstfrage*” açısından “*kollisionrechtliche Vorfrage*” ifadesine de yer verilmektedir.

¹⁰⁹² Bkz. Kropholler, *a.g.e.*, (2001) s. 130 ; Füllemann-Kuhn, *a.g.e.*, s.38; Schurig, *a.g.e.*, s.582; Eilinghoff, *a.g.e.*, s. 138; ayrıca bkz. Peter Winkler v. Mohrenfels, “**Kollisionrechtliche Vorfrage und materielles Recht**”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 51. Jahrgang,

hukukun –MÖHUK m. 14- tespiti için öncelikle geçerli bir evliliğin varlığı gerektiğinden *lex fori*'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca – MÖHUK m.13- tespit edilecek hukuka göre evliliğin geçerliliği tespit edilecektir. Bunun sonucu olarak kanunlar ihtilafı kuralının “şartı” olarak düzenlenen “ilk sorun” kendi bağlama kuralı uyarınca tespit edilecek hukukun hâkimiyetinde olacaktır¹⁰⁹³. Bunun en somut örneklerinden biri de, ifade ettiğimiz üzere MÖHUK m. 14 uyarınca boşanmaya uygulanacak hukukun tespit edilmesinden evvel tarafların evli olduklarının tespitinin gerekmesidir. Buna karşılık gerçek anlamda –*lex causae*’nin maddi hukuk kurallarının bir hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu şart koşması hali- “önmele” (*Vorfrage*) sorununda *lex fori*’ye ya da *lex causae*’ye göre çözüm gündeme gelecektir.

İşte bu açıklamaların ışığı altında, MÖHUK m. 39 c.1’de yer alan “sebeatsız zenginleşmeye sebep olan mevcut ya da mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkinin” söz konusu olması şartı bir “önmele” problemi olarak karşımıza çıkmamaktadır. Örneğin, hukuka aykırı olduğundan geçersiz olduğu iddia olunan satış sözleşmesinin varlığı sebebiyle verilen şeyin iadesi talebinde bulunduğu bir uyuşmazlıkta MÖHUK m. 39/1 c.1’in uygulanması için öncelikle sözleşmenin geçersizliğinin –örn. MÖHUK m.24- uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespitinin gerekmesi bir önmele sorunu teşkil etmeyecektir. Zira burada *lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulacaktır. Bu durum tıpkı yabancı unsurlu bir boşanmada, geçerli bir evliliğin varlığı gerektiğinden evliliğin geçerliliğinin *lex fori*’de yer alan kendi bağlama konusu üzerinden uygulanacak hukuk uygulanarak tespit edilmesi ile aynıdır. Mamafih, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, önmelede ve buna bağlı olarak önmele probleminde esas meselede bir hayat ilişkisine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yetkili yabancı hukukun maddi hukuk normları uyarınca, bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun şart olarak –önmele

Mohr Siebeck GmbH &Co. KG, Tübingen, 1987, s.21; Heini/ Furrer, **a.g.e.** s. 290-291; Willibald Posch, **Bürgerliches Recht Band VII Internationales Privatrecht**, 5. Auflage, SpringerWienNewyork, Mörlenbach, 2010, s. 44.

¹⁰⁹³ v. Mohrenfels, **a.g.e.**, s. 21-22; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 138; Posch, **a.g.e.**, s. 44.

(Vorfrage)- olarak ele alınması söz konusudur. Buna karşılık MÖHUK m. 39/1 c.1’de sebepsiz zenginleşmeye sebep olan bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu ya da mevcut olduğu varsayılan bir hukuki ilişkinin söz konusu olması hususu, söz konusu kanunlar ihtilafı normunun (MÖHUK m. 39/1 c.1’in) uygulanması için bir şart olarak düzenlenmiştir. O şart da doğal olarak kendi kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilecek hukuka tabi olacaktır. Fakat bu durum bir önmelele ihtilafı niteliğinde olmayacaktır.

3.3.2 Genel Uygulama Alanı ve Genel Açıklamalar

Lex causae conditionis yaklaşımına ilişkin olarak tarihsel süreçle ilgili açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz üzere, fer’i bağlama noktası olarak *lex causae conditionis* kapsamında olarak zenginleşmenin ardında yatan hukuki ilişki kavramının ilk çıkış noktası sözleşmeler olmuştur¹⁰⁹⁴. Taraflar arasındaki baştan veya sonradan geçersiz telakki edilen sözleşmelerde tarafların iade istemlerinde sözleşmeye uygulanacak hukukun hakim olması ile taraf menfaatlerine ve karşılıklı olarak öngörülerinin (geçersiz olsa dahi tarafların söz konusu hayat ilişkisindeki öngörülerini) karşılanması amaç edinilmiştir. Yalnız burada tekrar etmemiz gerekir ki: tüm sebepsiz zenginleşme istemlerinde *lex loci actus’un* uygulanması yaklaşımının terk edilmeye başlandığı süreçte ilk olarak sonradan geçersiz olan (*ex nunc*) sözleşmelerdeki sebepsiz zenginleşme istemlerinde *lex causae conditionis’in* uygulanması sınırlı olarak ileri sürülmüşken¹⁰⁹⁵, zamanla *Zweigert’in*¹⁰⁹⁶ ve *v.Caemerrer’in*¹⁰⁹⁷ ele aldığı *lex causae conditionis* yaklaşımı – baştan geçersiz (*ex tunc*) sözleşmeleri de içine alarak- gittikçe gelişmiştir. Şöyle ki, salt sözleşmelerden

¹⁰⁹⁴ Bkz. Başlık No.2’de yer alan açıklamalar: Hem kıta Avrupası hukuk nizamlarında hem de Anglosakson hukuk nizamlarında tarihsel süreçte durum böyledir.

¹⁰⁹⁵ Neuner, **a.g.e.**, s. 122 vd.; Nussbaum, Gutzwiller, Wolff, Beitzke ve Raape, *Arminjon*’ün görüşleri için bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 6; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 40vd.; Knoch, **a.g.e.**, s. 25vd.

¹⁰⁹⁶ Görüşleri için bkz. v. Bar, **a.g.e.**, s. 531vd.

¹⁰⁹⁷ v.Caemerrer, **a.g.e.**, s. 388 vd.

ziyade –kapsamı tartışmaya açık olarak - diğer hukuki ilişkilerin de *lex loci conditionis* kapsamına girdiği kabul edilmeye başlanmıştır. Nitekim bu kapsam o kadar tartışmalı olarak süregelmiştir ki, 1987 tarihli İsviçre IPRG’nin 1983 yılındaki taslağına ilişkin gerekçesinde dahi, sanki yukarıda bahsettiğimiz *Zweigert* öncesi sınırlı olarak *lex causae conditionis*’i *ex nunc* olarak geçersiz olan sözleşmelere indirgeyen 20. Yüzyılın ilk yarısındaki görüşlerden esinlenerek, *ex tunc* baştan geçersiz olan sözleşmelerde *lex causae conditionis* yerine zenginleşme yeri hukukunun hakim olacağı belirtilmiştir¹⁰⁹⁸. Fakat İsviçre doktrini ve yargısında bu durum kesinlikle kabul edilmemiştir¹⁰⁹⁹. Bu durum dahi, *lex causae conditionis*’in uygulama alanının tarihsel süreçte ne kadar tartışmalı olarak karşımıza çıktığını göstermektedir.

Öncelikle belirtmeliyiz: Yabancılık unsuru içeren bir hayat ilişkisinde ortada mevcut bir hukuki ilişki ve o ilişkiye ilişkin olarak gerçekleşen bir kazandırmaya ilişkin sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep var ise, MÖHUK m. 39/1 c.1’in kapsamına gireceği tartışma dışıdır. Örneklendirelim:

*-Yüklenici (Y) ile iş sahibi (A) arasındaki yabancı unsurlu eser sözleşmesinde sözleşme bedelinin alıcı (A) tarafından (Y) ’ye hatayla iki defa ödenmesi*¹¹⁰⁰,

¹⁰⁹⁸ Botschaft IPRG, s. 419 vd. (BBl 1983 I 263) [BBl 1983 I 263 - Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht \(IPR-Gesetz\) vom 10. November 1982 \(admin.ch\)](#) (çevirimiçi) 19 Temmuz 2020.

¹⁰⁹⁹ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s. 3438(rn. 3); Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 549; BGE 78 II 385 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2078385.pdf> (çevirimiçi) 19 Temmuz 2020; BGE 102 II 143 http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F102-II-143%3Ait&lang=it&type=show_document (çevirimiçi) 19 Temmuz 2020.

¹¹⁰⁰ Burada Alman doktrininde ele alınan bir tartışmadan bahsetmemiz gerekmektedir. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’in uygulanacağı satış sözleşmeleri bakımından CISG’de sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir düzenleme olmadığından CISG m.7/2 uyarınca “milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözüm”le sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hüküm uygulama alanı bulacaktır. Burada dikkat

Vermiş olduğumuz klasik örnek açısından tartışma söz konusu değildir. Zira taraflardan her ikisinde mevcut bir hukuki ilişki olarak sözleşme kapsamında karşılıklı olarak o ilişki kapsamında kazandırmada ve kazanımda bulunmayı öngörmektedirler. (A) sözleşmeden doğan borcu kapsamında –fazla ödeme de olsa- ödeme gerçekleştirirken; sebepsiz zenginleşen (Y) açısından da, (A) ile sözleşmesel bir ilişkiye girerek ondan gelebilecek kazandırmaları öngörmekte olduğu ortadadır. Bu bakımdan da, taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşme isteminde de hakim olmalıdır¹¹⁰¹. MÖHUK m. 39/1 c.2’de yer alan zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku ise dikkate alınmayacaktır. Zira aksi yaklaşımda tarafların “öngörülerini”yle menfaatleri göz ardı edilmiş olacak ve taraflar öngörmeyecekleri bir hukukla karşı karşıya bırakılmış olacaklardır.

Örneği değiştirelim: Bulgar vatandaşı ve mutad meskeni Bulgaristan’da olan (B), Türk vatandaşı (T)’nin aracına Bulgaristan’daki kazayla 10.000-TL’lik zarar veriyor. (B), (T)’nin Türkiye’deki banka hesabına 10.000-TL yerine 20.000-TL ödemede bulunuyor.

edilmesi gereken husus CISG m.81 vd.’da yer alan sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçları hükümlerinin sözleşmenin baştan geçerli olan sözleşmelere ilişkin “sözleşmesel çözüm ilişkisi” öngörülmektedir ve bu hallerde sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, baştan geçersiz olan sözleşmelere, irade sakatlığı veya ehliyetsizlik haline ilişkin bir düzenleme olmadığından MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca fer’i bağlama noktası uygulama alanı bulacaktır. (bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 178vd. ; ayrıca bkz. Mehtap İpek İşleten, **“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”** , Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1 , İstanbul, 2013, s. 114 ve 119.)

¹¹⁰¹ Hemen belirtmeliyiz ki, tarihsel süreçte de Alman yargısı istisnasız olarak, taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun hakim olacağını vurgulamıştır. Bkz. Alexander Lüderitz, “Anh I Art 38”, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 10**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1996, s.36 (dipnot 23).

Bu örnekte de görüleceği üzere taraflar arasında sözleşmesel bir hukuki ilişki olmayıp; haksız fiilden doğan bir borç ilişkisi vardır. Burada taraflardan (B), ıka ettiği haksız fiil sebebiyle ve diğer taraf (T) ile arasındaki haksız fiilden doğan borç ilişkisini öngörerek -kazandırmada- bulunmakta; (T) ise aynı şekilde haksız fiilden doğan bir borcun alacaklısı olarak (B)’den o ilişki çerçevesindeki zararının tazminini – kazanımda olmayı- öngörmektedir. Bir başka ifade ile tarafların ortak öngöröleri ve menfaatleri “haksız fiilden doğan borç ilişkisi” çerçevesinde kesişmektedir. Bu bakımdan da taraflar arasında haksız fiile uygulanacak hukuk (olayda Bulgaristan hukuku) sebepsiz zenginleşme istemi açısından da hakim olacaktır.

Acaba maddi hukuk bağlamında “edimden ötürü zenginleşmeler” kapsamındaki zenginleşmelerin tamamı MÖHUK m. 39/1 c.1’in uygulama kapsamına girecek midir? Bu soru detaylıca ele alınarak cevaplanması gereken bir sorudur ve bu ana başlık altında bu konuyu da inceleyeceğiz.

Yukarıdaki örneklere dönecek olursak, taraflar arasında mevcut hukuki ilişkiler olduğundan (ilk örnekte geçerli bir sözleşme, ikinci örnekte ise haksız fiilden doğan bir borç ilişkisi) söz konusu örneklerdeki sebepsiz zenginleşme istemlerinin MÖHUK m. 39/1 c.1’in uygulama kapsamına girdiğine ilişkin şüphe ve tartışma olmadığı ortadadır^{1102 1103}. Yukarıdaki örneklerde dikkat edilirse, maddi

¹¹⁰² Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 79-80; Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 35-36; Doğan, **a.g.e.**, s. 180-181; Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 51; Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 95 vd.; İsviçre IPRG açısından da durum doğal olarak aynıdır bkz. Doss/Schnyder,**a.g.e.**, s. 3438; Kneller, **a.g.e.**, s. 959; ayrıca bkz. Thorn, (Rom II 10), **a.g.e.**,s. 2847;

¹¹⁰³ Yabancı unsurlu ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde ise, ikiden fazla kişi olduğu ve bunların tarafları arasında birden fazla hukuki ilişki olduğu için, hangi taraflar arasında hangi ilişkinin hakim olacağı ya da sebepsiz zenginleşme talebininMÖHUK m.39/1 c.2 kapsamına (zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku) kapsamına girip girmediği ayrıca ele alınması gereken bir durumdur. En temel örnek olarak şimdilik banka havalesi örneğini verebiliriz. Örneğin, Türkiye’de kurulu havale alıcısı (T) ile arasındaki satış sözleşmesi uyarınca satış bedelini ödemek isteyen İngiliz banka müşterisi (İ)’nin SWIFT talimatını yerine getiren İngiltere Merkezli (B) bankasının, SWIFT talimatını yerine getirirken şirketine yanlışlıkla fazla “0” yazarak (T)’ye 10 kat kazandırmada bulunmuş olması

hukuk bağlamında edimden ötürü zenginleşme türü olarak “borçlanılmamış edimin ifası” (*condictio indebiti*) olan istemler taraflar arasında bir -kanun koyucunun tanımıyla- “hukuki ilişki” olduğundan MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girmektedir. Fakat maddi hukuk bağlamında her “edimden ötürü sebepsiz zenginleşme” olarak vasıflandırılabilir istem MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girebilecek midir? Örneğin, alelaide hata ile banka hesaplarını karıştırarak kendi alacaklısı yerine üçüncü bir kişinin banka hesabına ödemede bulunulması maddi hukukta tipik bir “*condictio indebiti*” hali olarak görülebilir. Fakat bu durum salt olarak maddi hukukta edimden ötürü zenginleşme diye MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girebilecek midir? Hatta MÖHUK m. 39/1 c.1’de “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” ibaresine yer verildiğinden, hatayla üçüncü bir kişiye para gönderenin karşı tarafa kazandırmada bulunduğu sırada hukuki ilişkiye dayandığı –iddia ettiği- gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme istemine m. 39/1 c.1’mi uygulanacaktır? İleride ele alacağımız bu örnek sorulardan da anlaşılacağı üzere, bu problemler çok daha detaylı incelemeyi gerektirmektedir¹¹⁰⁴.

İşte burada, bu bakımdan ilk ele alınması gereken husus MÖHUK m. 39/1 c.1’de yer alan “hukuki ilişkinin” kapsamının ne olduğudur.

İsviçre IPRG 1987’de yürürlüğe girmeden çok daha evvel İsviçre Federal mahkemesi 1952 yılında *Zweigart*’ın yukarıda belirttiğimiz görüşünü¹¹⁰⁵ göz önünde bulundurarak bir kararında (BGE 78 II 385) “hukuki ilişkinin” kapsamını ele alırken, bu kavramın “en geniş şekilde hukuki irtibat” şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁰⁶.

ve (B) bankasının (İ)’ye karşı iade isteminde hangi hukuk hakim olacaktır? (Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.1.)

¹¹⁰⁴ Kısaca belirtelim taraflar arasında mevcut veya karşılıklı varsayıldıkları bir hukuki ilişkinin olmadığı edimin hedefinin saptığı hallerde MÖHUK m.39/1 c.1 uygulanamayacaktır. Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.2. ve ayrıca Başlık No. 3.3.5.

¹¹⁰⁵ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 2.1.2.5.2’teki açıklamalarımız.

¹¹⁰⁶ <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/pdf/c2078385.pdf> (çevirimiçi) 19 Temmuz 2020.: “...Besteht dagegen bereits eine Beziehung rechtlicher Art zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten, so

Anlaşılabacağı üzere “hukuki ilişki” kapsamına ister tek tarafa borç yükleyen olsun ister iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olsun tüm sözleşmeler bu kapsama girmektedir¹¹⁰⁷. Sözleşmelerin illa borçlar hukuku sözleşmeleri olmalarına da gerek yoktur. Böylece miras sözleşmeleri de doğal olarak bu kapsama girmektedir. Örneğin, şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sayılan bir miras sözleşmesinde tarafların iade istemlerine miras sözleşmesine uygulanacak hukuk hakim olacaktır. Aile hukukuna ilişkin sözleşmeler de doğal olarak bu kapsama girecektir. Örneğin Eşler arasında geçersiz bir mal rejimi sözleşmesi kapsamında (eşlerden birinin eşinin mal ayrılığı rejimini seçmesine karşılık diğer eşin ona kazandırmada bulunmuş olması ve akabinde mal rejimi sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade isteminde bulunması) gerçekleştirdikleri kazandırmalara bağlı sebepsiz zenginleşme istemleri de evlilik mallarına uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere hukuki ilişki kapsamında bir sözleşme söz konusu ise, bu sözleşmenin illa borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olmasına gerek yoktur.

Tek taraflı hukuki işlemler de “hukuki ilişki” kapsamına girmektedir¹¹⁰⁸. Örneğin, tek taraflı bir işlem olarak ilan yoluyla ödül sözü verme kapsamında ödül sözü verene karşı bir sebepsiz zenginleşme istemi var ise ortada MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamında ortada hukuki bir ilişkiden bahsedilecektir.

Sözleşmelerden ziyade taraflar arasındaki hukuki ilişki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere gerçekleşmiş bir “haksız fiile dayalı bir borç ilişkisi” olabilir¹¹⁰⁹.

entscheidet das Statut, das für diese im weitesten Sinne zu verstehende rechtliche Beziehung massgebend ist, auch über den damit zusammenhängenden Ausgleichsanspruch...” Ayrıca bkz. Kneller, **a.g.e.**, s. 958; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 549.

¹¹⁰⁷ Kneller, **a.g.e.**, s. 958.

¹¹⁰⁸ Bkz. Schnyder/Liatowitsch, **a.g.e.**, s. 200; Kneller, **a.g.e.**, s. 598; bkz. Thorn, **a.g.e.**(ROM II 10), s. 2847 (Rn. 7).

¹¹⁰⁹ bkz. Thorn, **a.g.e.**(ROM II 10), s. 2847 (Rn. 7); Behrens, **a.g.e.**, s.72 vd. ve 78 vd. ;Huber/Bach, **a.g.e.**, s. 293; Schinkels, **a.g.e.**, s. 505; bkz. Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2620(Rn. 6); Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 189 vd.

Örneğin, yukarıda belirttiğimiz üzere, bir haksız fiil borçlusunun yanılarak alacaklıya fazladan veya çifte ödemede bulunması durumunda sebepsiz zenginleşmeye dayalı istem taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişki olan haksız fiil statüsüne tabi olacaktır. Bunun gerekçesi de, aslında çok basit bir şekilde, tarafların ortak beklentileri ve öngörülerini gerçekleştiren kazandırmanın haksız fiil etrafında olduğudur. Nitekim bu hususu vurgulamak amacıyla Roma II- m.10 I düzenlemesine bakıldığında somut biçimde “taraflar arasında sözleşme veya haksız fiil gibi” ilişkiler¹¹¹⁰ denilerek örnekleme yoluyla *lex causae condictionis*’in hakimiyetinin belirtilmiş olduğunu görmekteyiz¹¹¹¹. Fakat burada tartışılması gereken bir husus da, ortada bir haksız fiil yokken bir tarafın haksız fiil ika ettiği inancıyla diğer tarafa kazandırmada bulunmasında bu iadenin “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” olarak MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamında mı yoksa MÖHUK m. 39/1 c.2 kapsamına gireceğidir. Bu hususu ayrıca aşağıda “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” başlığı altında ele almaktayız¹¹¹².

Ayrıca, hukuki ilişkinin tarafların iradesi ile oluşup oluşmadığı da MÖHUK m. 39/1 c.1’in uygulanmasına engel bir durum olmayacaktır. Bu durumun da tipik örneği, fazladan ödenilen nafakanın iade istemidir. Yalnız babası olduğunu ve nafaka yükümlülüğünde olduğunu sanarak çocuğa yapılan kazandırmaların iadesi talebinin de nafakaya uygulanacak hukuka, tabi olup olmayacağı bize göre tartışmaya değerdir¹¹¹³¹¹¹⁴. Bu hususu ayrıca aşağıda “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” kapsamında ele almaktayız¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ Burada ayrıca belirtmemiz gerekir ki; Roma II Tüzüğü’nün İngilizce ve Fransızca metninde “ilişki” ibaresine yer verilmişken; Almanca metninde “Rechtsverhältnis” – “hukuki ilişki”- ibaresine yer verilmiştir. bkz. Boris Schinkels, “Article 10 Rome II” , **Rome Regulations- Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws** (ed. Galf-Peter Calliess), Wolters Kluwer, Baskı Yeri : Birleşik Krallık, 2011, s.505.

¹¹¹¹bkz. Thorn, **a.g.e.**(ROM II 10), s. 2847 (Rn. 7) ; Behrens, **a.g.e.**, s.72 vd. ve 78 vd. ;Huber/Bach, **a.g.e.**, s. 293; Schinkels, **a.g.e.**, s. 505; bkz. Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2620(Rn. 6).

¹¹¹² Bkz. Başlık No. 3.3.5.

¹¹¹³ Bkz. Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 38: Yazar bu durumda nafaka statüsünü feri bağlama noktasıyla kabul etmektedir; ayrıca bkz. Kneller, **a.g.e.**, s.958.

Ayrıca MÖHUK m. 39/1 c.1 bağlamında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kapsamına aile hukukundan, şirketler, miras hukukundan gibi alanlardan doğan hukuki ilişkiler de girebilmektedir^{1116 1117}. Klasik örnek olarak yukarıda ifade

¹¹¹⁴ Nitekim Türk yargısına intikal etmiş (Yarg. 13. HD. 22.04.1999T., 1998/9529E., 1999/3213K.) Hollanda’da Hollanda idaresine malvarlıklarına ilişkin olarak yanlış bilgi vererek sosyal yardım aldıklarından dolayı, davacı yabancı belediyenin sebepsiz zenginleşme talebi de ilgili Hollanda kanunundan doğan bir ilişkidir. Yargıtayın zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku olduğu sebebiyle Hollanda hukukunun uygulanması gerektiği şeklindeki hatalı gerekçesi de Şanlı/ Esen /Ataman-Figenmeşe tarafından eleştirilmiştir. (bkz. Şanlı/ Esen /Ataman-Figenmeşe, a.g.e., s. 307)

¹¹¹⁵ Bkz. Başlık No. 3.3.5.

¹¹¹⁶ Bkz. Doss/Schnyder, a.g.e.,s. 3438; Ivo Schwander, **Einführung in da Internationale Privatrecht, Besonderer Teil**, Dike Verlag, Zurich, 1998, Rn. 670; Schnyder/Liatowitsch, a.g.e., Rn. 602 (s. 200); bkz. Kren Kostkiewicz, a.g.e., s. 549 vd.; bkz. Plassmeier, a.g.e., s. 311 vd.; bkz. Thorn, a.g.e.(ROM II 10), s. 2847 (Rn. 7); bkz. Behrens, a.g.e.,s. 73; Schlechtriem, a.g.e., s. 38; bkz. v. Bar,a.g.e., s. 533 vd.

¹¹¹⁷ Karşılaştırmalı olarak ele aldığımızda Roma II Tüzüğü’ne ilişkin doktrinel bir tartışmaya denk gelmekteyiz. Taraflar arasındaki ilişkinin kapsamının Roma II Tüzüğü m. 1 II a,b, d ve g bentleri dikkate alındığında söz konusu hükümde (m.1 II) uyarınca aile hukukundan, şirketler hukukundan , miras hukukundan ve özel hayatla kişilik hakları ihlallerinde sözleşme dışı yükümlülüklerin (non-contractual obligations) uygulama alanı dışında olduğu belirtilmektedir. Bundan dolayı, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olan m. 10 I’de yer alan hukuki ilişki kapsamına –fer’i bağlama noktası olarak sebepsiz zenginleşme ile yakından bağlantılı ilişki olarak- sebepsiz zenginleşme isteminin aile, miras veya şirketler hukukundan doğan ilişkilerin girip girmediği tartışmalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada bir, m. 10 I’de yer alan taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukunun bir bağlama konusu olmayıp, feri bağlama noktası olduğundan dolayı, lex causae conditionis yaklaşımının temel amacı olan zenginleşme hangi hukuki ilişki çerçevesinde gerçekleşiyorsa tasfiyesinin de o hukuka tabi olmasıyla farklı hukuk nizamlarının aynı hayat ilişkisine bölünerek uygulanmasına engel olunması anlayışı göz önüne bulundurulması gerektiğinden ve m. 10 I’de açıkça hukuki ilişkiden bahsedilirken sözleşme ve haksız fiilin örnek olarak verildiği anlaşıldığından dolayı şirketler hukukuna, aile hukuku , miras hukukundan doğan hukuki ilişkilerin de m. 10 I kapsamında olduğudur. (Behrens, a.g.e., s. 72 vd. ;aynı yönde bkz. Huber/Bach, a.g.e., s. 294; Junker, a.g.e., s. 911, Heinrich Dörner, “Rom II-Vo Art. 10”,Nomos Kommentar -Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Ed: Reiner Schulze, 9. Auflage, Baden-Baden, 2016, s.2857; Oliver Fehrenbacher, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar** (ed. Hanns Prütting/Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, Luchterhand Verlag, 11. Auflage , Munich, 2016 s. 3379) Bir diğer görüş ise , söz konusu

ettiğimiz üzere fazladan ödenen nafakanın iadesi istemini verebiliriz. Bir başka örnek de yukarıda belirttiğimiz üzere yabancı unsurlu geçersiz bir miras sözleşmesi kapsamında yapılan kazandırmaların sebepsiz zenginleşmeye konu edilmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukukun miras sözleşmesine uygulanacak hukuk olmasıdır. Aynı şekilde sermaye borcunu fazladan iki kere ödeyen yabancı şirket ortağı açısından da durum aynı olacaktır.

Yukarıdaki genel açıklamalarımız ve tartışma dışı olan durumları ele aldıktan sonra nihayet “mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” açısından tartışmalı olan sorunsalları ele alabiliriz . Bu sorunsallar karşımıza şu şekilde çıkmaktadır :

- 1) Maddi hukukta yer alan edimden ötürü zenginleşme-edim dışı zenginleşme ayrımı kanunlar ihtilafı hukuku düzleminde geçerli midir? MÖHUK m. 39 kapsamında bu ayrıma yer verilebilir mi?
- 2) Tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmamasına göre geçersiz sözleşmelerden kaynaklı karşılıklı edimlerin iadesine yönelik istemlerin *lex fori* vasıflandırma sebebiyle farklı hukuk nizamlarına (örneğin para iadesi istemenin sebepsiz zenginleşme statüsüne, eşyanın iadesinin aynı hak statüsüne tabi olması) tabi olması kabul edilecek midir?

hukuk alanına çizgi olarak belirlenen iade istemlerinin (örneğin nişanlılıkta verilen hediyelerin iadesi gibi) Roma II m. 10 kapsamına, Roma II m.1/2 uyarınca giremeyeceği, buna karşılık fazla edimde – ödemede bulunma hallerinin (örneğin ortaklık payının fazla ödenmesi ya da nafakanın fazla ödenmesi) ise Roma II m. 1/ 2’de yazılan alanlarda olsa dahi, o alanlardan doğan yükümlülükler olmadıklarından dolayı Roma II m. 10 kapsamına gireceği belirtilmiştir. (bkz. Limbach, **a.g.e.**, s. 430 ; Gerhard Hochloch, “**Art 10 Rom II VO**”, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch** (ed. Harm Peter Westermann/ Barbara Grünwald / Georg MeierReimer) 15. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2017, s.6976; Roland Michael Backmann, “**Art 10 Rom II-VO**”, **Juris PraxisKommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht**, (ed. Ingo Ludwig) 6. Auflage, Juris GmbH, Saarbrücken, 2013, s. 999) Bir diğer görüşte, Rom II m. 1/ 2’de yer alan istisnalardan ötürü, bu hukuk alanları ile ilgili olarak Roma II m. 10’un uygulama alanı bulamayacağıdır. (bkz. Cheshire/North/Fawcett (Ed. J.J. Fawcett/ Janeen M. Carruthers), **Private International Law**, 14. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 781)

- 3) MÖHUK m. 39/1 c.1’de yer alan “mevcut olduğu iddia edilen” ibaresinden anlaşılması gereken nedir?
- 4) Hukuki ilişkinin taraflarından anlaşılması gereken nedir?
- 5) Hukuki ilişkinin tespitinde hangi anın dikkate alınması gerekmektedir?
- 6) Taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise ne olacaktır?
- 7) Geçersiz sözleşmelerde, ehliyet gibi geçersizliğe sebebiyet veren statüler iade istemlerinde de hakim olabilecek midir?
- 8) İrade sakatlığı hallerinde MÖHUK m. 39’un uygulanması nasıl olacaktır?

3.3.3 Maddi Hukukta Yer Alan Edimden Ötürü – Edim Dışı Zenginleşmeler Ayrımı MÖHUK m.39’da Kabul Edilecek Midir?

Yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda, edimden ötürü zenginleşmelerle edim dışı zenginleşmeleri ayrıntılı olarak ele aldık. Söz konusu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, TBK m. 77 vd. hükümlerinde kanun koyucu tarafından edimden ötürü zenginleşme ve edim dışı zenginleşme ayrımı somut bir biçimde kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Söz konusu ayrım, mehzaz kanuna ilişkin olarak İsviçre’de olduğu gibi Türk doktrin ve uygulaması ile somutlaştırılmıştır¹¹¹⁸.

Türk kanunlar ihtilafı hukuku açısından da MÖHUK m. 39 hükmünde somut bir düzenleme ile “Edimden Ötürü – Edim Dışı Zenginleşmeler” ayrımına yer verilmemiş olduğu ortadadır. MÖHUK m. 39’da sebepsiz zenginleşme ilişkisinde tek kıstas kanun koyucunun tarifi ile sebepsiz zenginleşmeye sebep olan *mevcut ya da mevcut olduğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin* olup olmadığıdır. Bu açıklamalar ışığı altında karşımıza şu soru çıkıyor: Acaba MÖHUK m. 39/1 c.1 ile m.39/1 c.2 arasındaki ayrım maddi hukukta yer alan edimden ötürü zenginleşme ile edim dışı zenginleşme ayrımına mı dayanmaktadır? Bu soruyu cevaplamadan evvel

¹¹¹⁸ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No 5 altındaki açıklamalar.

karşılaştırmalı olarak yabancı düzenlemelerdeki yaklaşımları ele almamız doğru olacaktır.

3.3.3.1 Alman Hukukunda “Roma I ve Roma II Tüzükleri” Öncesi Yaklaşımlar ve Mevcut EGBGB Art. 38 Hükmü

AB Roma tüzüklerinin yürürlüğe girmesinden evvel mutlak olarak uygulanan¹¹¹⁹ Alman kanunlar ihtilafı hukuku düzenlemesinde ise MÖHUK’tan ve İsviçre IPRG’den farklı olarak “edim” ibaresine yer verilmiştir.

Bu düzenlemenin (Art. 38 EGBGB)¹¹²⁰ ilk fıkrasında açıkça gerçekleştirilmiş bir edimden doğan sebepsiz zenginleşme taleplerinin o edimin bağlantılı olduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı ifade edilmiş; ikinci paragrafta ise korunan hukuki bir değere müdahaleden doğan zenginleşmeden kaynaklı istemlerde (kısacası müdahaleden ötürü zenginleşmelerde) , müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun – yani *lex loci actus*’un-hakimiyeti kabul edilmiş ve son paragrafta ise ilk iki paragraf dışındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinin ise zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olacağı ifade edilmiştir¹¹²¹. Buna ilaveten ise,

¹¹¹⁹ Söz konusu hüküm Alman hukukunda halen yürürlüktedir ve mülga olmamış, sadece Art. 1 Rom II –VO hükmü uyarınca tüzüğün uygulama alanı dışında uygulama alanı bulmaktadır.

¹¹²⁰ “Art. 38- Ungerechtfertigte Bereicherung

(1) Bereicherungsansprüche wegen erbrachter Leistung unterliegen dem Recht, das auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist, auf das die Leistung bezogen ist.

(2) Ansprüche wegen Bereicherung durch Eingriff in ein geschütztes Interesse unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Eingriff geschehen ist.

(3) In sonstigen Fällen unterliegen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist.”

¹¹²¹ Burada belirtmeliyiz ki, müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerinde uygulanacak hukuk açısından Alman kanun koyucu tarafından haksız fiilde ika yeri hukuku ile paralel bir düzenleme yapılmak istenmiştir. (Bkz. Heldrich, **a.g.e.**, s. 2567 (Rn.3))Aşağıda da belirtmiş olacağımız üzere müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmelerde, müdahalenin aynı anda haksız fiil teşkil etmesi durumlarında aynı hukukun hakim olması taleplerin yarışması açısından doğabilecek sorunları bertaraf etmektedir. Örneğin ortada hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşme istemi

aşağıda da (ayrıca hukuk seçimine ilişkin olarak da) belirteceğimiz üzere hukuk seçimi ise söz konusu kanunun 42. Maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu kanunun 41. Maddesinde ise, daha sıkı irtibatlı bir hukukun bulunması halinde o hukukun uygulanabileceği ve bilhassa edim dışı zenginleşmeler açısından ise örnek verilerek (38. Maddenin 2. Ve 3. Fıkrası açısından) tarafların ortak mutad meskenlerinin hukuki olayın meydana geldiği zamanda aynı ülkede olmaları durumunda o devlet hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere Alman kanun koyucu tarafından burada üçlü bir ayırım yapılmış olmakla birlikte temel olarak edimden ötürü sebepsiz zenginleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak “edim” ibaresine yer verilerek somut bir düzenlemede bulunulmuştur. Söz konusu kanunlar ihtilafı normunda yer verilen bu somut ayırım, maddi hukuk bağlamında Alman Medeni Kanunu’nda da (§ 812 BGB) “edim” (*Leistung*) ibaresine somut bir şekilde yer verilmesi ile paralellik göstermektedir¹¹²².

Söz konusu Alman kanunlar ihtilafı normunda “*edim*” (*Leistung*) ibaresine yer verilmesi, “edim” teriminin bir “ilk sorun” (*Erstfrage*) (önmele kavramını geniş olarak kullananlar açısından ise önmele –*Vorfrage*–)¹¹²³ olup olmadığının somut

olarak vasıflandırılacak bir hayat ilişkisinde, kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanacak hukukların farklı olması durumunda ve taleplerin yarışıp yarışmayacağının hangi hukuka göre tespit edileceği sorunu doğacaktır.

¹¹²² Bkz. Aynı doğrultuda Kurt Siehr, **Internationales Privatrecht**, C.F. Müller Verlag, Weinsberg, 2001, s.261; Dirk Looschelders, **Internationales Privatrecht- Art. 3-46 EGBGB**, Springer Verlag, Berlin, 2004, s. 574.

¹¹²³ Yukarıda ifade ettiğimiz ve burada tekrar ettiğimiz üzere (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.1) literatürde “önmele” (*Vorfrage*)’den ayrı olarak, ilk sorun (*Erstfrage*) ayırımına yer verenler bu kavramı, belli kanunlar ihtilafı kuralları arasında ayırımı yapabilmek adına, belli hukuki ilişkilerin varlığının ya da yokluğunun *lex fori*’deki bağlama konusunun düzenlendiği norma uygulanmasının aranması söz konusu olduğu durumlar açısından uygular ve bunun sonucunda kanunlar ihtilafı kuralının “şartı” olarak düzenlenen “ilk sorun” kendi bağlama kuralı uyarınca tespit edilecek hukukun hâkimiyetinde olacaktır. (v. Mohrenfels, **a.g.e.**, s. 21-22; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 138; Posch, **a.g.e.**, s. 44.)

tartışılmasına *Eilinghoff* tarafından yazarın eserinde yer verilmiştir. Burada “edim”in belli bir hukuki ilişki olmaması sebebiyle “edim”in malvarlığı değerinde artışa sebebiyet veren bir fiili olgu olması sebebiyle salt olarak söz konusu kanunlar ihtilafı normunun -EGBGB Art. 38/1 hükmünün- sadece bir şartı olduğu görüşüne yer verilmiştir¹¹²⁴. Yalnız EGBGB Art. 38/1’de yer alan “edim” şartı açısından da, edimden anlaşılması gerekenin maddi hukukta yer alan edim kavramı olarak anlaşılmasının gerekip gerekmediği Alman doktrininde tartışla gelmiştir¹¹²⁵. Alman maddi hukukunda da “edim”in belirli bir amaca yönelen ve bilinçli yabancı bir malvarlığındaki kazandırma¹¹²⁶ olup olmadığı üzerine olan tartışmaların varlığı¹¹²⁷ ve ortada belli bir amaca yönelen kazandırma yoksa edimden söz edilemeyeceği^{1128 1129} hakim görüş tarafından kabul edileceğinden; EGBGB Art. 38/1’de yer alan “edim” kavramının maddi hukuk alanındaki edim olarak anlaşılması durumunda bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı sonucunu doğuracağından söz konusu “edim” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği bu tartışmanın temeli olmuştur. Ayrıca bu tartışmanın sonucu olarak bilhassa yabancı unsurlu ikiden fazla kişinin bulunduğu yabancı unsurlu sebepsiz zenginleşme talepleri (bilhassa havale ilişkileri) bakımından uygulanacak hukukun tespiti açısından farklı sonuçlara yola

¹¹²⁴ Bkz. *Eilinghoff*, **a.g.e.**, s. 137 vd. ve 139.

¹¹²⁵ Bkz. *Eilinghoff*, **a.g.e.**, s. 140vd.

¹¹²⁶ Bkz. Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 393 ; Hartwig Sprau, “§ 812”, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008, s. 1162 (p.3); Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2014 s.409 (n.1126); Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7**, 8. Auflage, München, 2020 ,n. 47., beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020; BGH, Urteil vom 31. 10. 1963 - VII ZR 285/61 (Hamburg) (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020 ; Volker Wiese, , “§ 812”, **Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar)**, Ed: Reiner Schulze, 2019, n.3 beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020

¹¹²⁷ Ayrıca bkz. Schwab, **a.g.e. (§812BGB)**, Rn. 47 vd.

¹¹²⁸ Volker Wiese, **a.g.e.**, n. 5; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 393 ve 395

¹¹²⁹ Klasik örnek olarak otobüse binen kaç a yolcu örneğidir. Bir yolcu otobüsüne kaçak olarak binen kişiye karşı, otobüs işletmesinin o kişiye yönelen, onu bir yerden bir yere taşınma istenci yoktur. Bu durumda da – maddi hukuk bağlamında- ortada edimden söz edilemeyecektir.

açacağı da *Busse* tarafından belirtilmiştir¹¹³⁰. Söz konusu sorunsalı ayrıntılı olarak ele alan *Eilinghoff* ve *Busse* söz konusu kanunlar ihtilafı normunda maddi hukuk (§812 BGB vd.) ile paralel olacak şekilde düzenlenmiş olmasının bunların aynı anlamda olacağı olarak kabul edilmeyeceğini; kanunlar ihtilafı normunda “edimin dayandığı hukuki ilişki” ifadesinden de açık bir şekilde belli bir amaca yönelen maddi hukuk anlamında “edim”in anlaşılamayacağı ve kanunlar ihtilaf hukuku bağlamında farklı hukuk düzenlerinde farklı yaklaşımlar olabileceğinden “edim” teriminde belli bir amaca yönelme şartının aranmaması gerektiğini belirtmişlerdir¹¹³¹. **Bu anlayış temelinde “edim”** terimi EGBGB sisteminde maddi hukuktan farklı olarak kabul edilmektedir ve yazarlarca burada “*amaca uygun lex fori vasıflandırma*”da bulunulmuştur. Bu durumla ilgili şu örneği verebiliriz:

Ülkeler arası sefer yapan bir yolcu otobüsüne kaçak olarak binen kişiye karşı, otobüs işletmesinin o kişiye yönelen, onu bir yerden bir yere taşıma istenci yoktur. Bu durumda da – maddi hukuk bağlamında- ortada edimden söz edilemeyecek; fakat Alman maddi hukukunda kabul edilen belli bir amaca yönelme şartından ari şekilde bilinçli olarak karşı tarafa yönelmiş bir kazandırma olarak kanunlar ihtilafı normu açısından “edim” olarak kabul edilecektir. Belirttiğimiz bu anlayış çerçevesinde de yukarıda izah EGBGB m.38/1’in uygulama alanının farklı olacağı kabul edildiğini gözlemlemekteyiz. Alman doktrinde EGBGB m. 38/1’in uygulanması açısından daha ziyade kazandırmanın belli bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olup olmamasının ele alınmasının gerektiği belirtilmiştir¹¹³². Fakat belli bir amaca yönelme şartı olmaksızın bilinçli bir kazandırma olarak kabul edilen edimin belli bir hukuki ilişki ile bağlantılı olup olmadığının *lex fori*’ye göre mi *lex causae*’ye mi göre belirleneceği üzerinde görüş ayrılığı mevcut olmuştur. *Lex fori*’nin dikkate alınması gerektiğini ve edim ile hukuki ilişkinin bağlantılı olup olmadığının *lex fori*’ye göre

¹¹³⁰ Busse, **a.g.e.**, s.100.

¹¹³¹ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 146-147; bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 39-40 ve 100; Peter Huber, “**Art. 38 EGBGB**” , Nomos Kommentar BGB Allgemeiner Teil – EGBGB, Band 1 , 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2012, s. 2435 (Rn. 6).

¹¹³² Bkz. bir üstteki dipnotta yazan eserler.

tespit edilmesi gerektiği görüşü ağırlıktadır¹¹³³. Ayrıca v. Bar tarafından ise objektif kıstaslar dikkate alınarak kazandırmanın hukuki ilişki ile bağlantılı olup olmadığının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹¹³⁴. Yazar tarafından –aşağıda bu çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ayrıca ele alacağımız ikiden fazla kişinin arasındaki hukuki ilişkilerle alakalı olarak- Alman Federal Mahkemesi’nin bir kararı örnek göstererek bankanın hatayla havale alıcısına fazla kazandırma bulunduğu durumlarda, bankanın kazandırmasının bankayla havale alıcısı arasında bir hukuki ilişki olmadığından dolayı ortada ilişkili bir hukuki ilişki olmadığı için edim dışı zenginleşme statüsünün uygulanması (zenginleşmenin gerçekleştiği yer) gerektiği ifade edilmiştir¹¹³⁵. Aslında burada v. Bar tarafından her ne kadar objektif kıstasların göz önünde bulunması gerektiği ifade edilmiş olsa da, bizce kendisi tarafından “*lex fori*” vasıflandırma yapılmış ve üstü kapalı olarak Alman maddi hukukunda edimden bahsedebilmek için bilinçli bir kazandırmanın belli amaca -ifa amacına- yönelmesi şartı kabul edildiği anlaşılmaktadır.

3.3.3.2 İsviçre Hukukundaki Yaklaşımlar

İsviçre kanunlar ihtilafı hukuku açısından baktığımızda ise, MÖHUK ile belli ölçüde paralel bir düzenleme mevcuttur. IPRG Art. 128¹¹³⁶ hükmü uyarınca sebepsiz

¹¹³³bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 151 vd. ; Peter Schlechtriem, “**Internationales Bereicherungsrecht: Ein Beitrag zur Anknüpfung von Bereicherungsansprüchen im deutschen Internationalen Privatrecht**”, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld, 1995, s. 66; karşı. Busse, **a.g.e.**, s. 178-179.

¹¹³⁴ V. Bar, **a.g.e.**, s. 535.

¹¹³⁵**A.e.**, s. 535.

¹¹³⁶ “*Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung unterstehen dem Recht, dem das bestehende oder das vermeintliche Rechtsverhältnis unterstellt ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat.*

Besteht kein Rechtsverhältnis, so unterstehen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist; die Parteien können vereinbaren, dass das Recht am Gerichtsort anzuwenden ist.”

zenginleşmeden doğan taleplerin mevcut veya varsayılan (*vermeintlich*) ¹¹³⁷ zenginleşmenin temel teşkil ettiği hukuki ilişkinin hakimiyetinde olacağı; böyle bir hukuki ilişki yok ise söz konusu hükmün ikinci fıkrası uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakimiyeti kabul edilmiştir. IPRG Art. 128/2'nin ikinci alt cümlesinde ise, tarafların söz konusu fıkra kapsamına giren uyuşmazlıklarda *lex fori*'yi de seçebilecekleri belirtilmiştir¹¹³⁸. Görüleceği üzere Alman düzenlemesinde farklı olarak, söz konusu kanunlar ihtilafı normunda “edim” açısından bir ayrım açık bir şekilde (Türk hukukunda olduğu gibi) yapılmamıştır.

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda – tıpkı MÖHUK m. 39'da olduğu gibi – kabul edilen somut kıstas mevcut veya “varsayılan” hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkinin zenginleşmeye sebep olup olmadığıdır. Bununla birlikte İsviçre doktrinde Art. 128/1 IPRG'de belirtilen zenginleşmeye sebep olan mevcut veya kanundaki tanımıyla “varsayılan” (*vermeintlich*) hukuki ilişkinin varlığı durumunda söz konusu sebepsiz zenginleşmelerin edimden ötürü zenginleşmeler, Art. 128/2'de belirtilen hukuki bir ilişkinin olmadığı zenginleşmelerin ise edim dışı zenginleşmeler olarak ayrıldığı bazı yazarlarca belirtilmektedir ¹¹³⁹ . Fakat bu ayrımın, maddi hukuk anlamında belirtilen ayrımla aynı olup olmadığı tartışmalıdır.

¹¹³⁷ MÖHUK m. 39'da “varsayılan” ibaresi yerine “iddia edilen” hukuk ilişki ibaresine yer verilmesi hatalı olmuştur. Zira aşağıda ele alacağımız üzere madde lafzından taraflar arasında ne varsayılan ne de mevcut bir hukuki ilişki yokken alelaide hatayla gerçekleştirilen kazandırmalarda (örneğin B'nin A'ya olan borcunu banka kanalıyla havale etmek isterken kayıtlı işlemlerde yer alan C'nin banka hesabına hata ile havalede bulunması) sebepsiz zenginleşme alacaklısının bir hukuki ilişki “iddiası” var ise o hukukun uygulanacakmış gibi hatalı bir sonuç çıkmaktadır. (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5.)

¹¹³⁸ Aşağıda belirttiğimiz üzere İsviçre düzenlemesinde hukuk seçimi somut olarak sadece edim dışı zenginleşmeler açısından madde metninde ele alınmıştır. Fakat bu durum edimden ötürü zenginleşmeler açısından (IPRG Art. 128/1) mevcut ya da varsayılan hukuku ilişkiye ilişkin olarak hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağına bağlı olduğu belirtilmektedir. (bkz. Doss/Schnyder, a.g.e., s. 3439-3440.) (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.)

¹¹³⁹ Andrea Doss/Anton K. Schnyder, “IPRG 128”, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Schultess Verlag, Zurich, 2007, s. 3438vd.; Michael W. Kneller, “Art. 128”, **Basler Kommentar Internationales Privatrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2007, s. 957-958; Kurt

İsviçre doktrinindeki görüş amaca uygun –fonksiyonel- (kanunlar ihtilafı normunun amacı da dikkate alınarak) Art. 128’de bağlama konusunun vasıflandırılması gerektiği yönünde olmakla birlikte¹¹⁴⁰, ”hukuki ilişki” kavramının nasıl yorumlanması gerektiği yönünde fikir birliği yoktur. Bu husus üzerine İsviçre doktrininde *Kren Kostkiewicz’in* görüşü dikkat çekmektedir. Yazar, söz konusu normun ilk fıkrasının mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiğini ve müdahaleden ötürü zenginleşme olarak kabul edilebilen bir zenginleşmenin, eğer bir hukuk ilişkisiyle (sözleşmesel veya haksız fiille ilgili) ilgili ise IPRG m. 128/1 kapsamına girebileceği belirtmektedir¹¹⁴¹. Yazar, hukuki ilişki ile zenginleşme arasında kendi ifadesi ile “fonksiyonel” bir bağlantının yeterli olduğunu ve zenginleşmenin bir hakka müdahale ile gerçekleşmesi durumunda taraflar arasında ilgili bir hukuki ilişkiden bahsedilebileceğini ifade etmektedir¹¹⁴². Ayrıca yazara göre kanun koyucunun amacının da sebepsiz zenginleşme taleplerinin mümkün olduğunda en geniş ölçüde, zenginleşmenin ileri geldiği hukuki ilişkinin meydana geldiği hukuk nizamına tabi kılmak olduğunu ifade etmektedir¹¹⁴³. Ayrıca yazar tarafından eşya hukuku alanındaki işleme, karışma ve birleşme gibi maddi fiiller (*Realakt*) açısından

Siehr, **Das Internationale Privatrecht der Schweiz**, Schulthess Verlag, Zurich , 2002 s. 386 (Yazar’ın ayrıca verdiği örneklerden *lex fori* vasıflandırmada bulunduğunu ve doktrindeki diğer yazarların aksine fonksiyonel- amaca uygun vasıflandırmanın kabul ettiğini de belirtmemiştir.) ; Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch, **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, Schulthess Verlag, Zurich, 2000, s. 199-200.

¹¹⁴⁰ Doss/ Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438; Kneller, **a.g.e.**, s. 955; Schnyder/ Liatowitsch, **a.g.e.** s. 199 ; Patrick A. Grawehr, **Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht der Schweiz – unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, englischen und US-amerikanischen Rechts**, Dike Verlag St Gallen 1991, s. 124.

¹¹⁴¹ Jolanta Kren Kostkiewicz, “**Art. 128 IPRG**”, Zürcher Kommentar zum IPRG – Band II- Art. 108a -200, 3. Auflage, Zurich, 2018, s. 549 vd.

¹¹⁴² **a.e.**, s. 549vd.

¹¹⁴³ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 550.

da taraflar arasında bir mevcut ya da varsayılan bir hukuki ilişkinin varlığının öncelikle aranması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁴⁴.

Yalnız ayrıca belirtmemiz gerekir ki, kanunlar ihtilafı normunun amacının dikkate alınarak *amaca uygun- fonksiyonel-* vasıflandırmada bulunulması hakim görüş olduğundan dolayı, iki veya daha fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerdeki sebepsiz zenginleşme taleplerinin maddi hukuk açısından “edim dışı zenginleşme” olarak sayılan istemlerin IPRG Art. 128/1’in kapsamına girebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Ayrıca bu çalışmada ayrıntılı olarak ele aldığımız için¹¹⁴⁵ burada kısaca belirtebiliriz. Sebepsiz zenginleşme alacağı iddiasında bulunandan ilk kazanımda bulunan (zenginleştiği iddia edilen) kişinin sebepsiz zenginleşme konusu şeyi üçüncü kişiye devretmesi durumlarını (bilhassa ivazsız olarak) ele alabiliriz. Bu hallerde sebepsiz zenginleşme alacağını iddia eden kişinin üçüncü kişiye karşı iade istemine ilişkin olarak uygulanacak hukukun–maddi hukukta edim dışı zenginleşme olarak kabul edilmesine rağmen¹¹⁴⁶-, üçüncü kişinin kendisine kazandırmada bulunan (ilk olarak zenginleştiği iddia olunan) kişi ile arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun hakim olacağı bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bu yazarlar üçüncü

¹¹⁴⁴ **A.e.**, s. 550. (Türk doktrininde detaylı olarak ele alınmaksızın, tüm eserlerde aksi görüş kabul edilmektedir.) bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.4.

¹¹⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm 2.2.2.7. altındaki açıklamalar.

¹¹⁴⁶ İsviçre ve Türk hukukunda, Alman maddi hukukunda yer alan §816 I 2 BGB gibi somut bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca sebepsiz zenginleşenin zenginleşme konusu şeyi üçüncü bir kişiye ivazsız olarak devretmesi durumunda, zenginleşme alacaklısının üçüncü kişiye karşı direkt istemi söz konusudur. İsviçre doktrininde ivazsız kazanımlarda aynı çözümün ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız ve Türk hukuku açısından geçerli olan görüş §816 I 2 BGB’nin çözümünün İsviçre hukukunda da uygulanabileceğidir. (Sieber Lorenz, **a.g.e.**, s.88-89, VonTuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 497 vd. ve 515 ; Voser, **a.g.e.**, s.232; Bucher, **a.g.e.**, s.677vd.; Rusch/Bornhauser, **a.g.e.**, s.1138) (bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.) §816 I 2 BGB’nin çözümünü ileri süren görüş taraftarları bu çözüme ZGB m. 933’ün (TMK m. 988) dar yorumlanmasına dayanarak,, OR m.239/1’den (TBK m.285/1) bağışlama sözleşmesinin bağışlayanın sadece kendi malvarlığından kazandırma durumunda geçerli olacağından dolayı İsviçre hukukunda varmaktadırlar. (Arnold F. Rusch, “**Schadenersatz für entgangenes Erbe?**” AJP 2012, Zurich,2012, s.678)

kişinin sebepsiz zenginleşme isteminde bulunan taraf ile üçüncü kişiye kazandırmada bulunan taraf arasındaki hukuki ilişkiyi bilemeyeceğine ve üçüncü kişinin tarafı olduğu ilişkiden dolayı bir kazandırma ortada olacağından iadenin de bu ilişkiye uygulanacak hakimiyeti altında olması gerektiğinden) hakim olacağına dayanmaktadırlar¹¹⁴⁷. Bu yazarların gerekçesi de üçüncü kişinin menfaatinin korunmasının kanunlar ihtilafı hukukunda da göz önünde bulundurulması gerektiğidir¹¹⁴⁸. Örneğin bu görüşe göre : satıcı S ile alıcı (A) arasındaki yabancılık unsuru içeren ve Alman hukukunun hakim olduğu satım sözleşmesi geçersiz olup, (A) aldığı malı (Ü)'ye İsviçre hukukunun hakimiyeti altına olan sözleşme ile bağışlarsa ve (Ü)'nün de söz konusu şeyi tüketmesi durumunda; -(Ü)'nün (A) ile (S) arasındaki hukuki ilişkiyi bilemeyeceğinden ötürü- (S)'nin (Ü)'ye karşı sebepsiz zenginleşme istemi (Ü) ile (B)'nin arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Halbuki maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda da ele aldığımız üzere (S)'nin (Ü)'ye karşı istemi maddi hukuk bağlamında bir edim dışı zenginleşme istemidir. Böylece salt maddi hukuk yaklaşımından yola çıkılacak olunsaydı, (Ü)'nün öngöremeyeceği rastlantısal bir yer hukukunun -(Ü)'nün (A) ile arasındaki ilişkiye güvenmekte olmasına rağmen- zenginleşmenin gerçekleştiği yer olduğundan dolayı uygulanması söz konusu olacaktı ve bu durum da taraf menfaatlerine aykırı olacaktı. Fakat belirtmemiz gerekir ki, bu hususa ilişkin görüşümüz farklıdır¹¹⁴⁹.

Özetle İsviçre doktrininde maddi hukukta belirtilen edimden ötürü ve edim dışı zenginleşme ayrımı her zaman kanunlar ihtilafı açısından gidilecek (IPRG 128/1-128/2) ayrımı ile örtüşmediğinin hakim görüş olarak kabul edilmekte olduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır.

¹¹⁴⁷ Kneller, **a.g.e.**, s. 964; Grawehr, **a.g.e.**, s. 173.

¹¹⁴⁸ Kneller, **a.g.e.**, s. 964.

¹¹⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm 2.2.2.7. altındaki açıklamalar.

3.3.3.3 Roma II Tüzüğü Bağlamındaki Yaklaşımlar

Roma II Tüzüğü m.10'da sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı normu düzenlenmiştir. Hemen belirtmemiz gerekir ki, aşağıda da ayrıntılı olarak belirteceğimiz üzere Roma I Tüzüğü m. 12/1-e hükmü uyarınca geçersiz sözleşmelerden dolayı iade istemlerinde Roma I Tüzüğü uygulama alanı bulacağından, bu istemlerde Roma I Tüzüğü uyarınca tespit edilecek olan sözleşme statüsünün hakim olacağı kabul edilmektedir. Kısacası Roma I Tüzüğü m. 12/1-e özel bir hüküm olarak, Roma II m.10'dan önce uygulama alanı bulmaktadır.

Roma II Tüzüğü m. 10¹¹⁵⁰ hükmünde tıpkı İsviçre düzenlemesi (IPRG Art. 128) ve Türk düzenlemesinde (MÖHUK m. 39'da) olduğu gibi “edim” ibaresine yer verilmemiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında fer'i bağlama noktası kabul edilmiş ve var olmayan borçlara ilişkin ödemeler de dâhil olmak üzere¹¹⁵¹ sebepsiz zenginleşmeye, söz konusu sebepsiz zenginleşme ile yakın bağı bulunan -sözleşme

¹¹⁵⁰İngilizce Metni : “1. *If a non-contractual obligation arising out of unjust enrichment, including payment of amounts wrongly received, concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a tort/delict, that is closely connected with that unjust enrichment, it shall be governed by the law that governs that relationship.*

2. *Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1 and the parties have their habitual residence in the same country when the event giving rise to unjust enrichment occurs, the law of that country shall apply.*

3. *Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 or 2, it shall be the law of the country in which the unjust enrichment took place.*

4. *Where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of unjust enrichment is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1, 2 and 3, the law of that other country shall apply.”*

¹¹⁵¹ Madde metnin somut biçimde “var olmayan borçlara ilişkin ödemeleri”de de fer'i bağlama noktasının uygulanacağını açıkça düzenlenmesiyle doktrindeki görüş ayrılıklarına ve vasıflandırma problemine son verilmek istendiği ortadadır. Zira söz konusu hallerin mevcut ya da mevcut olduğu varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukunun mu yoksa zenginleşmenin gerçekleştiği yer hakimiyetinde olup olmadığı tartışmalıydı.

ya da haksız fiil gibi- taraflar arasındaki “ilişkiye”¹¹⁵² uygulanacak hukukun hakim olacağı düzenlenmiştir. İkinci paragrafta ise, ilk parafa dayanarak uygulanacak hukuk tespit edilemiyor ve tarafların da sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet veren olayın gerçekleştiği anda mutad meskenlerinin aynı ülkede olması durumunda o ülkenin hukukunun uygulanacağı; üçüncü paragrafta ise ilk ve ikinci paragrafa göre uygulanacak hukuk tespit edilemiyorsa sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanacağı; nihayet son paragrafta ise sebepsiz zenginleşmeden doğan sözleşme dışı borç ilişkisi bütün koşullar altında –dikkate alındığında- diğer ilk üç paragraftan başka bir ülke ile “açıkça” (*manifestly/ offensichtlich*) daha sıkı irtibatlı ise o devlet hukukunun uygulanacağı kaleme alınmıştır. Ayrıca, Roma II Tüzüğü sisteminde de m.14 hükmü ile hukuk seçimi imkanı taraflara sunulmuş ve bu hüküm uyarınca taraflarca seçilecek hukuk uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere söz konusu normun ilk paragrafında açık bir şekilde “edim” ibaresine yer verilmemiş; tek kıstas olarak arada “ilişkinin varlığı”¹¹⁵³ vurgulanmıştır. Dikkat edilirse, Roma II Tüzüğü m. 10/1’de İsviçre IPRG Art. 128/1 ve MÖHUK m. 39’dan farklı olarak “varsayılan”(vermeintlich) ya da “iddia edilen” ibarelerine yer verilmemiştir. Fakat bu düzenlemenin varsayılan bir hukuki ilişkiye bağlı olarak gerçekleşen sebepsiz zenginleşme hallerinin bu m. 10/1 kapsamı dışında kalacağı anlamına gelmemekte olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵⁴. Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin İsviçre IPRG Art. 128/1 ve MÖHUK m. 39/1 c.1 ile paralel olduğu ortadadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere otonom vasıflandırmaya ilişkin

¹¹⁵² Roma II Tüzüğü’nün 10. Maddesinin İngilizce metninde dikkat edilirse “hukuki ilişki” yerine salt olarak “ilişki” (*relation*) kavramına yer verilmiştir. Buna mukabil Almanca metninde ise, “hukuki ilişki”(Rechtsverhältnis) kavramına yer verilmiştir. Fakat bu durum feri bağlama noktasının amacı dikkate alındığında, Alman hukukçuları tarafından “varsayılan” hukuki ilişkiler açısından da m.10/1’in uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. (bkz. Thorn, (Rom II 10), **a.g.e.**, s. 2847 ,Rn. 7 ; Francis Limbach, “Artikel 10 Rom II”, **Rom-Verordnungen- Band 6**, (ed. Rainer Hüßtege/Heinz-Peter Mansel) , 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, s. 433)

¹¹⁵³ Tekrar Bkz. bir yukarıdaki dipnot

¹¹⁵⁴ Bkz. Limbach, **a.g.e. (Aritel 10 Rom II)**, s. 433 (Rn. 21);

açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere¹¹⁵⁵, otonom vasıflandırmanın kabul gördüğü Roma II Tüzüğü'nde, *lex fori* açıkça dışlanmakta ve söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının- m.10'un- amacının ve fonksiyonunun göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁵⁶. Bu anlayışla, farklı hukuk nizamlarında aynı amaca yönelik fakat farklı yaklaşımların üstünden gelinebileceği ayrıca belirtilmektedir¹¹⁵⁷. Bu açık düzenlemeler karşısında bir görüş farklılığı Roma II Tüzüğü'ne ilişkin bilimsel çalışmalarda mevcut değildir. İşte bu otonom vasıflandırmanın sonucu olarak da, maddi hukuklarda yer alan edimden ötürü ve edim dışı zenginleşme ayrımı dikkate alınmamakta olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁵⁸.

Roma II tüzüğü açısından (tıpkı İsviçre doktrininde olduğu gibi) yer alan müdahaleden ötürü zenginleşmelerin feri bağlama noktası ile tespit edilecek hukukun hakimiyetinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususla ilgili olarak iki görüş karşımıza çıkmaktadır.

¹¹⁵⁵ Bkz. Başlık No. 3.1.

¹¹⁵⁶ Schinkels, **a.g.e.**, s. 498 vd. ;Thorn, (Rom II 10), **a.g.e.**,s. 2846; Abbo Junker, “**Rom II-VO Art. 10**”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ed. Jan v. Hein), C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, 2018 s. 910 (Rn. 13) ;bkz. Gerhard Ring/Line Olsen-Ring, **Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2017, s. 89(Rn. 328); Roland Michael Backmann, “**Art. 10 Rom II-VO**”, Juris PraxisKommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht, (ed. Ingo Ludwig), juris GmbH, Saarbrücken, 2013, s. 997; Andreas Spickhoff, “**Art 10 Rom II-VO**”, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3(Ed. Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth), Verlag C.H. Beck, München, 2012, s. 2619,2620 (Rn. 3);Behrens, **a.g.e.**, s. 61 bkz. Matthias Lehmann/ André Duczek, **Grundfälle zur Rom II-VO**, JuS 9/2012, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/LS_Lehmann/Publikationen/Lehmann_-_Duczek_-_Grundfaelle_zur_Rom_II-Vo_-_in_-_JuS_2012_788_ff.pdfs. 788.(çevirimiçi) 14 Mart 2020;

¹¹⁵⁷Behrens,**a.g.e.**, s. 61.

¹¹⁵⁸Behrens,**a.g.e.**, s. 63.

Bir görüşe göre, müdahaleden ötürü zenginleşmelerin Roma II Tüzüğü m. 10/1 kapsamında mutlak bir şekilde olmadığıdır¹¹⁵⁹. Bu görüş taraftarlarınca müdahale anında taraflar arasındaki bir ilişkiden bahsedilemeyeceği savunulmaktadır. Burada *Huber/Bach*'ın¹¹⁶⁰ görüşü konuyla ilgili önem arz etmektedir. Yazarlar, tüzüğün hazırlanış sürecine göndermede bulunmuşlar; haksız fiillere uygulanacak hukukun düzenlendiği 4. Maddenin 3. Paragrafının ikinci cümlesinde yer alan haksız fiil ile daha sıkı ilişkili devlet hukukuna örnek olarak taraflar arasında yer alan “önceden mevcut olan” (*pre-existing/ bereits bestehend*) hukuki ilişki ibaresinin komisyon teklifinde başlangıçta aynı şekilde 10. Maddesinde yer almasına rağmen, 10. maddenin yürürlüğe “mevcut olan” (*existing/bestehend*) ibaresini içerir şekilde girdiğini ve komisyon teklifindeki bu değişikliğin bilinçli bir şekilde yapıldığına ilişkin de bir veri olmadığını belirtmektedirler¹¹⁶¹. Ayrıca, *Behrens* de tarafların menfaatlerinin göz önünde bulundurulması ve göz önünde bulundurabilecekleri bir statünün hakim olmasının gerektiğini vurgulayarak, fer'i bağlama noktası üzerinden haksız fiil statüsünün hakim olmasının ancak taraflar arasında – zenginleşme ile aynı anda gerçekleşen bir hukuki ilişki yerine- zenginleşme anında halihazırda bir hukuki ilişkinin olması durumunda mümkün olduğunu belirtmektedir¹¹⁶². Yazar, tüzüğün 4. Maddesi ile farklılığın bir öneminin olmadığını; haksız fiil statüsünün tespiti ile sebepsiz zenginleşme statüsünün tespitinin ayrı menfaat dengeleriyle alakalı olduğunu; sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelerle ilgili tarihsel süreçte de sebepsiz

¹¹⁵⁹Spickhoff, *a.g.e.*, s. 2620; Huber/Bach, “**Rome II Regulation**”, s. 294; Andrew A. Dickinson, **The Rome II Regulation : The Law Applicable to Non-contractual Obligations**, Oxford University Press, Oxford, 2010, N. 10.25; Behrens, *a.g.e.*, s. 79; Jan Kropholler / Jan Hein, “**Der postmortale Persönlichkeitsschutz im geltenden und künftigen Internationalen Privatrecht**”, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München, 2005, s. 809; Reithmann / Martiny, *a.g.e.*, n. 452; Junker, *a.g.e.*, s. 911.

¹¹⁶⁰ Huber/Bach, “**Rome II Regulation**”, s. 294.

¹¹⁶¹ Huber/Bach, “**Rome II Regulation**”, s. 294.

¹¹⁶² Behrens, *a.g.e.*, s. 79.

zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalarda da böyle bir yaklaşımın olmadığını ifade etmiştir¹¹⁶³.

Karşıt görüş ise, aynı zamanda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme taleplerinin birinci paragraf kapsamında olduğu ve böylece haksız fiil statüsünün fer'i bağlama noktası gereği hakim olacağı yönündedir. Bu görüşe göre, müdahalenin gerçekleşmesi ile taraflar arasındaki ilişki aynı anda doğmaktadır ve söz konusu madde metninde taraflar arasındaki ilişkinin daha evvelinden bulunmasının aranmadığı belirtilmektedir¹¹⁶⁴. Ayrıca bu görüş yazarları yukarıda bahsetmiş olduğumuz tüzüğün 4. Maddesinde “önceden mevcut olan” kavramına yer verilirken; 10.maddesinin ilk fıkrasında “mevcut olan” ibaresine yer vererek görüşlerini desteklemektedirler¹¹⁶⁵. Söz konusu görüş ile alakalı olarak *Limbach*'ın ifadeleri dikkat çekicidir: Yazara göre aynı zamanda haksız fiil olan müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmelere fer'i bağlama noktası ile haksız fiil statüsünün hakim olması, bilhassa İngiliz hukukçuları arasındaki Anglosakson hukukunda müdahaleden ötürü zenginleşmeye denk gelen “*restitution for wrongdoing*” kurumunun haksız fiil statüsünün mü sebepsiz zenginleşme statüsünün mü hakim olacağına ilişkin tartışmayı da her halûkarda haksız fiil statüsünün hakim olmasıyla yumuşatacağını belirtmiştir¹¹⁶⁶. Bu ana görüşü savunan yazarlar arasında ise karışma, işleme ya da yetkisi olmayanın geçerli tasarrufu gibi müdahaleden ötürü zenginleşme hallerinde 1. Paragrafın uygulanıp uygulanmayacağı arasında ayrılmaktadırlar. Bir kısım yazarlar, müdahalenin bir eşyaya ya da bir ayni hakka olması durumunda “hukuki ilişki” kavramının yeterli sayılarak, ayni karakterli iade ya da müdahalenin meni talepleri açısından örneğin malik ile zilyet ilişkisinden yola

¹¹⁶³A.e.,s. 80.

¹¹⁶⁴Bkz. Limbach, a.g.e.,s. 433; Schinkels, a.g.e., s. 508-509; Cheshire/North/Fawcett (Ed. J.J. Fawcett/ Janeen M. Carruthers), **Private International Law**, 14. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 827 ; Thorn, (Rom II 10), a.g.e.,s. 2847 ; Backmann, a.g.e., s. 997. Dörner, a.g.e., s.2857.

¹¹⁶⁵ Bkz. bit yukarıdaki dipnottaki eserler.

¹¹⁶⁶Limbach, a.g.e.,s. 433

çıkarak *lex rei sitae*’nin hakimiyetini dahi kabul etmektedirler¹¹⁶⁷. *Thorn*, bu hususa ilişkin olarak müdahaleden ötürü zenginleşmelerin tamamı bakımından ortada bir “hukuki ilişkinin” mevcut olmasından ötürü fer’i bağlama noktasının uygulanması gerektiğini açıkça belirtmektedir ¹¹⁶⁸. *Thorn*’a göre müdahaleden ötürü zenginleşmelerin birinci paragraf kapsamına girmesi gerektiği mutlak surette önem arz etmekte olup, yazar ülkelerarası para transferinin gerçekleştiği hallerde olduğu gibi zararın gerçekleştiği yer ile zenginleşmenin gerçekleştiği yer farklı olacağından birinci paragraf kapsamının dikkate alınarak zararın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmektedir ¹¹⁶⁹. Buna karşılık diğer görüş ise, müdahaleden ötürü zenginleşmelerin ancak aynı zamanda haksız fiil olarak vasıflandırılabilceği durumlarda haksız fiil statüsünün fer’i bağlama noktası ile yetkili olabileceği ve haksız fiil teşkil etmeyen birleşme, karışma gibi durumlarda birinci paragrafın uygulama alanı bulamayacağıdır¹¹⁷⁰.

3.3.3.4 Türk Doktrindeki Yaklaşımlar

Türk doktrinde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk üzerinde yabancı doktrinlere nazaran çok daha az durulduğunu belirtmiştik. Genel çerçevede söz konusu MÖHUK m. 39/1 c.1 ve c.2 arasında da edimden ötürü – edim dışı zenginleşme ayırımına verilip verilmediği de Türk doktrinde detaylı olarak incelenmemiş, bu husus somut bir şekilde ele alınmamıştır¹¹⁷¹. Buna karşılık büyük

¹¹⁶⁷ Limbach, **a.g.e.**, s. 433-434; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847 (Rn. 8)

¹¹⁶⁸ Thorn, **a.g.e.**, s. 2847 (Rn. 8 ve ayrıca 10).

¹¹⁶⁹ Thorn, **a.g.e.**, s. 2847 (Rn. 8 ve ayrıca 10).

¹¹⁷⁰ Bkz. Junker, **a.g.e.**, “Rom II-VO Art. 10”, s. 914.

¹¹⁷¹ Konu hakkında tek somut ifadelerle Özel tarafından yer verilmiştir. Söz konusu eserde *lex fori* vasıflandırma kabul edildiğinden ötürü , aşağıda da belirttiğimiz üzere edim dışı zenginleşmeleri zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olduğunu kabul edilmektedir. (Özel, **a.g.e.**, s. 764-765.)

ölçüde benzerlik arz eden İsviçre kanunlar ihtilafı normuna ilişkin İsviçre doktrininde bu husus yukarıda belirtildiği üzere detaylı olarak ele alınmıştır¹¹⁷².

Türk doktrininde birçok yazar tarafından “mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkiden” anlaşılması gerekenin (veya kapsamının) ne olduğuna yer verilmediğini gözlemlemekteyiz ve bu hususun paralelinde MÖHUK m.39/1 c.1 kapsamına salt olarak edimden ötürü zenginleşme hallerinin girip girmediği de ele alınmamıştır¹¹⁷³. Türk doktrindeki kaynaklarda birbirleri ile paralel olarak sebepsiz zenginleşmenin salt *lex fori* olarak vasıflandırmakta olduğu göze çarpmaktadır¹¹⁷⁴. Söz konusu eserlerde özetle karışma veya birleşme halleri taraflar arasında hukuki bir ilişkinin olmadığı hallere örnek gösterilerek, sebepsiz zenginleşmeye bu hallerde MÖHUK m. 39/1 c.2 uyarınca yer değiştirmenin (çoğalmanın) meydana geldiği devlet hukuku uygulanacağı belirtilmektedir¹¹⁷⁵. Yazarlar tarafından, MÖHUK m. 39’da edimden ötürü – edim dışı zenginleşme ayrımına yer verilip verilmediği anlaşılmamaktadır. Özel tarafından ise, kendisi tarafından açıkça *lex fori* vasıflandırma kabul edilmekle birlikte, somut bir şekilde edim dışı zenginleşmelerin topyekûn (somut bir şekilde müdahale zenginleşmeleri , masraf zenginleşmeleri ve rücu zenginleşmeleri de belirtilerek) zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun

¹¹⁷² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.2.

¹¹⁷³ bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, (17. Bası),s. 490 vd. ; Nomer, **a.g.e.**, s. 367; Tekinalp / Uyanık, **a.g.e.**, s. 374 vd. ; Doğan, **a.g.e.**, s. 414 vd. ; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 305 vd. ; Akıncı, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹⁷⁴ Türk Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde birçok yazar tarafından malvarlığında yer değiştirme, diğer tarafın zararına, aleyhine gibi ifadelerden de – sebepsiz zenginleşmede “fakirleşme” şartının aranması gereken iç hukukumuzdaki görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bundan da yazarlarca “lex fori” vasıflandırmaya yer verildiği sonucu bize göre çıkmaktadır. (bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, (17. Bası), s. 490; Nomer, **a.g.e.**, s. 367; Tekinalp / Uyanık, **a.g.e.**, s. 374 ; Doğan, **a.g.e.**, s. 414) Halbuki sebepsiz zenginleşme bazı hukuk nizamlarında “fakirleşme” – malvarlığının yer değiştirmesi-olgusundan ari olarak kabul edilmekte ve ayrıca Türk hukuku açısından da bu husus tartışmalıdır. Ayrıca Özel tarafından açık bir şekilde *lex fori* vasıflandırmada bulunulması gerektiği kabul edilmiştir. (bkz. Özel ,**a.g.e.**, s. 745 vd.)

¹¹⁷⁵ bkz. 1176 no.lu dipnotta yer alan eserler.

uygulanacağı (eMÖHUK m. 26) ifade edilmiştir¹¹⁷⁶. Ayrıca, Özel tarafından salt *lex fori* vasıflandırma kabul edildiğinden dolayı da "edim"den anlaşılması gerekenin maddi hukuk anlamında edim olacağı sonucu çıkmaktadır. Halbuki yukarıda ele aldığımız üzere edim ayrımının yapıldığı EGBGB Art. 38'e ilişkin Alman doktrindeki tartışmalarda edimden maddi hukuk anlamında edimin anlaşılması gerektiği görüşü hakimdir¹¹⁷⁷.

3.3.3.5 Görüşümüz

Yukarıda karşılaştırmalı olarak söz konusu sorunsalı ve buna ilişkin görüşleri ele aldık. Görüleceği üzere MÖHUK m. 39'da, tıpkı İsviçre düzenlemesinde ve Roma II Tüzüğü m. 10'da olduğu gibi somut bir şekilde sebepsiz zenginleşme talebinin edime dayalı olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna mukabil MÖHUK m. 39'da kanun koyucu açısından göz önünde bulundurulacak kıstas -İsviçre ve AB düzenlemesi ile benzer şekilde- taraflar arasında " mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen" hukuki ilişkinin varlığıdır.

Eğer salt *lex fori* vasıflandırılmada bulunulursa şu sonuç ortaya çıkacaktır: Bu vasıflandırma yöntemiyle vasıflandırmada bulunulması halinde taraflar arasında hukuki bir ilişkiden bahsedebilmek için ortada edimden ötürü zenginleşmenin söz konusu olması gerekecektir. Acaba bu sonuç milletlerarası hukuk hakkaniyetine ve MÖHUK m. 39/1 c.1'de yer verilen fer'i bağlama noktasının amacına uygun olacak mıdır? Birinci bölümde ifade ettiğimiz üzere, sebepsiz zenginleşme kurumu maddi hukuk alanında hakkaniyet düşüncesi gereği ortaya çıkmış bir kurumdur. Kanunlar ihtilafı hukuku düzleminde de - tıpkı tarihsel süreçte de ele aldığımız üzere- *lex causae conditionis*'in amacı dikkate alınmalıdır¹¹⁷⁸. Ayrıca ele aldığımız üzere gerek farklı hukuk sistemlerinde maddi hukuk açısından sebepsiz zenginleşme

¹¹⁷⁶ Özel, **a.g.e.**, s. 764-765.

¹¹⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.1.

¹¹⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 2.1.2.5.'te yer alan açıklamalar.

kurumunun farklı olarak düzenlenmesi , gerek ise aynı amaca hizmet eden değişik hukuk düzenlemelerinin enstrümanlarının (aşağıda belirttiğimiz üzere sebebe bağlılık ilkesi gereği istihkak istemi veya hukukumuzla tamamıyla yabancı bir Anglosakson hukuku müessesesi olan “constructive trust”¹¹⁷⁹ vs. gibi) kabul edilmesi sebebiyle bağlama konusu olarak “sebepsiz zenginleşme” amaca uygun olarak -fonksiyonel-vasıflandırılmalıdır. Ayrıca tekrar ifade etmemiz gerekir ki, kanun koyucu açık bir şekilde "edim" kıstasını -Alman düzenlemesi olan EGBGB Art. 38’den farklı olarak- kabul etmemiştir. Ayrıca taleplerin yarışması açısından da (tipik örnek olarak haksız fiilden doğan alacak talebi ile sebepsiz zenginleşme talebinin bir arada bulunup bulunmayacağının hangi statüye tabi olacağı sorunu) bir çok problem söz konusu olabilecektir. Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına sadece "edimden ötürü zenginleşmeler" girmemelidir ve müdahaleden ötürü zenginleşmelerde de MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca feri bağlama noktası uygulanmalıdır.

Bu görüşümüzü daha anlaşılır kılmak adına bu noktada örnek üzerinden açıklamamız uygun olacaktır. Yukarıda da vermiş olduğumuz bir örneği tekrar ele almamız uygun olacaktır:

Fransa’da geçici olarak yaşayan Türk Vatandaşı (T), Fransa’daki yan komşusu ve yine Türk vatandaşı olan (E)’nin evinden kaçak elektrik kullanmaktadır. Bu duruma içerlenen (E) , Türkiye’ye dönen (T)’ye karşı onun daha evvel (E)’nin elektrik tesisatlarındaki tamirattan doğan yanlışlıktan kaynaklandığı savunmasına dayanabileceğini bildiğinden ve yargılamanın daha kısa sürmesini istemesinden ötürü, (T)’nin kusuruna dayanmaksızın sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunmaktadır¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.4.

¹¹⁸⁰ Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin yarışabileceği kabul edilen Türk hukukunun aksine Fransız hukukunda, haksız fiilin varlığının sebepsiz zenginleşmeyi dışlamakta olduğunu hatırlatmamızda yarar var. : Bkz. Peter Huber/Ivo Bach, “Art. 10” , **Rome II Regulation Pocket Commentary** (Ed. Peter Huber), Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 288;

Yukarıdaki örnekte görüleceği üzere (E), (T)'ye karşı haksız fiile dayalı onun kusuruna dayanarak istemde bulunursa, her iki tarafın Türk vatandaşı olduğu dikkate alındığında da (tartışmaya açık olmakla ve kabul etmememizle birlikte) MÖHUK m. 34/3 uyarınca Türk vatandaşı olan taraflar arasındaki borç ilişkisi doğduğundan daha sıkı ilişki sebebiyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği görüşü gündeme gelebilecek¹¹⁸¹, buna karşılık MÖHUK m. 39'in lex fori vasıflandırılması durumunda ise MÖHUK m. 39 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer olan Fransız hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu yaklaşımda (E)'ye aynı hayat ilişkisine -onun adeta keyfine göre- farklı hukukun uygulanmasını sağlaması şeklindeki bir seçim hakkı verilmektedir. (E)'nin diğer tarafın kusuruna dayanıp haksız fiile dayalı bir istemde bulunursa Türk hukukunu; sebepsiz zenginleşme talebinde bulunursa Fransız hukukunun uygulanmasını sağlaması mümkün olabilecektir. Bu yaklaşım, tarafların eşit menfaatlerine uygun düşen bir çözüm olmayacaktır¹¹⁸². Buna karşılık bizim görüşümüz uyarınca, tek bir hayat ilişkisinden doğan ihtilafa tek bir hukuk hakim olmalı ve taraflardan birine menfaatler dengesini gereğinden fazla değiştirecek

Tartışmalı olmakla birlikte Türk-İsviçre doktrininde ve uygulamasında hakim görüş taleplerin yarışmasını kabul etmektedir: **Yargıtay 4. HD. , 22.10.1984, 1984/4791 E., 1984/7800K.;** Rona Serozan, s. 807; bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.978; İnan/ Yücel, **a.g.e.**, s.504; Theo Guhl/ Alfred Koller,**a.g.e.**, s. 222. Hahn,**a.g.e.**, s. 1376 ; Bucher, **a.g.e.**, s. 662.

¹¹⁸¹ Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 354: *"Haksız fiil taraflarının aynı devlet vatandaşı olması onların müşterek millî hukuklarının tatbiki için çok kuvvetli bir gerekçe olmakla beraber, her şeye rağmen prensip yine de ika yeri hukukunun haksız fiillere hakim olmasıdır."* ve ayrıca bkz. s. 358 vd.

¹¹⁸² Türk doktrininde Özel ise, bu durumun aksine talepte bulunan tarafa seçimsel bir yetki verilmesini kabul etmektedir. (bkz. Özel,**a.g.e.**, s. 749.) Yazar tarafından açıkça belirtilmemiş olsa da, taleplerin yarışmasına lex fori'nin uygulanacağı sonucuna vardığı gözlemlenmektedir. Halbuki, taleplerin yarışmasına uygulanacak hukukun tespiti ayrı bir kanunlar ihtilafı hukuku sorunsalıdır. Yukarıdaki örnekte belirttiğimiz üzere, Fransız hukukunda sebepsiz zenginleşme ile haksız fiil isteminin yarışamayacağı kabul edilmektedir ve bu durumda da taleplerin yarışmasına hangi hukukun uygulanması gerektiği sorunu doğmaktadır. Yalnız belirtmemiz gerekir ki, "feri bağlama noktası"nın bir fonksiyonu da bu sorunu ortadan kaldırmasıdır. Taraflar arasındaki veya iddia edilen hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk taleplerin yarışmasının mümkün olup olmayacağı hususuna doğal olarak hakim olacaktır. Bkz. Girsberger/Gassmann, **a.g.e.**, s. 338.

şekilde bir yetki verilmemelidir. **Nitekim fer’i bağlama noktasının amacı ve fonksiyonu aynı hayat ilişkisine ilişkin taleplerde farklı hukuk nizamlarının hakim olmasını engellemektir**¹¹⁸³. Verdiğimiz örneğe dönecek olursak; (E)'nin sebepsiz zenginleşmeye dayalı isteminde de haksız fiil statüsü hakim olacaktır. Zira belirttiğimiz üzere taraflar arasındaki hukuki ilişki geniş olarak söz konusu kanunlar ihtilafı normunun (MÖHUK m. 39) amacına uygun olarak yorumlanmalıdır. Böylece müdahaleden ötürü zenginleşmelerde fer’i bağlama noktası uyarınca haksız fiil statüsünün uygulanması mümkün olacaktır.

Yukarıda aynı zamanda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü zenginleşme taleplerinin yanı sıra salt olarak karışma, birleşme ve işleme gibi hallerde hangi statünün hakim olacağını belirlememiz gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Türk doktrinde birçok yazar tarafından taraflar arasında “hukuki bir ilişki” olmadığından zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı belirtilmiştir. Buna mukabil, Roma II m.10’a ilişkin ve İsviçre düzenlemesi IPRG Art. 128’a ilişkin tartışmalarda ise yukarıda belirttiğimiz üzere bu durum tartışmalıdır. Bizim görüşümüze göre burada, taraflar arasında hali hazırda bir hukuki ilişki var ise ve o hukuki ilişkinin karışma, birleşme veya işleme ile bağlantısı mevcut ise; o hukuki ilişkiye uygulanacak statünün hakim olmasının kabul edilmesi gerekir. Dikkat edilmelidir ki, buradaki bağlantının bir edim ilişkisi şeklinde olmasına da gerek yoktur ve taraflar, bir hukuki ilişki içerisinde olmaları durumunda o ilişkinin statüsünü karşılıklı olarak öngörebilecek durumdadırlar. Bunun da klasik örneği, eser sözleşmesi kapsamında yüklenici ile iş sahibinin sözleşme dışı eşyalarının birleşmesi, işlenmesi gibi haller sebebiyle iş sahibinin yükleniciye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunmasıdır. Burada taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişki yani sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Zira tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklı olarak öngörebilecekleri bir statü olarak fer’i bağlama noktası aracılığıyla sözleşme statüsünün hakim olacağını kabul edilmesi de taraf menfaatleri açısından daha uygundur. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşmenin

¹¹⁸³ Bkz. Girsberger/Gassmann, **a.g.e.**,s. 338.

geçersiz olması durumunda da çözüm aynı olacaktır. Bu durumda da fer’i bağlama noktası vasıtasıyla sözleşme statüsünün hakim olması taraflar açısından öngörülebilir nitelikte ve böylece taraf menfaatlerine daha uygundur. **Görüleceği üzere “taraflar arasındaki veya iddia edilen hukuki ilişki” kavramının mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerekmektedir ve böylece zenginleşmenin gerçekleştiği anda taraflar arasında mevcut ya da iddia edilen hukuki bir ilişki var ise o ilişkiye uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşme istemine hakim olacaktır. Bu bakımdan “mevcut ya da iddia edilen hukuki” ilişki kavramının salt hukuki işleme indirgenmemesi gerektiği görüşündeyiz¹¹⁸⁴.**

Bir diğer husus da müdahaleden ötürü zenginleşmenin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmediği hallerdir. Bizim görüşümüz, bu tarzda gerçekleşen müdahaleden ötürü zenginleşmeler de MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girmesi gerektiğidir. Yukarıda verdiğimiz örnekten de bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Yalnız burada belirtmemiz gereken bir diğer husus ise, üst paragrafta belirttiğimiz ve örneklendirdiğimizden farklı olarak sözleşme gibi bir hukuki ilişkinin söz konusu olmaması durumunda, örneğin zilyet ile malik arasındaki ilişkisinin MÖHUK m. 39’da yer alan “hukuki ilişki” kapsamına dâhil olup olmayacağıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere doktrinde bilhassa Roma II Tüzüğü m. 10’un uygulama alanı açısından bu husus tartışmalıdır¹¹⁸⁵. Burada aşağıdaki örneği yer vermemiz, daha yerinde olacaktır:

Türk vatandaşı (T) Gürcistan sınırına yakın olan arazisinde arıcılık yapmaktadır. (T)’ye ait kovanlarından birinden arı oğlu, Gürcistan’da arıcılık yapan (G)’nin boş kovanlarına göç etmiştir. (G) söz konusu arıları (Ü)’ye satmıştır. (T), (G)’ye karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunur.

¹¹⁸⁴ Aksi görüş için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, (17. Bası), s. 490.

¹¹⁸⁵ Bkz. Başlık No . 3.3.3.3.

Burada, (G)'nin arıların maliki olup olmadığı, (T)'nin iade isteminde bulunabilip bulunamayacağı *lex situs* gereği arıların son bulunduğu yer olan Gürcistan hukukuna göre tespit edilecektir ve (T)'nin sebepsiz zenginleşme istemi de fer'i bağlama noktası gereği MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca taraflar arasındaki söz konusu hukuki ilişki gereği *lex rei sitae* uygulama alanı bulacaktır. Görüleceği üzere burada da, zenginleşmenin gerçekleştiği yerden ziyade taraflar arasındaki mevcut ya da mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki gereği – fer'i bağlama noktası uyarınca- aynı hak statüsünün hakim olacağı kabul edilmelidir. Dikkat edilecek olunursa, burada aynı sonuç ortaya çıksa da MÖHUK m. 39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yerden ziyade fer'i bağlama noktası uyarınca sonuca ulaşmak gerekmektedir. Zira MÖHUK m. 39/1'de “edim” kavramından arî bir şekilde kabul edilen temel kıstas mevcut ya da mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişkidir.

3.3.4 Tasarruf İşleminin Sebebe Bağlı Olup, Olmadığı (Aynı Hak Statüsünün Uygulama Alanı) Sorunsalı

Bu vasıflandırma problemi edimden ötürü sebepsiz zenginleşmeler (MÖHUK m. 39/1 c.1) açısından söz konusudur.

Maddi hukukta sebepsiz zenginleşmeyi ele alırken, İsviçre'de hakim görüş olarak taşınırlarda tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemle illiliği – sebebe bağlılık-teorisinin kabul edildiğini yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik. Türk hukuku açısından ise taşınırlarla ilgili olarak tasarruf işleminin sebepten soyutluk prensibi görüşü ise hiç de azımsanmayacak kadar savunulmakta¹¹⁸⁶ ve tasarruf işleminin sebebe bağlılığı tartışmalıdır¹¹⁸⁷. Kısaca burada tekrar edecek olursak: “Sebebe

¹¹⁸⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 742 vd. ; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.124. vd.; İlhan Ulusan, **a.g.e.**, s.20 vd.

¹¹⁸⁷ Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 129; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 49; Cansel, **a.g.e.**, s. 350; bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 203.

bağlılık” prensibinde mülkiyet el değiştirmeyeceğinden edimden ötürü olan sebepsiz zenginleşmeye bağlı bir hak doğmayacaktır¹¹⁸⁸. Zira mülkiyet el değiştirmemiş olacak ve aynı hakka dayanan istihkak talebi “Vindikatio” söz konusu olacaktır. Buna mukabil, sebepten soyutluğun kabul edilmesi durumunda ortada geçerli bir tasarruf işlemi olacağından edimden ötürü, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade talebi söz konusu olacaktır.

Görüleceği üzere, salt *lex fori* vasıflandırmada bulunulduğunda ve (taşınırlarda tasarruf işleminin sebebe bağlılığı prensibinin kabulüyle maddi hukuk hükümleri göz önünde bulundurulduğunda) bir edimin iadesi “vindikatio” sınırına tabi olacaktır¹¹⁸⁹. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda da “*lex fori*” vasıflandırma açısından şu durum ortaya çıkacaktır: Ana kural olarak MÖHUK m. 21/1’de taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu devlet hukukuna tâbi olduğu; MÖHUK m.21/2’de taşınmakta olan mallar açısından varma yeri hukuku ve MÖHUK 21/3 uyarınca ise yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynı haklara ilişkin olarak ise malın son bulunduğu yer hukukunun uygulama alanı bulacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte MÖHUK m. 22 uyarınca ise hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı hakların ise menşee devlet hukukuna tabi olduğu kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeler karşısında; aynı tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğunun ilgili kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tayin edilecek hukuk yetkili olacaktır. Türk doktrininde bu husus belirtilmektedir¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁸ bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 203.

¹¹⁸⁹ Ayrıca bkz. Maren B. Eilinghoff, “**Das Kollisionrech der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem IPR-Reformgesetz von 1999**”, Peter Land GmbH, Frankfurt Am Main, 2004, s. 158.

¹¹⁹⁰ Bkz. bkz. Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 255 vd., bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 223 vd.; bkz. Ergin Nomer, **a.g.e.**, s., 300 vd. ; bkz. 6Doğan, **a.g.e.**, s. 349 .; bkz. Özel, a.g.e., s. 746-747; bkz. Ziya Akıncı , **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul,2020, s.73; bkz. Ekin Ömeroğlu, **Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi**, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul , 2016, s.218. <https://tez.yok.gov.tr> (çevirimiçi) 21 Nisan 2019.

Türk doktrininde Özel, mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde kaleme aldığı eserinde sebepsiz zenginleşme açısından *lex fori* vasıflandırmayı kabul etmekle birlikte; geçersiz bir sözleşmeye ilişkin olarak gerçekleştirilen ve konusu taşınır eşya olan edimlerinde öncelikle mülkiyetin geçip geçmediğinin ele alınması gerektiğini ve *lex rei sitae* kuralı gereği mülkiyetin geçmemesi durumunda eMÖHUK m. 26 hükmünün uygulama alanı olmayacağını ifade etmektedir¹¹⁹¹.Konunun önemine binaen şu örneği ve *lex fori* vasıflandırmayla gerçekleşen çözümü vermek yerinde olacaktır:

Türkiye’de kurulmuş olan şirket (T) ile Alman şirketi (A) arasındaki satış sözleşmesi uyarınca (T), satıcı olarak sözleşme konusu malları İsviçre’de (A) ’ya ait depoya teslim etmiş ve (A) da (T) ’ye sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemiştir. Taraflarca yapılan geçerli olan hukuk seçimine göre yetkili hukuk Alman hukuku olarak kararlaştırılmıştır^{1192 1193} . Sözleşme’nin lex causae –Alman hukuku- uyarınca geçersiz olduğunu ve (A) ’nın (T) ’ye ödediği bedeli (A) ’dan Türk mahkemesinde ikame ettiği dava ile iade talebinde bulunduğunu varsayalım. (A) ’nın (T) ’ye karşı ödenen bedelin iade istemi- ortada para iadesi talebi olduğundan ve böylece ortada aynı hak söz konusu olmayacağından- sebepsiz zenginleşme istemi olarak vasıflandırılacak ve MÖHUK m. 39/1 uyarınca“ mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuk” uyarınca lex causae olan Alman hukukuna göre sebepsiz zenginleşmeden doğan tasfiye ilişkisi uygulanacaktır. Buna karşılık, malların teslimine ilişkin olarak aynı tasarruf işlemi İsviçre’de gerçekleştiğinden ve MÖHUK m. 21/1 uyarınca tayin edilecek hukuk olan İsviçre hukuku

¹¹⁹¹Özel, **a.g.e.**, s. 745 vd.

¹¹⁹² Konumuzun dışına çıkmamak adına hukuk seçiminin geçerliliğini tayin edecek hukuka ilişkin detaylara girmemekteyiz. (konu hakkında bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 255vd.; Teknialp/Uyanık, **a.g.e.** , s. 276vd.)

¹¹⁹³ Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar arasında uyuşmazlıkta CISG m. 4 uyarınca, CISG uygulama alanı bulmayacaktır.

uyarınca tasarruf işlemi sebebe bağlı olarak kabul edildiğinden ve böylece geçersiz olacağından dolayı, (A) malların maliki olamayacaktır. Satıcı (T) 'nin aynı hakka dayanan vindicatio istemi İsviçre hukukuna tabi olacaktır.

İşte bu örnekte verildiği şekilde, Türk yargıcının önüne söz konusu taleplerin gelmesi durumunda salt *lex fori* vasıflandırmaya göre, örnekteki sözleşmeye uygulanacak hukuk (*lex causae*) olan Alman hukuku uyarınca geçersiz sayılan bir sözleşmenin tarafları arasındaki istemler¹¹⁹⁴, ortada karşılıklı bir edim ilişkisinden doğmasına rağmen, farklı hukuk nizamlarına tabi olacaktır. Taraflardan (T) İsviçre hukukuna göre istihkak “*vindicatio*” talebinde bulunabilecek; (A)'nın geçersiz sözleşmeye binaen ödediği bedelin iadesi istemi ise Alman hukukuna tabi olacaktır. Bu durumda ortada “*çifte vasıflandırma*” (*Doppelqualifikation*¹¹⁹⁵) söz konusu olmaktadır.

Görüldüğü üzere *lex fori* vasıflandırmayla salt maddi hukuk göz önünde bulundurulma yoluna gidilirse, MÖHUK m.21-22 uyarınca iade istemi aynı karakterli ise prensip olarak *lex rei sitae* kuralına göre tespit edilen hukuka tabi olacağından; aynı hakka uygulanacak hukuka ilişkin söz konusu kurallar MÖHUK m. 39/1 c.1'in uygulama alanını sınırlandıracaktır. Peki bu yaklaşım adaletli bir vasıflandırma yöntemi mi olacaktır ve kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının amacına uygun olacak mıdır? Bu bakımdan öncelikle karşılaştırmalı olarak bu durumu ele alıp görüşümüzü belirtmek yerinde olacaktır.

¹¹⁹⁴ MÖHUK m. 39 hükmünde açıkça düzenlendiği üzere ve aşağıda bir üst başlıkta ele aldığımız üzere uyumsuzluk konusu olayda ortada hukuki ilişki olup olmadığı, hukuki ilişki mevcut ise bunun geçerliliğinin o hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka -*lex causae* 'ye- göre tespiti gereklidir. (bkz. Özel , **a.g.e.**, s. 745; Günsel Öztekin Gelgel, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzniemesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 65)

¹¹⁹⁵ Busse,**a.g.e.**, s. 223.

3.3.4.1 İsviçre Hukukundaki Yaklaşımlar

Bu noktada **İsviçre doktrinindeki** hakîm görüş uyarınca söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının fonksiyonel-amaca uygun olarak vasıflandırılması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁹⁶. *Schnyder*, İsviçre’de sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olan kanunlar ihtilafı normu olan IPRG 128 hükmünün uygulama alanı açısından “ sebepsiz zenginleşme” kavramını, farklı hukuk nizamlarının aynı fonksiyonlara ait farklı hukuk enstrümanlarına (klasik örnek olarak Anglosakson hukukunda yer alan aynı karakterli olarak nitelendirilen “ Constructive Trust”) , bazılarının ise sebepsiz zenginleşme kurumunu tanımakla birlikte benzer fonksiyonu yerine getiren taleplere yer verildiğini (klasik örnek İstihkak talebi) belirterek, *fonksiyonel- amaca uygun vasıflandırmanın* gerektiğine yer vermektedir¹¹⁹⁷. *Kneller* ise, daha somut olarak, maddi hukuklar arasında tasarruf işleminin borçlandırııcı işlemle illiği ya da soyutluğuna bağlı olarak, kabul edilen sisteme göre bunun sebepsiz zenginleşme ya da istihkak iddiasına sebebiyet verebileceği; İngiliz hukukunda Kıta Avrupası sistemlerinden farklı olarak aynı karakterli “ constructive trust” müessesinin ele alındığı örneğine yer vererek *fonksiyonel- amaca uygun vasıflandırmanın* kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁶ Andrea Doss/Anton K. Schnyder,”IPRG 128”, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**,Schultess Verlag,Zurich, 2007, s. 3438; Michael W. Kneller, “Art. 128”, **Basler Kommentar Internationales Privatrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2007, s. 955; Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch, **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, Schultess Verlag,Zurich, 2000, s. 199 ; Krş. Kurt Siehr, **Das Internationale Privatrecht der Schweiz**, Schulthess Verlag, Zurich , 2002 s. 386: Yazar verdiği örnekte lex fori vasıflandırmada bulunmuştur.

¹¹⁹⁷ Schnyder/ Liatowitsch, **a.g.e.**,s. 199; Doss / Schnyder,”IPRG 128”, **a.g.e.**, s. 3438;

¹¹⁹⁸ Kneller, **a.g.e.**, s. 955

3.3.4.2 Alman Hukukunda “Roma I ve Roma II Tüzükleri” Öncesi Yaklaşımlar

Aynı doğrultuda **Alman doktrininde** de, Roma I ve Roma II Tüzüklerinin yürürlüğünden evvel de ve ayrıca halen sınırlı uygulama alanı olarak yürürlükte bulunan EGBGB Art. 38 hükmüne ilişkin olarak, fonksiyonel amaca uygun vasıflandırma görüşü bazı yazarlarca kabul edilerek vurgulanmıştır¹¹⁹⁹. Örneğin Alman doktrininde *v.Bar*, “tasarruf işlemi” statüsünün edimin iadesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir etkisinin olamayacağını; sadece edimin iadesinin yöntemine etkili olabileceğini ifade etmiştir¹²⁰⁰. *Busse* ise, iade talebinde bulunanın talebini malik olduğu iddiasına dayandırıyor ise aynı hak iddiası olarak talebin vasıflandırılmasını; buna karşılık ise talep sahibi malik olduğu iddiasına dayanmaksızın sebepsiz zenginleşme iddiasına dayandırıyor ise sebepsiz zenginleşme talebi olarak vasıflandırılması gerektiğini belirtmektedir¹²⁰¹. Ayrıca geçersiz sözleşmelere dayalı iade istemlerine ilişkin olarak, Roma I tüzüğünün uygulama alanından evvel Alman hukukunda AT Roma Konvansiyonu m. 10/1-eu uygun olarak kaleme alınan EGBGB 32/1 hükmünün 5. Bendi uyarınca sözleşme statüsünün, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına uygulanacağı düzenlendiğinden dolayı açık bir şekilde geçersiz sözleşmelerden dolayı iade istemlerinin sözleşme statüsüne bağlı olduğu kabul edilmiş olduğunu da bu çerçevede belirtmemizde yarar var¹²⁰². Bu

¹¹⁹⁹ Plassmeier, **a.g.e.**, s. 419; Christian v. Bar, **Internationales Privatrecht**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, s. 531 ; bkz. Jan Kropholler, **Internationales Privatrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 517; Dirk Looschelders, **Internationales Privatrecht- Art. 3-46 EGBGB**, Springer Verlag, Berlin, 2004, s. 574 vd.; bkz. *Busse, a.g.e.*, s.222-223:

¹²⁰⁰ V. Bar, **a.g.e.**, s. 535.

¹²⁰¹ *Busse, a.g.e.*, s.222-223.

¹²⁰² Bkz. Jan Kropholler, **Internationales Privatrecht**, Mohr Siebeck Verlag, 6. Auflage, Tübingen, 2006, s.516; Dorothee Einsele, “Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung”, **JZ**, **1993**, s. 1025 [jstor.org/stable/pdf/20821171.pdf](https://www.jstor.org/stable/pdf/20821171.pdf)(çevirimiçi) 21 Nisan 2020; Rainer Hüstege, **Internationales Privatrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2005, s.146; Stefan Schlosshauer-Selbach, **Internationales Privatrecht: Eine Einführung in die Grundlagen und das System der Fallbearbeitung**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, s. 91, V. Bar, **a.g.e.**, s. 533(Rn.

düzenlemeden evvel de dahi Alman Federal Mahkemesi ve Alman doktrininde tarafından da bu görüş – geçersiz sözleşmede verilenlerin iadesinin sözleşme statüsüne tabi olacağı kabul edilmekteydi¹²⁰³. Ayrıca, sözleşmenin önceden ya da sonradan geçersiz olmasının bir öneminin olmadığı da vurgulanmıştır¹²⁰⁴. Bu yaklaşımın temelinde geçersiz bir sözleşmeden tarafların karşılıklı taleplerinin aynı statüye tabi tutulmasının uluslararası karar ahengine hizmet ettiği de belirtilmektedir¹²⁰⁵. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, Alman kanunlar ihtilafı hukukunda sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme olan EGBGB Art. 38 hükmü halen yürürlükte olup, Roma II Tüzüğü m.1’de tüzüğün uygulama alanı dışındaki haller açısından uygulanabilir nitelikte olduğundan bu yaklaşımlar halen önemini korumaktadır.

3.3.4.3 Roma I ve Roma II Tüzükleri Bağlamındaki Yaklaşımlar

Ayrıca karşılaştırmalı olarak konuyla ilgili olarak mevcut **AB hukuku düzenlemelerini** de ele almamız önem arz etmektedir. Sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun tespiti açısından iki norm AB kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır: Bunlardan ilki sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme olan Roma I Tüzüğü m. 12/1-e hükmüdür. Roma Konvansiyonu m.10/1 düzenlemesinin, Roma I tüzüğünde böylece korunmuş

733);bkz. Kurt Siehr,**Internationales Privatrecht Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis**,C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2001,s. 261; Florian Kienle, **Internationales Privatrecht**, Luchterhand Verlag, Berlin, 2008, s.87(Rn. 203); Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn, **Internationales Privatrecht**, Verlag C.H. Beck , München ,2007, s.477.

¹²⁰³ BGH, Urteil vom 9. 3. 1979 - V ZR 85/77 (Köln)(NJW 1979, 1773)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Nisan 2020; bkz. Kropholler,**a.g.e.**, s. 516;bkz. Gerharg Kegel, **Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart,1961, s. 580-581; bkz. Arthur Nussbaum, **Deutsches Internationales Privatrecht**, Scientia Verlag, Aalen, 1974, s. 295.

¹²⁰⁴ V. Bar, **a.g.e.**,s. 533.

¹²⁰⁵ Bkz. Einsele, **a.g.e.**,s. 1025.

olduğunu görmekteyiz. Bu hüküm uyarınca, tüzükte yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bir sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına da uygulanacağı kaleme alınmıştır. Bunun sonucu olarak, geçersiz bir sözleşmeden kaynaklanan iade taleplerinde Roma I Tüzüğü uyarınca uygulanacak hukuk olarak –sözleşme statüsünün- yetkili olacağı kabul edilmektedir¹²⁰⁶. Zira 10. maddesinde sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının düzenlendiği Roma II Tüzüğü’nün 27. maddesi diğer özel düzenlemelerin Roma II Tüzüğü kurallarından öncelikli olduğunu düzenlemiştir. Kısacası, Roma I Tüzüğü uyarınca tespit edilecek olan sözleşme statüsü, geçersiz sözleşmeler sonucundaki tarafların iade talepleri açısından tek bir yetkili hukuk olarak uygulama alanı bulacaktır ve bu tartışma dışıdır¹²⁰⁷. Ayrıca bu norm başlangıçtan itibaren batıl olan sözleşmeler açısından da, sonradan geçersiz olan sözleşmeler açısından ileri sürülen edimlerin iadesi açısından da uygulama alanı bulmaktadır¹²⁰⁸. Kısacası bu norm uyarınca geçersiz bir sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilen edimlerin tarafların birbirlerine olan iade talepleri sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacaktır ve vasıflandırmaya ilişkin bir problem ortaya çıkmayacaktır.

Geçersiz sözleşme kapsamında gerçekleştirilen edimlerin iade taleplerine ilişkin ihtilaflar dışında ise Roma II Tüzüğü m.10 uyarınca yetkili hukukun tespit edileceği düzenlenmiştir. Roma II Tüzüğü’nün düzenleme çalışmalarında AB Komisyonu teklifinde gerek maddi hukuk gerek ise kanunlar ihtilafı hukuku kapsamında üye ülkelerde sebepsiz zenginleşme hukukunun olgunlaşmamış olduğu

¹²⁰⁶ Behrens, **a.g.e.**, s.62; Michael Isler, **Der Direktanspruch in internationalen Vertragsketten**, Schultess Verlag, Zurich , 2011 , s. 231; bkz. Francis Limbach, “Artikel 10 Rom II”, **Rom-Verordnungen- Band 6**, (ed. Rainer Hüßtege/Heinz-Peter Mansel) , 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, s. 428vd.; Karsten Thorn, “Rom II 10” , **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, 77. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, s. 2846 (Rn. 2846); Boris Schinkels, **Rome Regulations Commetary on the European Rules of the Confilict of Laws**, (ed. Galf-Peter Calliess), Wolters Kluwer, 2011, s. 500.

¹²⁰⁷ Bkz. 1210 no.lu dipnottaki eserler.

¹²⁰⁸ Limbach, **a.g.e.**, s. 430

ve farklılıklar olduğuna yer verilmiştir¹²⁰⁹: Otonom vasıflandırmanın kabul gördüğü Roma II Tüzüğü’nde, *lex fori* açıkça dışlanmakta ve söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının- m.10’un- amacının ve fonksiyonunun göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmektedir¹²¹⁰. Bu anlayışla, farklı hukuk nizamlarında aynı amaca yönelik fakat farklı yaklaşımların üstünden gelinebileceği ayrıca belirtilmektedir¹²¹¹. Bu açık düzenlemeler karşısında bir görüş farklılığı Roma II Tüzüğü’ne ilişkin bilimsel çalışmalarda mevcut değildir.

3.3.4.4 Anglosakson Hukukundaki Yaklaşımlara Bakış

Yukarıda tarihsel süreç ile alakalı olarak Anglosakson hukuk nizamları açısından doktrinde ve yargı kararlarında da sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından hakim bir görüşün olduğunu söylemek zor olsa da (bilhassa, önceleri geçersiz sözleşmelerde iade taleplerinde *lex situs*’un hakim olacağı şeklindeki görüşler ve uygulamaya da rastlanmaktaydı ¹²¹² .) amaca uygun-

¹²⁰⁹ Bkz. KOM/2003/0427

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52003PC0427>(çevirimiçi) 21 Ocak 2020. (ayrıca bkz. Behrens,**a.g.e.**,s. 60; huber/Bach, **a.g.e.**, s. 288)

¹²¹⁰ Andreas Spickhoff, “**Art 10 Rom II-VO**”, Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3(Ed. Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth), Verlag C.H. Beck, München, 2012, s. 2619,2620 (Rn. 3);Behrens, **a.g.e.**, s. 61; Schinkels, **a.g.e.**, s. 498 vd. ;Thorn, (Rom II 10), **a.g.e.**,s. 2846; Abbo Junker, “**Rom II-VO Art. 10**”,NomosKommentar BGB(Ed.Thomas Heidel/ Rainer Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel/Ulrich Noack), NomosVerlag, 2. Auflage, Baden-Baden,s. 910 (Rn. 13) ;bkz. Gerhard Ring/Line Olsen-Ring, **Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2017, s. 89(Rn. 328); Roland Michael Backmann, “**Art. 10 Rom II-VO**”, Juris PraxisKommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht, (ed. Ingo Ludwig), juris GmbH, Saarbrücken, 2013, s. 997.

¹²¹¹ Behrens,**a.g.e.**, s. 61.

¹²¹² Ayrıca örnek kararlar da dâhil olmak üzere bkz. Panagopoulos,**a.g.e.**,s. 62vd.;T. M. Yeo , **Choice of Law For Equitable Doctrines**, Oxford University Press, 2014, s. 310 vd. ; Michale Tilbury / Gary Davis / Brian Opeskin, **Conflict of Laws in Australia**, Oxford University Press, Singapore, 2002,971 vd.(Alt dipnotta yazan Macmillan Inc. V. Bishopsgate Investment Trust Plc (No.3) kararı belirtilmektedir.)

fonksiyonel vasıflandırmaya yer verilmekte olduğu da gözlemlenmekte¹²¹³ ve ayrıca *lex situs*'un uygulama alanının her zaman mutlak olmadığı da vurgulanmaktadır¹²¹⁴. Örneğin, bilhassa taşınırlara ilişkin olarak *lex situs*'un uygulanması açısından emsal nitelikte olan *Winkworth v Christie Manson and Woods Ltd*¹²¹⁵ kararında *lex situs*'un uygulama alanının bir istisnası olarak da alıcının iyi niyetli olmadığı hallerden bahsedilmiştir. Fakat bundan evvel belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda Roma tüzüklerinin uygulanmaya başlamasından evvel de; (AT Roma Konvansiyonu'nda¹²¹⁶ Birleşik Krallık'ın 22. maddeye dayanarak çekincesinden dolayı 10/1(e) maddesi ile bağlı olmamasına rağmen) açık bir şekilde geçersiz sözleşmenin sonuçlarının (AT Roma Konvansiyonu m. 10/1-e ve sonrasında uygulama alanı olan Roma I Tüzüğü

¹²¹³ Bkz. Lawrence Collins/ Adrian Briggs/Jonathan Hill/ J.D. McClean/ C.G.J. Morse , **Dicey and Morris on The Conflict of Laws**, 13. Edition, Sweet&Maxwell, London, 2000, s.1488: (34-009) (Rule 200) ; Lawrence Collins/ Adrian Briggs/Jonathan Hill/ J.D. McClean/ C.G.J. Morse , **Dicey and Morris on The Conflict of Laws**, 14. Edition, Sweet&Maxwell, London, 2006, s.1867: (34-009) (Rule 230); Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 66 vd. ; Peter North/J.J. Fawcett, **Cheshire and North's Private International Law**, 13. Edition, Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 1999, s.672; Michale Tilbury/Gary Davis/ Brian Opeskin, **Conflict of Laws in Australia**, Oxford University Press, Singapore, 2002, s. 971 vd. ; Stephen G.A. Pitel, “ **Chracterisation of Unjust Enrichment in the Conflict of Laws**”, Understanding Unjust Enrichment (Ed: Jason W. Neyers/ Mitchell McInnes / Stephen G.A. Pitel) Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 333vd. **Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust plc (No 3)** [1995] EWCA Civ 55, [1996] WLR 387: Söz konusu karar Anglosakson hukukunda sebepsiz zenginleşmenin salt *lex fori* olarak vasıflandırılmaması adına birçok kaynakta tartışılması açısından emsal olarak gösterilmektedir. Söz konusu kararda, davalının iyi niyet iddiasının; *lex fori* vasıflandırmaya yer verilseydi sebepsiz zenginleşme statüsüne yer verilecekken, *lex fori* vasıflandırmada bulunulmayarak talebin aynı hak statüsünde ele alınması açısından önem arz etmektedir. Kararın tam metni için bkz. <https://app.justis.com/case/macmillan-inc-v-bishopsgate-investment-trust-plc-no-3/overview/c4ydm1iZmXWca> (çevirimiçi) 21 Ocak 2020.

¹²¹⁴ Bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 67 vd.

¹²¹⁵ [1980] 1 Ch 496

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cblrt1&div=10&g_sent=1&casa_token=&collection=journals (çevirimiçi) 21 Ocak 2020; ayrıca bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 80-81 (ve ayrıca s. 67); Yazar burada davalının iyi niyet iddiası açısından *lex situs*'un hakimiyet olacağını söz konusu karar ile paralel olarak vurgulamaktadır.

¹²¹⁶ 80/934/EEC, 19.06.1980.

m. 12/1-e hükmü ile paralel olarak) sözleşmeye uygulanacak hukukun hakimiyeti altında olduğu görüşü (tartışmalı olmakla birlikte) hakimdi¹²¹⁷. *Dicey and Morris*'te (ve daha sonrasında *Dicey , Morris& Collins*'te ¹²¹⁸) bu husus ayrıca vurgulanmış olup; sözleşmeyle bağlantılı olarak gerçekleşen sebepsiz zenginleşme talepleri açısından bu yaklaşım çerçevesinde bir vasıflandırma problemi doğmamaktaydı¹²¹⁹. Bununla birlikte günümüzde Birleşik Krallık'ta “Brexit” sonrası da Roma I ve Roma II tüzükleri kuralları iç hukuka uyarlandığı için (“*The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (UK Exit) Regulations 2019 (SI 2019/834)*” Kanunu) bu somut düzenlemeler dikkate alınmaktadır.

3.3.4.5 Görüşümüz

Bizim görüşümüz, Türk hukukunda da MÖHUK m. 39 fonksiyonel-amaca uygun olarak vasıflandırılması gerektiğidir. Bu bakımdan salt maddi hukukta yer alan sebepsiz zenginleşme kalıbının dışında, bir kanunlar ihtilafı hukuk normu olan MÖHUK m. 39'un amacı göz önünde bulundurulmalıdır.

Unutulmamalıdır ki, hukuk nizamlarında sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilmemekle birlikte aynı fonksiyona sahip talepler tanınmış olabileceği (doktrinde verilen tipik örnek olarak Anglosakson hukukunda yer alan ‘Constructive Trsust’ ¹²²⁰) gibi, sebepsiz zenginleşmenin tanınmış olmasına rağmen aynı

¹²¹⁷ Kanada hukukunda bilhassa *Pettus v. Becker* kararında vasıflandırma

¹²¹⁸ Collins vd., *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, 13. Edition, s 1485 (34R-001/ Rule 200)

¹²¹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, Birleşik Krallık Roma Tüzüklerinden evvel üye ülkelerin taraf olduğu bir milletlerarası akit olan

¹²²⁰ Bkz. Schluep, *a.g.e.*, s. 179; Kneller, *a.g.e.*, s. 955: “Constrictive Trust” müessesesinde örneğin davalı çaldığı parayla bir ev alırsa, davacı evin üzerinde mülkiyet iddiasında bulunabilecektir. bkz. Panagopoulos, *a.g.e.*, s. 12.

fonksiyonu yerine getiren farklı taleplerin uygulama alanı (sebebe bağılıktan dolayı istihkak talebi gibi) mümkün olabilmektedir¹²²¹. Fakat farklı hukuk nizamlarında ayrı olarak formülize edilen istemlerin amaçları kimi zaman da aynı olabilmektedir. Ayrıca, MÖHUK m. 39/1 c.1’de fer’i bağlama noktasına (*akzessorische Anknüpfungspunkt*) yer verilmesindeki¹²²² temel amaç da iadeye ilişkin statünün farklı olmayıp tek bir potada toplanarak karmaşalara engel olmaktır¹²²³. Bir başka ifade ile kanun koyucunun amacının da mevcut veya kanundaki ifadesi ile “iddia edilen”¹²²⁴ - bir hukuki ilişki kapsamındaki iade istemlerinin farklı hukuk statüleri hakimiyeti altında olmasını engellemek olduğunu belirtmemiz mümkündür.

Bu vasıflandırma metodu bilhassa geçersiz sözleşmelere dayalı istemlere ilişkin olarak önem taşımaktadır. Örneğin, sebebe bağılıktan dolayı istihkak talebiyle ilgili geçersiz sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilen edimin iadesi ile sebepten soyutluk ilkesinin benimsendiği hukuk düzenlerinde geçersiz sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilen edimin sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi aynı amaca, yani boşa gerçekleştirilen edimin iadesi amacına yönelmektedir¹²²⁵. Hemen burada belirtmeliyiz ki, maddi hukukumuz açısından daha evvel belirttiğimiz üzere söz konusu istemlerin amacı aynı yöne yönelmektedir ki; sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak düzenlenen TBK m.81 hükmünün kıyasen istihkak taleplerinde de

¹²²¹ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s. 3438.

¹²²² tıpkı Roma II m.10 , EGBGB Art. 38, IPRG Art. 128, IPRG(Öst.) Art. 46’da da yer verildiği ve kabul edildiği gibi...

¹²²³ Aynı yönde bkz. Jan Kropholler, **Internationales Privatrecht**, Mohr Siebeck, 6. Auflage,Tübingen, 2006, s. 517.

¹²²⁴ Şöyle ki kanun koyucu yanlış bir kelime seçiminde bulunmuştur ve aşağıda ele aldığımız üzere bunun “varsayılan” olarak anlaşılması gerekir Bkz. Başlık No. 3.3.5.

¹²²⁵ Behrens,**a.g.e.**,s.62. (atfen bkz. Astrid Stadler, **Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion**, Tübingen, 1996, s. 683)

uygulanması görüşü doktrinde de ileri sürülmüştür¹²²⁶. MÖHUK m. 39/1 c.1'in fonksiyonel vasıflandırılması da uluslararası karar ahengine de hizmet edecek nitelikte olacaktır.

Sonuç itibari ile yukarıdaki örnek üzerinden de ele alacak olursak; (A)'nın (T)'ye karşı olan Alman hukukunun uygulanacağı sebepsiz zenginleşme istemine karşı olarak, (T)'nin (A)'ya karşı geçersiz sözleşmede belirlenen satış konusu mallarını karşı dava ile iade isteminde bulunursa, bu istemde de MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca "mevcut olduğu iddia edilen hukuk ilişkisine", yani somut olaydaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Alman hukukuna tabi olarak kabul edilebilecektir.

Söz konusu fonksiyonel-amaca uygun vasıflandırma metodu, aynı zamanda da üçüncü kişilerin edim konusunu oluşturan şeye ilişkin ayni hak iddiaları, bilhassa iyi niyetten ötürü iktisapları, varsa onu da etkilemeyecektir. Nitekim ayni hak taleplerinde prensip olarak uygulanan *lex rei sitae* kuralının da işlem güvenliği ve bilhassa üçüncü kişilerin haklarının korunması amacına hizmet ettiği düşünüldüğünde¹²²⁷, tarafların geçersiz bir hukuki işleme bağlı olarak gerçekleştirdikleri birbirlerine karşı olan -bir başka ifade ile aralarındaki- iade istemlerinin bağlama konusu olarak MÖHUK m. 39/1 c.1'in uygulama alanına sokulmasında bir sakınca da olmayacaktır. Kaldı ki, az evvel ifade ettiğimiz gibi taşınırlarda ayni hakkın kazanımına veya kaybına ilişkin olarak *lex rei sitae* kuralının temel fonksiyonu üçüncü kişilerin işlem güvenliğini sağlamaktır ki; MÖHUK'un aksine İsviçre düzenlemesinde taraflara üçüncü kişileri etkilememesi kaydıyla (IPRG 104/2) taraflara taşınırlarda ayni hak kazanımı ve kaybına ilişkin olarak çıkış

¹²²⁶ Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 521; Schwenger, **a.g.e.**, Rn. 56.13; Hahn, **a.g.e.**, s.1382; Huguenin, **a.g.e.**, s. 490; ayrıca bkz. Yves Rüedi, **a.g.e.**, s. 137 ve burada Rn.516'da yer alan eserler; Türk doktrinde bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 206,207.

¹²²⁷ Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 319; Ayrıca Anglosakson hukuk nizamlarında emsal olarak gösterilen

yeri hukuku, varma yeri hukuku ve işlemin temelinde olan hukuki işleme –örneğin sözleşmenin- uygulanacak hukuk arasında hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. (IPRG 104/1). Görüleceği üzere bu açıklamalarımız çerçevesinde Özel tarafından Türk doktrininde ileri sürülen *lex rei sitae* kuralı gereği tasarruf işleminin sebebe bağlı olmasına bağlı geçersiz tasarruf işlemi sebebiyle malik olanın iade talebinin ancak mülkiyet hakkına dayanmasıyla istenebileceği görüşüne¹²²⁸ katılmamaktayız. Söz konusu görüşün kabulünde bilhassa karşılıklı istemlerde – bilhassa tasfiyeye ilişkin- birçok belirsizlik söz konusu olabilecektir.

*Yukarıdaki örneği genişletecek olursak, alıcı (A) İsviçre’de teslim aldığı malları durumu bilmeyen üçüncü bir kişi olan (Ü)’ye satarak İsviçre’de ona teslim etsin. (T) de bu malların sözleşmenin geçersiz olduğu savıyla kendisinin olduğu iddia edip el koyarak Türkiye’ye gelsin ve (Ü) istihkak talebiyle Türkiye’de dava ikame etsin. Bu durumda (Ü)’nin istihkak iddiasına ilişkin olarak iddiasına *lex rei sitae* kuralı gereği işlem anında malların bulunduğu İsviçre hukuku uygulanacaktır ve ZGB m. 933 uyarınca, güvenin korunması prensibi gereği mülkiyet (Ü)’ye intikal etmiş olacağından (Ü)’nin davası kabul edilecektir¹²²⁹.*

Hemen belirtmemiz gerekir ki, MÖHUK m. 39’da AB düzenlemesinin (Roma I Tüzüğü m. 12/1-e) aksine, açık bir şekilde geçersiz sözleşmelerin sonuçlarında sözleşme statüsünün hakim olacağı şeklinde bir düzenleme olmaması, aksinin kabulü

¹²²⁸Krş. Özel, **a.g.e.**, s. 747)

¹²²⁹ İngiliz hukukunda da aynı yöndeki çözüm için bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 79: Yazar da şu örneğe yer vermektedir. İngiltere’deki işvereni (İ)’den para çalan (A)’nın, Fransa’da çaldığı para ile bir araba alıp, bu arabayı durumu bilmeyen (C)’ye satar ise, (İ)’nin (C)’ye karşı olan “trust” isteminde “*lex situs*” Fransız hukuku uyarınca iyi niyeti korunacaktır; Ayrıca .Anglosakson hukukunda sebepsiz zenginleşmenin vasıflandırılması adına birçok kaynaktan tartışılması açısından emsal olarak gösterilen Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust plc (No 3) kararında da (bkz. başlık no. 3.3.4.4.) davalı tarafın iyi niyetle aynı hak kazandıkları iddiası göz önünde bulundurularak, İngiliz mahkemesi *lex fori*’ye göre aynı hak statüsünde olmayan meseleyi aynı nitelikte vasıflandırarak New York hukukunun uygulanmasına karar vermiştir.

anlamına da gelemmez. Zira ayrıca ifade ettiğimiz üzere MÖHUK m. 39/1 c.1’de taraflar arasındaki var olan veya “varsayılan” –kanundaki yanlış tabirle “iddia edilen”- hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olmasındaki amacı ile MÖHUK m. 21-22 hükmünün amacı farklıdır ve taşınırлар açısından ise *lex rei sitae*’nin hakimiyeti o denli geniş olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. O bakımdan, geçersiz sözleşmelere ilişkin iade taleplerinde MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca sözleşme statüsünün hakim olmasının kabulü gerekir. Tek taraflı hukuki işlemler açısından da çözüm aynı olacaktır. Bu durumlarda, o hukuki işleme uygulanacak olan hukuk uygulanacaktır¹²³⁰. Kaldı ki, akit statüsünün kapsamına ilişkin sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliğinin akdin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabi olacağının düzenlendiği MÖHUK m. 32 I hükmü de görüşümüzü desteklemektedir. *Nomer*’in ifade ettiği üzere, akit statüsünün kapsamına ilişkin olan bu kuralın ardında yatan düşünce “*mümkün olduğu ölçüde sözleşme ilişkisine culpa in contrahendo’dan ifaya (veya sözleşmenin feshine) kadar, bütünüyle tek bir hukuk nizamına tabi tutarak maddi hukuk ahenginin temin edilmesidir*”¹²³¹. *Lex causae conditionis prensibi* de kanun koyucunun bu amacına hizmet etmektedir ve fonksiyonel vasıflandırma ile karşılıklı iade istemleri sözleşme statüsüne tabi olmalıdır.

Taşınmazlara ilişkin olarak ise *lex rei sitae*’nin hakimiyeti ise MÖHUK sisteminde m. 25’nin “Taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu devlet hukukuna tâbidir.” şeklindeki açık düzenlemesi uyarınca kabul edilmiş olduğundan dolayı, geçersiz sözleşmelerden doğan iade istemleri MÖHUK m. 39/1 c.1’in yollaması sonucu her halükarda *lex rei sitae* uygulanacaktır. Bu da Türk kanunlar ihtilafı hukuku bakımından bir vasıflandırma sorunsalı doğurmayacaktır.

¹²³⁰ Aynı yönde bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 333.

¹²³¹ *Nomer*, **a.g.e.**, s. 331.

3.3.5 Mevcut Olduğu “İddia Edilen” Hukuki İlişki Kavramı

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki mülga Kanun’un 26. Maddesinde salt olarak sebepsiz zenginleşmenin hukuki bir ilişkiye dayanması durumunda o ilişkinin tabi olduğu hukukun sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olacağı kabul edilmişti. Salt olarak hukuki ilişki kavramına yer verilmesi Türk doktrininde eleştirilmiş¹²³² ve nihayetinde mevcut düzenlemede (MÖHUK m. 39/1 c.1) “mevcut olduğu iddia edilen” hukuki ilişki kavramına yer verilmiştir. Yukarıda da ele aldığımız üzere MÖHUK m. 39/1 ile benzer düzenleme olan İsviçre IPRG Art. 128’de aslında söz konusu kavram Türkçeye “varsayılan” anlamına gelen “*vermeintlich*” ibaresine yer verilmiştir. Aşağıda bu başlıkta ele alacağımız ve örneklendireceğimiz üzere “iddia edilen” ibaresine yer verilmesi, aslında tarafların ortak varsayımları ve öngörülleri dikkate alınarak tespit edilecek “*lex causae conditionis*” yaklaşımına uymamaktadır.

Mevzuatımızdaki ifadesi ile “iddia edilen” hukuki ilişki kavramı dendiğinde ilk akla gelen geçersiz sözleşmeler sebebiyle ileri sürülen sebepsiz zenginleşme istemleri olduğunu belirtmemiz yanlış olmayacaktır¹²³³. Yalnız en başta belirtmemiz gerekir ki, her geçersiz sözleşmeye dayalı sebepsiz zenginleşme istemi MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamında değildir. *Lex Causae Conditionis* yaklaşımına ilişkin olarak tarihsel süreçte de bahsettiğimiz üzere, geçersiz sözleşmelerde zenginleşme isteminin sözleşme statüsüne tabi olup olmaması ilk ele alınan konuların başında gelmiştir.

¹²³²bkz. Günsel Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 65 ;Özel , **a.g.e.**, s. 745;

¹²³³ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 75vd. ; Roma II Tüzüğü m.10/1’de salt “hukuki ilişki” kavramına yer verilmiş olması, varsayılan hukuki ilişkilerin, doğal olarak geçersiz hukuki işlemlerin Roma II Tüzüğü m. 10 kapsamına girmediği azınlık görüş olarak ileri sürülmüştür. (görüşler için bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 75, dipnot 66; bkz. Busse, “**Internationales Bereicherungsrecht zwischen EGBGB-Reform und “Rom II**”, Die Recht der Internationalen Wirtschaft , 2003, s. 407; Cheshire/North/Fawcett (Ed. J.J. Fawcett/ Janeen M. Carruthers), **Private International Law**, 14. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 827) Fakat bu gerek Komisyon gerekçesinde gerek normun amacıyla tarihsel gelişimi dikkate alındığında ve ayrıca borçlanılmamış edimin ifasının m.10 I’de açıkça zikredilmesi karşısında kabul görmemiştir.

Kural olarak, tarafların somut hayat ilişkisinde tabi olunacak hukuka ilişkin olan ortak öngörüler ve doktrinde *Kneller'in* doğru ifadesi ile tarafların bağlanma arzusu “*Bindungswille*”¹²³⁴ sözleşme geçersiz olsa bile sözleşmeye uygulanacak hukuk üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunun aksi şekilde, tarafların ortak öngörüler ve bağlanma arzuları hilafına zenginleşmenin gerçekleştiği yer veya bir başka bağlama noktası yoluyla tespit edilecek bir hukuk taraf menfaatleri ile örtüşmeyecektir. Örneklerim :

Alman vatandaşı Alıcı (A) ile yayımcı Türkiye merkezli şirket (Y) arasındaki yayım sözleşmesi şekil şartı eksikliği ile geçersizdir. (Y) (A)'ya ödediği bedelin iadesini geri istemektedir.

Söz konusu örnekte açıkça anlaşılacağı üzere tarafların ortak bağlanma arzuları ve varsayımları dikkate alındığında sözleşmeye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olması gerekecektir.

Görüleceği üzere tarafların ortak “varsayımları” ve bağlanma arzuları kanunlar ihtilafı hukukunda taraf menfaatleri gereği ön plandadır. Bu husus da güncel doktrindeki görüşler (gerek Roma II Tüzüğü m. 10 gerek ise İsviçre IPRG Art. 128'e ilişkin) dikkate alındığında karşımıza çıkmaktadır¹²³⁵. Bu durumun açıklığı karşısında MÖHUK m.39/1 c.1'de kabul edilen “iddia edilen hukuki ilişki” kavramının, tutarlı olup olmadığını ele almamız gerekmektedir. Bu aşamada örneklendirmemiz ve iki ayrı örnek vermemiz yerinde olacaktır:

Türkiye merkezli (T) şirketi ile arasındaki Alman hukukunun uygulandığı sözleşmeden doğan para borcunu (T)'nin Türkiye'deki banka hesabına

¹²³⁴ Kneller,**a.g.e.**, s. 958.

¹²³⁵ Kneller,**a.g.e.**, s. 958; BGE 78 II 389; Grawehr,**a.g.e.**, s. 154; Schnyder / Liatowitsch, **a.g.e.**, s. 200; Kren Kostkiewicz,**a.g.e.**, s. 550; Behrens, **a.g.e.**, s. 75vd. ayrıca bkz. s. 81 vd.; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 33vd.

havale etmek isteyen Almanya merkezli (A) şirketi, hatayla bir başka Türkiye merkezli şirket (Ş) 'nin hesabına havalede bulunmuştur.

(A) 'nın sırf kendisini ortada bir hukuki ilişki yokken tek taraflı olarak kendisini borçlu sanarak hatayla (T) 'nin hesabına havalede bulunuyor.

İlk örnekte (A) 'nın (Ş) 'ye karşı sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK m. 39/1 c.1 'in salt olarak lafzı dikkate alındığında, sanki (A) (T) ile arasındaki sözleşmeye dayanarak – bu hukuki ilişkiyi iddia ederek- ödemede bulunduğundan dolayı sebepsiz zenginleşme istemine sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Alman hukuku hakim olacağı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İkinci örnekte ise, maddenin aynı şekilde lafzi yorumundan (A) (T) ile arasında mevcut bir hukuki ilişki bulunduğu iddiasıyla o hukuki ilişkiye uygulanacağını iddia ettiği hukuk uyarınca (T) 'ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceği gibi sakıncalı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Fakat bu şekildeki bir yorum kabul edilemez. “İddia etmek” ibaresi tek taraflı olarak bir kişinin savını ileri sürmek anlamına gelen tek taraflı bir eylem olduğundan, MÖHUK m. 39/1 c.1 'de bu ibareye yer verilmesi “*lex causae condictionis*” yaklaşımı açısından doğru olmamıştır. Bu bakımdan MÖHUK m. 39/1 c.1 'de “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” yerine “**tarafarla varsayılan hukuki ilişki**” ibaresine yer verilmesi daha yerinde olacaktı. Kanun koyucu tarafından belirtilen bu kavramsal yanlışla rağmen, “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki”den anlaşılması gereken taraflarla ortaklaşa varsayılan hukuki ilişki olmalıdır. Zira zenginleşenin hiçbir öngörüsü, varsayımı olmaksızın yabancı bir hukuka dayalı bir istemle karşı karşıya bırakılması kabul edilemeyecektir. Bu bakımdan yukarıdaki örnekler bakımından havale alıcısı olan (T) 'ye karşı ileri sürülecek sebepsiz zenginleşme istemlerinde MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır¹²³⁶¹²³⁷. Söz konusu her iki örnekteki istem

¹²³⁶ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 298; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 550; Kegel/Schurig, **a.g.e.**, s.715; v. Bar, **a.g.e. (1991)**, s. 534; bkz.Ring / Olsen-Ring, **a.g.e.**, s.90; Kropholler, **a.g.e.**, s. 517-518; Siehr, **Internationales Privatrecht**, Heidelberg, 2001, s. 263; Grawehr, **a.g.e.**, s. 181; Kneller, **a.g.e.**, s.

maddi hukukta “edimden ötürü zenginleşme” olmasına rağmen, kati surette MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girmeyecektir¹²³⁸. Böylece tekrar etmemiz gerekir ki,

966; Siehr, **a.g.e.** (2002), s. 387; Doss/Schnyder,**a.g.e.**, s. 3439; Schnyder/Liatowitsch, **a.g.e.**, s.200;Huber/Bach,**a.g.e.**, s. 296;Schinkels, **a.g.e.**, s. 509-510; Junker, **a.g.e.**, s. 914; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847 (Rn. 10); Huber, **a.g.e.**(EGBGB Art. 38) , s. 2437; Hohloch, **a.g.e.**, s. 6976.

¹²³⁷ bkz. Behrens, **a.g.e.**, s.82 ;Huber/Bach,**a.g.e.**, s. 296; (Roma II Tüzüğü’nde bu haller m.10/1 kapsamı dışında kalacak olup,sırasıyla diğer bağlama noktaları uygulanacaktır. Söz konusu normun ikinci fıkrası MÖHUK, IPRG ve EGBGB’den farklı olarak “müşterek mutad mesken”i bağlama noktası kabul ettiğinden ötürü ilk olarak tarafların müşterek mutad meskeni varsa o hukuk yoksa 3. Fıkra uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır.

¹²³⁸ İsviçre doktrininde kanunlar ihtilafı bağlamında edimden ötürü (Art. 128/1) – edim dışı zenginleşme (Art. 128/2) ayırımına yer veren yazarlar dahi ortada hatayla yapılan ödemeleri edim dışı zenginleşme kategorisi altında ele almaktadırlar. Halbuki İsviçre IPRG Art. 128’de tıpkı MÖHUK m. 39 ve Roma II Tüzüğü m.10/1’de olduğu gibi edimden ötürü – edim dışı zenginleşme ayırımına yer verilmemiştir. Örneğin Doss/Schnyder ve Kneller bu halleri özel edim dışı zenginleşmeler olarak belirtmektedir. (Doss/Schnyder,**a.g.e.**, s. 3439; Kneller, **a.g.e.**, s. 966). Yalnız kavramsal olarak maddi hukukta edimden ötürü zenginleşme olan bu tarzdaki istemleri (yukarıda verdiğimiz iki örnek ve diğer hataya dayalı üçüncü kişilere gerçekleştirilen havaleler gibi) edim dışı zenginleştirme olarak ele almanın hatalı olduğu görüşündeyiz. Bu yazarların düştüğü hata Alman kanunlar ihtilafı hukukuna (EGBGB Art. 38’e) ilişkin doktrindeki tartışmaları dikkate alarak edimden ötürü –edim dışı zenginleşme kavramlarına yer vermeyen IPRG art. 128 hükmünü ele almalarından kaynaklanmaktadır. Daha evvel yukarıda ele aldığımız üzere Alman kanunlar ihtilafı hukukunda EGBGB Art. 38 hükmü sistematik olarak ilk fıkrasında açıkça gerçekleştirilmiş bir edimden doğan sebepsiz zenginleşme taleplerinin o edimin bağlantılı olduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı ifade edilmiş; ikinci paragrafta ise korunan hukuki bir değere müdahaleden doğan zenginleşmeden kaynaklı istemlerde (kısacası müdahaleden ötürü zenginleşmelerde) , müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun – yani *lex loci actus*’un-hakimiyeti kabul edilmiş ve son paragrafta ise ilk iki paragraf dışındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinin ise zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olacağı ifade edilmiştir. Görüleceği üzere ilk fıkrada edimin taraflar arasındaki hukuki ilişki ile bağlantısının olması gerektiği aranmış, ikinci fıkrada müdahaleden ötürü zenginleşmeler dikkate alınmış, üçüncü fıkrada ise diğer zenginleşme hallerinin zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı ifade edilmiştir. Bir başka ifade ile hata ile üçüncü kişilere ifa hallerinde ortada edimin dayandığı bir hukuki ilişki olmadığından üçüncü fıkra uygulanacaktır. Roma II tüzüğü m.10 açısından da durum aynı olup m. 10/1’in uygulanmasının şartı zenginleşme ile hukuki ilişki

MÖHUK m.39’da edimden ötürü ve edim dışı zenginleşme gibi bir ayrıma yer verilmemesi yerinde olmuştur. Böylece temel kıstas olarak ele alınması gereken, sebepsiz zenginleşme ile taraflar arasındaki mevcut ya da varsayılan hukuki ilişki arasında bağlama olup olmadığıdır ve **“varsayılan hukuki ilişki”den bahsedebilmek için de bizim görüşümüz uyarınca tarafların ortak bağlanma istençleri (istekleri ve niyetleri) ve öngörülerinin varsayılan hukuki ilişki üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir.** Bu bakımdan MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilirken sebepsiz zenginleşme alacaklısı olduğu iddiasında bulunan tarafla, borçlu olduğu iddia edilen taraf arasında ortaklaşa varsaydıkları ve bağlanmak istedikleri bir hukuki ilişkinin tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan örneğin haksız fiil işlememesine rağmen kendisinin haksız fiil işleyerek borçlu olduğunu sanarak diğerk tarafın istemi dışında ona kazandırmada bulunulması (bir alacak iddiasında bulunulmaksızın banka havalesiyle ödemede bulunma) gibi durumlarda, ortada tarafların birlikte varsaydıkları bir hukuki ilişkiden bahsedilemeyeceğinden MÖHUK m.39/1 c.1 uygulama alanı bulmayacaktır ve mevcut düzenleme uyarınca MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekteleştiğı yer hukuku yetkili olacaktır¹²³⁹.

Yukarıda genel açıklamalar başlığı altında ¹²⁴⁰ taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tarafların iradesi ile olup olmamasının bir önem arz etmediğini; bunun tipik örneğinin de fazladan ödenilen nafakanın iadesi istemi olduğundan bahsetmiştik. Yabancı unsurlu bir hayat ilişkisinde, örneğin farklı vatandaşlıklara sahip kişiler arasındaki nafaka ilişkisi kapsamında nafaka yükümlüsü farklı ödemede bulunursa ortada mevcut ilişki olarak nafakaya uygulanacak hukuk MÖHUK m. 39/1 c.1

arasındaki bağ olduğundan üçüncü kişiye hata ile yapılan kazandırmalar m. 10/1 kapsamı dışında kalacaktır.

¹²³⁹ Burada ayrıca belirtmemiz gerekir ki, MÖHUK m.39’da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı bir istisna – kaçış – hükmüne yer verilmemesi ayrı bir tartışma konusudur. Örneğin tarafların ortaklaşa mutad meskenleri olması gibi durumlarda onlar için zenginleşmenin gerçekteleştiğı yerden daha az rastlantısal olan müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması mevcut düzenlemede mümkün değildir. (bkz. başlık no. 4.4.)

¹²⁴⁰ Bkz. Başlık No. 3.3.2.

uyarınca fer'i bağlama noktası olarak uygulanacaktır. Buna karşılık, ortada bir nafaka yükümlülüğü yokken, örneğin kendisini baba sanan kişinin çocuğa karşı ödediği nafakaların iadesini istediği durumda hangi hukukun hakim olacağını irdelememiz önem arz eder. Doktrinde *Schlechtriem* söz konusu durumlarda nafaka statüsünü fer'i bağlama noktasıyla uygulanmasını kabul etmiştir¹²⁴¹. Bu yaklaşım kural olarak doğru olmakla birlikte, bazı ayırık durumlarda bizim görüşümüze göre sebepsiz zenginleşenin tutumunun da dikkate alınmış olması gerekecektir. Burada kazandırmada bulunan –örneğin karşı tarafın bir istemi olmamasına rağmen kazandırmada bulunursa- MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası değil, mevcut düzenleme doğrultusunda MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. Örneklendirelim:

Bulgaristan vatandaşı (B), yıllardır görüşmediği fakat alt soyu sandığı Bulgaristan vatandaşı (Ç)'nin Bulgaristan'daki banka hesabına ona sormadan toplu bir şekilde nafaka ödemiştir. Halbuki (Ç) Türkiye'de üniversite eğitimi görmekte ve mutad meskeni Türkiye'dedir. Akabinde Bulgaristan'da yaşayan (B) (Ç)'nin kendi alt soyu olmadığını öğrenmiş ve Bulgaristan makamlarınca kesinleşmiş bir şekilde (B) ile (Ç) arasında soy bağı ilişkisi kalmadığına hükmedilmiştir. (B) (Ç)'ye topluca ödediği eğitim nafakasının iadesine yönelik olarak Türk mahkemesinde sebepsiz zenginleşme isteminde bulunmaktadır.

Yukarıda vermiş olduğumuz spesifik örnekte, (Ç) pasif bir tutum sergilemekte ve (B)'ye karşı herhangi bir nafaka isteminde bulunmamıştır ve böylece tarafların müşterek olarak varsaydıkları bir hukuki ilişki kapsamında bir zenginleşmeden bahsedilemez. Burada zenginleştiği yer hukukunun hakim olması da taraf menfaatlerine daha uygun düşecek bir çözüm olacaktır. Zira (B) alt soyu sandığı (Ç)'yi Bulgaristan'da zenginleştirmeyi öngörmekle birlikte, her ne kadar (B)'ye karşı bir talebi olmasa da (Ç) Bulgaristan'da banka hesabı açarak burada kazanımda

¹²⁴¹Bkz. *Schlechtriem*, a.g.e., s. 38; *Kneller*, a.g.e., s.958.

bulunabileceğini öngörebilecek durumdadır. Söz konusu örnekte (Ç) (B)'ye karşı bir istem yönelterek Türkiye'deki eğitim masraflarına yönelik olarak eğitim nafakası talep etmiş olsaydı, MÖHUK m. 39/1 c.1 nafakaya uygulanacak hukuk fer'i bağlama noktası olarak uygulama alanı bulacaktı.

Tartışmaya değer bir diğer husus da, ortada herhangi bir sözleşme yokken tarafların ileride gerçekleşmesi planlanan sözleşmelere ilişkin kazandırmaların, taraflarca “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” kapsamına girip girmeyeceğidir. Bunun klasik örneği ortada tarafların karşılıklı icap ve kabulünün olmamasına rağmen, “yok” olan ve ileride kurulacağı varsayılan sözleşme amacıyla taraflardan birinin diğerine kazandırmada bulunması halidir. Dikkat edilirse bu hallerde, geçersiz sözleşmelerden farklı olarak ortada olmayan varsayımsal olarak ileride gerçekleşeceği taraflarca ortaklaşa öngörülen bir sözleşme kapsamında gerçekleşen kazandırmaların iadesine yönelik istemlerin MÖHUK m. 39/1 c.1'ye mi yoksa c.2'ye mi tabi olacağının tespiti gerekmektedir. Aslında alt paragrafta da ele alacağımız üzere zenginleşmenin gerçekleşmemiş bir sebebe dayanması “*condictio ob rem*”^{1242 1243} olan bu istemlerde fer'i bağlama noktasının uygulanıp uygulanmayacağı (m.10/1'in uygulanıp uygulanmayacağı) Roma II Tüzüğü m.10 açısından da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu hallerde ortada bir varsayımsal olsa da hukuki bir ilişkiden bahsedilemeyeceğinden dolayı Roma II m.10 uyarınca fer'i bağlama noktası uygulanamayacaktır¹²⁴⁴. Buna karşılık hakim görüş bu durumlarda da Roma II Tüzüğü m. 10/1 fer'i bağlama noktasının uygulanması gerekmekte olduğu yönündedir¹²⁴⁵. Alman kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da Roma II Tüzüğü'nün uygulanmasından evvel de hakim görüş bu

¹²⁴² Gerçekleşmesi öngörülen işlemlerin, gerçekleşmemesinden evvel yapılan kazandırmaların da *condictio ob rem* olduğundan bahsetmiştik. Ayrıca bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 355.

¹²⁴³ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No . 5.1.1.2.2.

¹²⁴⁴ Bkz. Busse, **a.g.e. (2003)** , s. 407.

¹²⁴⁵ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 77 (ve dipnot 77'de yer alan kaynaklar) ; Huber/Bach, **a.g.e.**, s. 294; Schinkels, **a.g.e.**, s.505.

yöndeydi¹²⁴⁶. Nitekim, İsviçre doktrinde de hakim görüş uyarınca hukuki ilişkiden anlaşılması gerekenin en geniş olarak yorumlanması gerektiği kabul edildiğinden aynı çözüm kabul edilmektedir¹²⁴⁷. Biz de bu görüşe katılmaktayız ve MÖHUK m. 39/1 c.1'in de uygulama alanı bakımından da bu görüş isabetlidir¹²⁴⁸. Zira tarafların ortak varsayımları ve bağlanma istençleri-arzuları ileride gerçekleşmesi öngörülen sözleşme üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bir başka ifade ile en sıkı ilişkili tarafların ortaklaşa öngördükleri ileride gerçekleşmesi varsayılan hukuki ilişki olmaktadır. *Lex causae condictionis* yaklaşımının temelinde yatan düşünce de tam anlamıyla bu husustur. Ayrıca kanunlar ihtilafı sistemimizde MÖHUK m.24/3 uyarınca taraflar iradeleri ile bir sözleşmenin hangi hukuka tabi olabileceğini ondan bağımsız olarak “her zaman” seçebiliyorsa, evleviyetle ileride gerçekleşeceğini öngördükleri – varsaydıkları bir sözleşmeye uygulanacak iade istemlerinde taraf menfaatlerine uygun en sıkı ilişkili hukuk olacaktır¹²⁴⁹.

Gerçekleşmemiş bir sebebe dayanan yabancılik unsurlu sebepsiz zenginleşme istemlerinin (*condictio ob rem*) hangi hukuka tabi olacağını ele almalıyız. Maddi hukuk kısmında¹²⁵⁰ detaylı olarak ele aldığımız bu sebepsiz zenginleşme türünde *causa solvendi* amacı dışında edimle izlenen özel hukuki amaçla gerçekleştirilen edimlerin amacın sonradan gerçekleşmemesi durumundaki özel sebepsiz zenginleşme istemleri söz konusu olup¹²⁵¹; amaçlanan sebeplerin, hukuken

¹²⁴⁶ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 340; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 184; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 55; Lüderitz, **a.g.e.**, s.1920.

¹²⁴⁷ Kneller, **a.g.e.**,s. 958; Frank Vischer, **Internationales Vertragsrecht**, Bern, 1962,s. 270; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.550; krş. bkz. Grawehr, **a.g.e.**, s. 154.

¹²⁴⁸ Roma II Tüzüğü açısından komisyon gerekçesinde de sözleşme öncesi ilişkilerin de m.10/1 kapsamına alınmasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0427&from=DE> (Çevirimiçi) 20.09.2020 ;ayrıca bkz.

¹²⁴⁹ Aynı doğrultuda bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 78.

¹²⁵⁰ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No . 5.1.1.2.2.

¹²⁵¹ Rüedi, **a.g.e.**, s. 19 ; bkz. Hartwig Sprau, **a.g.e.** ("§ 812"), s.1176. (n.86) .; Rona Serozan,**a.g.e.**,s. 829;Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil** , s. 398 (n. 1041) ; Medicus, **a.g.e.**,s. 415 (n. 1143); Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**,s. 356.

korunmaya yönelik olarak, tarafların amaç üzerinde en azından zımnen uyuşmuş-anlaşmış (*Zweckvereinbarung*) olmaları gerekir¹²⁵². Kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında, yabancılık unsuru taşıyan “*condictio ob rem*” olarak vasıflandırılabilir. Sebepsiz zenginleşme istemleri de MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girmektedir¹²⁵³. Örneklendirelim :

Alman vatandaşı amcası (A)’nın Hollanda’daki çok değerli klasik otomobiline Alman amcasının aracı ölünce ona bırakacağı yönündeki teşvikleriyle pahalı bakımlarını yapan Hollanda’da yaşayan Türk vatandaşı (T), amcasının aracı 300.000 Euro’ya satıp Türkiye’ye yerleşmesi sonucunda ona karşı araca yaptığı masraflara ilişkin olarak sebepsiz zenginleşme talebiyle dava açmıştır.

Söz konusu örnekte görüleceği üzere, (A) ile (T) arasında bir miras ilişkisi bulunmamaktadır. Zira (A) halen hayattadır. Fakat tarafların (T)’nin (A)’nın arabasının pahalı bakımlarını yapmasına ilişkin karşılıklı öngörülerini “miras ilişkisi”nde kesişmektedir. Zira (T) araca yapmış olduğu giderlerin gerçekleştiği yer Hollanda’dan ziyade, amcası (A)’nın ona miras bırakacağı teşvikiyle hareket etmektedir. Klasik *condictio ob rem* hali olan bu istemde, Türk mahkemesinin MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca –taraflarca öngörülen, varsayılan hukuki ilişki – olarak miras ilişkisine uygulanacak hukukun uygulanması gerekecektir.

Doktrinde bilhassa örneklendirilen bir başka husus da, ortada mevcut olmayan bir suçtan dolayı olan ilgili bir şikayetin, taraflarca ortada suç olduğu varsayımıyla şikayetçi tarafın şikayetini geri alması için verilen kazandırma istemlerinin yabancılık unsuru içermeleri durumunda hangi hukuka tabi olacağıdır¹²⁵⁴.

¹²⁵² Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonder Teil**, s. 401 (n. 1043 ve n. 1046); Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **a.g.e.**, s. 355 ; Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830; BGH NJW 2010,2202(2206) ; Martin Schwab, **a.g.e.** ("§ 812"), n. 418., ; Hirsch, **a.g.e.**, s. 403.

¹²⁵³ Alman doktrininde, aynı yönde bkz. Plassmeier, **a.g.e.**,s. 339-340 ; Busse, **a.g.e.**, s. 122.

¹²⁵⁴ Eillinghoff, **a.g.e.**,s. 184.

“Condictio ob Rem” nitelikli bu istemlerde bizim de katıldığımız hakim görüş taraflar arasındaki sözleşme statüsünün sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanacağı yönündedir¹²⁵⁵. Zira tarafların ortak öngörüler ve varsayımları aralarında mevcut olmasa da taraflarca varsayılan suça ilişkin şikayetten vazgeçilmesi için gerçekleştirilen sözleşme üstünde yoğunlaşmaktadır, bu varsayılan sözleşmenin *lex causae*'ye göre yapılıp yapılamayacağının (yasak olup olmayacağının) da bir önemi olmayacaktır¹²⁵⁶.

Yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda bir sözleşmeye ilişkin olarak önceden ödenmiş faizin doğmaması durumundaki¹²⁵⁷; verilen "kaparo" adı altında sözleşme yapılacağı amacıyla yapılan ödemenin sözleşmenin yapılmayacağının anlaşılması üzerine olan istemlerde¹²⁵⁸ *condictio ob rem*'in söz konusu olacağını ifade etmiştik. Ayrıca TMK m. 566 /2 hükmü de özel bir düzenlemeye yer vermiş olduğunu; miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tabi tutulan kimsenin söz konusu kazandırma için verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebileceğini belirtmiştik. Bu gibi durumlarda yabancılık unsurunun söz konusu olduğu durumlarda da yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, doğmamış faizin ödenmesinde iade isteminin sözleşme statüsüne, taraflarca ileride yapılacağı öngörülen sözleşmeye ilişkin verilen “kaparo” iadesi talebinin söz konusu sözleşme statüsüne, tenkis söz konusu olduğundan dolayı diğer mirasçılara karşı miras sözleşmesi uyarınca murise gerçekleştirilen kazandırma için verilen karşılığın

¹²⁵⁵ Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 184 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 339-340.

¹²⁵⁶ Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 184; Busse, **a.g.e.**, s. 122; Plassmeier, s. 339-340. Karşıt görüş ise Reitmann/Martiny,**a.g.e.**, s.781: Yazara göre *lex causae*'ye göre yapılması yasak olduğundan dolayı *lex causae condictio* uygulama alanı bulamaz. Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir; tarafların karşılıklı kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin öngörüler, geçersiz sayılacak bir sözleşme olsa dahi o statü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Taraf menfaatleri önem arz eder ve zenginleşenin- sebepsiz zenginleşme borçlusunun- korunmaya değer bir menfaati olmadığı sürece *lex cause condictio*'e yer vermek gerekir.

¹²⁵⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**,s.876.

¹²⁵⁸ Rona Serozan, **a.g.e.** s. 830; bkz. Medicus, **a.g.e.**,s. 415 (n. 1144).

iadesi istemlerinin de MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca miras sözleşmesi statüsüne tabi olacağını da burada belirtebiliriz.

3.3.6 Hukuki İlişkinin Tarafları

Roma II Tüzüğü m.10/1 metninde açıkça taraflar arasındaki hukuki ilişkiden bahsedilerek, *lex causae conditionis*'in somut bir şekilde taraflar arasında geçerli veya varsayılan hukuki ilişki olabileceği vurgulanmıştır¹²⁵⁹. Bir başka ifade ile söz konusu metinde bağlama konusu hukuki ilişkinin taraflar arasında olabileceğinden bahsedilmesi gerekmektedir¹²⁶⁰. Bu hususun gerekçesi olarak da doktrinde tarafların beklentileri-varsayımları dışındaki sonuçlarla karşılaşmaması gerektiği şeklinde belirtilmektedir¹²⁶¹.

Roma II Tüzüğü'ndeki somut düzenlemeden farklı olarak MÖHUK m. 39/1 c.1'de “taraflar arasındaki” gibi bir ibareye yer verilmemiş; salt olarak “zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuk” ibaresine yer verilmiştir. Aynı şekilde de İsviçre düzenlemesinde ve Alman düzenlenmesinde de Roma II m.10/1'den farklı olarak “taraflar arasındaki hukuki ilişki” gibi bir ibareye sistematik olarak yer verilmemiştir. İsviçre IPRG Art. 128/1'de MÖHUK m. 39/1 c.1 ile aynı doğrultuda zenginleşmeye sebep olan mevcut ya da varsayılan hukuki ilişkiden bahsedilirken, EGBGB Art. 38/1'de ise edimin dayandığı ilişkinin *lex causae conditionis* olarak uygulanacağı vurgulanmış ve tarafların arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin bir vurgulama yapılmamıştır¹²⁶².

¹²⁵⁹ Almanca metinde “zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis” denilerek taraflar arasındaki hukuki ilişki; İngilizce metinde ise taraflar arasında meydana gelen ilişki “a relationship existing between the parties” ibarelerine yer verilmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere İngilizce metinde salt olarak “gerçekleşen ilişki” ibaresine yer verilmesi, taraflar arasında varsayılan hukuki ilişkinin de bu kapsama girmediği anlamına gelecek şekilde yorumlanmamaktadır.

¹²⁶⁰ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 81.

¹²⁶¹ Behrens, **a.g.e.**, s. 81.

¹²⁶² Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 150vd.

Acaba bu somut düzenlemeler dikkate alındığında MÖHUK m. 39/1 c.1’de “ taraflar arasındaki” ibaresine yer verilmemesi, taraflar arasında olmayan ya da olamayacak bir ilişkinin sebepsiz zenginleşme istemine uygulanabileceği şeklinde yorumlanabilecek midir?

Alman doktrinde iki taraflı ilişkilerde –işin doğası gereği- lex causae condictionis’ten bahsedebilmek için, sebepsiz zenginleşme alacaklısı iddiasında bulunan ile borçlu olduğu iddia edilen taraf arasındaki mevcut ya da varsayılan hukuki ilişkiden bahsedilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁶³. Bu husus gerçekten doğrudur ve tarafların karşılıklı olarak varsaydıkları hukuki ilişki ancak taraflar arasında olabilecek bir ilişki olacaktır¹²⁶⁴.

¹²⁶³ Bkz. a.e., s. 150.

¹²⁶⁴ Alman yargısına intikal eden yabancılık unsuru içeren bir olayda her iki taraf da Türk vatandaşı olup; nişanlı çiftten erkeğin babası tarafından nişanlı kadının babasına hediyeler vermiştir. Evliliğin gerçekleşmemesi üzerine ilgili Alman istinaf mahkemesi bu olayda taraflar arasındaki bağışlama statüsü uyarınca sebepsiz zenginleşme istemine yer verilip verilmeyeceğini ele almıştır. (bkz. Oberlandesgericht Düsseldorf, **IPRspr.** 1983, N. 49) Benzer bir diğer karar da “damat tarafı”nın “gelin tarafı”na gerçekleşecek evlilik sebebiyle ödedikleri paranın iadesine ilişkin olan istemde ise ortada bir sözleşme olmasa da- somut olayda söz konusu mahkeme tartışmalı olarak sözleşme olmadığını vurgulamıştır- sözleşme benzeri bir durum olarak sözleşme statüsünün hakim olacağı belirtilmiştir. (OLG Köln NJW-RR 94,1026) Dikkat edilirse, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunan taraf ile davalı arasındaki istemlere onların çocukları arasındaki hukuki ilişki dikkate alınmamıştır. Tarafların arasındaki ya da varsayılan sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitine göre halin “bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin tarafların çocukları arasındaki nişanlılık ilişkisine uygulanacak hukuka tabi olması kabul edilebilir. Burada ayrıca kısa bir örnek üzerinden ele almamız doğru olacaktır: “*Ailece Irak’da yaşayan Irak vatandaşı (I) ’nin Alman vatandaşı oğlu (O) ile Almanya’da yaşayan Türk vatandaşı (T) ’nin kızı Alman vatandaşı (K) öz iradeleri ile nişanlanmışlardır. (I) gelecekte dünür olacağına kesin gözüyle baktığı Almanya’da yaşayan Türk vatandaşı (T) ’ye çocuklarının nişanlanmasına binaen pahalı bir saati ayrıca hediye eder. Her ikisi de Alman vatandaşı olan nişanlı olan tarafların çocukları, nişanı bozmuşlar; (I), Türkiye’ye yerleştiğini öğrendiği (T) ’den sebepsiz zenginleşme isteminde bulunmaktadır.*” Tarafların arasındaki hukuki ilişki söz konusu örnekte bağışlama sözleşmesidir ve bu bakımdan Türk mahkemesi MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca bağışlama statüsüne göre sebepsiz zenginleşme istemini karara bağlayacaktır. Bağışlama statüsü de MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilecek, somut olayda bizim

İkiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde (havale, banka havalesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler vd. haller) ise yukarıda ifade ettiğimiz durumun bazı hallerde farklı olduğunu şimdiden burada ifade etmemizde yarar var. Şimdilik örnek olarak tam üçüncü kişi yararında sözleşmeleri verebiliriz. Sözleşme sırasında ehliyetsizlik, yetkisiz temsilci tarafından yapılması gibi geçerliliği etkileyen durumlarda taahhüt edenin üçüncü kişiye (lehdara) karşı gerçekleştirdiği edimlerin iadesini direkt olarak lehdardan istemesine ilişkin olarak lehdarın aslında tarafı olmadığı taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki karşılık “*Deckungsverhältnis*” ilişkisine uygulanacak hukukun hakim olup olmayacağı tartışmaya değerdir¹²⁶⁵.

3.3.7 Hukuki İlişkinin Tespitinde Hangi Anın Dikkate Alınacağı

Aslında zenginleşmenin gerçekleştiği andaki mevcut ya da varsayılan hukuki ilişkinin dikkate alınması gerektiği ortadadır. *Kneller* tarafından malvarlığı kayması ifade edilmiş olsa da ¹²⁶⁶, doğru olan zenginleşmenin gerçekleştiği andır. Zira yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere fakirleşmesiz –malvarlığı kayması olmaksızın- gerçekleşen zenginleşme istemlerinin de –bilhassa aynı zamanda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü zenginleşmelerin- varlığı karşısından dikkate alınması gereken zenginleşmenin gerçekleştiği anda taraflar arasındaki hukuki ilişki dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, örneğin *ex tunc ya da ex nunc* etkili olsun iptal edilen hukuki işlemlere ilişkin olan iade istemleri de MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına girebilecektir¹²⁶⁷¹²⁶⁸.

görüşümüze göre tarafların müşterek iradeleri çocuklarının arasındaki nişanlılık ilişkisinde yoğunlaştığından dolayı (m. 24/4 c.3 uyarınca) tarafların çocuklarının nişanlılığın hükümleri ve sonuçlarına uygulanacak hukuk olan (m. 12/2 uyarınca nişanlıların müşterek hukuku olan) Alman hukuku uygulama alanı bulacaktır.

¹²⁶⁵ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 150; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 74; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.555 ; Reuter / Martinek, **a.g.e.**, s. 791; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s.3439. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.3.

¹²⁶⁶ Bkz. *Kneller*, **a.g.e.**, s. 958.

¹²⁶⁷ *Kneller*, **a.g.e.**, s.959 ; ayrıca bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 165 vd. ;Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438.

3.3.8 Birden Fazla Hukuki İlişkinin Söz Konusu Olması

Kimi hallerde taraflar arasında birden fazla hukuki ilişkinin mevcut olması söz konusu olabilmektedir. Bu durum hangi hukuki ilişkiye göre uygulanacak hukukun tespitinin yapılması gerektiği sorununu doğurmaktadır¹²⁶⁹. Bu hususun tipik örneği olarak, *Eilinghoff* uluslararası ticarete taraflar arasında birden fazla satış sözleşmesinin mevcut olması durumunu, *Busse* de haksız fiil borcunun yanı sıra sözleşmesel borç ilişkisinin olması hallerini örnek vermiştir¹²⁷⁰. Farklı hukukların uygulanacağı farklı hukuki ilişkilerin taraflar arasında mevcut olması söz konusu olabilmektedir ve hangi kriterlere göre tespitin yapılması gerektiği tartışmalı hale gelmiştir. Ayrıca dikkat edilirse bu sorunun söz konusu olması için ortada edimden ötürü bir zenginleşme halinin olması gerekmektedir.

Öncelikle temel olarak Alman ve İsviçre doktrinde hakim görüş, edimin yöneldiği hukuki ilişki açısından *lex fori* dikkate alınarak tarafların ortak iradeleri mevcut ise, o hukukun uygulanacağı yönündedir¹²⁷¹. Bu görüşe göre tarafların

¹²⁶⁸ Ayrıca belirtmemiz gerekir ki: tarihsel süreçte Alman doktrinde EGBGB Art. 38/1’de gerçekleştirilmiş bir edimden doğan sebepsiz zenginleşme taleplerinin o edimin bağlantılı olduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı ifade edildiğinden dolayı; borçlanılmamış edimin ifası -*condictio in debiti*- ile beraber zenginleşmenin sonradan sona ermiş bir sebebe dayanması - *condictio ob causam finitam*- hallerinde bir tartışma olmamakla birlikte, *condictio ob rem* açısından azınlık görüşü olarak *Reuter/Martinek* tarafından *lex causae conductionis*’in uygulanmayacağı bunun yerine EGBGB Art. 38/3’ün uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da tarafların gerçekte olan sözleşme iradelerinin olmadığı belirtilmiştir.

¹²⁶⁹ Bkz. Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 39 ; Busse, **a.g.e.**, s. 117; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 168; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 338.

¹²⁷⁰ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 168 ; Busse, **a.g.e.**, s. 117; ayrıca bkz. Huber/Bach, **a.g.e.**, (Art. 10 Rome II), s. 295.

¹²⁷¹ Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 41; Werner Lorenz, “Der Bereicherungsausgleich im deutschen internationalen Privatrecht und in rechtsvergleichender Sicht”, Festschrift für Konrad Zweigert

arasında birden fazla hukuki ilişkinin varlığı halinde taraflar, edimin yöneldiği hukuki ilişki üzerinde uyuşmuş- anlaşmışlar ise o hukuki ilişkinin uygulanacağı hukuk sebepsiz zenginleşme isteminde de hâkim olacaktır.

Bu görüşe muhalif olan tek görüş *Busse* 'ye aittir¹²⁷². *Busse* 'ye göre, öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkilerden farklı bir hukuka göre (bilhassa *lex fori* 'ye göre) edimin yöneldiği hukuki ilişkinin tespitinin mümkün olamayacağı; hakim görüşü savunan başta *Schlechtriem*, *Lorenz* ve *Plassmeier* 'e karşılık somut kazandırmanın taraflarca birlikte kararlaştırılan hukuki ilişkiye bağlı tutulması ile kazandırma üzerinde tarafların uzlaşmasının farklı sorunsallar olduğu ve bu sebeple taraflar arasındaki veya varsayılan hukuki ilişkilerin, sebepsiz zenginleşme istemine konu edimin iadesi talebinin, taraflar arasındaki borç ilişkilerindeki duruma göre varsayılan ya da mevcut borcun oranlanması ile ayrı ayrı uygulanması gerektiği yönündedir. *Busse* 'ye göre ortada edimin yöneldiği hukuki ilişkiye bir sözleşme veya benzer bir durum olmadığı sürece bu çözüm dikkate alınmalıdır¹²⁷³. Fakat doktrinde de kabul edilmeyen bu görüşü onaylamak mümkün değildir. Zira sebepsiz zenginleşme talebine konu olan edimin, yapay bir şekilde bölünerek belli kısmına ilişkin iade talebinin belli hukuk nizamına; kalan kısma ilişkin talebin başka bir hukuk nizamına tabi olması taraf menfaatlerine aykırı olacak ve onların öngöremeyecekleri bir durum söz konusu olacaktır.

Tarafların edimin yöneldiği hukuki ilişkiye ilişkin ortak iradeleri söz konusu değilse peki ne olacaktır? Bu noktada her ne kadar yukarıda belirttiğimiz üzere savunduğu görüşü kabul etmesek de *Busse* 'nin verdiği dikkat çekici örneği burada aktarabiliriz¹²⁷⁴:

zum 70. Geburtstag (ed. Herbert von Bernstein/Ulrich Drobnig/ Hein Kötz), Tübingen, 1981, s.211; Huber, **a.g.e.**, s. 2435; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 337 vd.; Grawehr, **a.g.e.**, s. 158; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438.

¹²⁷² Busse, **a.g.e.**, s. 117 - 118.

¹²⁷³ Busse, **a.g.e.**, s. 117 - 118.

¹²⁷⁴ Busse, **a.g.e.**, s. 117 - 118.

Taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi olduğundan X hukukunun uygulandığı sözleşmeden dolayı (B), (A) 'ya borçludur. Taraflar arasında yine (B) 'nin (A) 'ya karşı alacaklı olduğu Y hukukunun uygulandığı haksız fiilden doğan bir hukuki ilişki daha mevcuttur. Üçüncü kişi (Ü) haksız fiile ilişkin olan (B) 'nin borcunu bunu belirterek (A) 'ya ödemişve bu borcu kapatmıştır. Ayrıca (B) de itfa amacını (Tilgungsbestimmung) belirtmeksizin her iki borç miktarından az bir tutarda ödemede bulunmuş; akabinde ise satış sözleşmesi geçmişe etkili (ex tunc) olarak X hukuku uyarınca iptal edilmiştir. X hukukunda, birden fazla borcun halinde itfada bulunanın zımni iradesinesine değer verilirken; Y hukukunda ise edimi alanın objektif bakış açısına (Empfängershorizont) değer verilmektedir¹²⁷⁵. Bu örnekte dikkat edilirse Y hukukuna göre (B) 'nin zımni iradesi haksız fiile ilişkin olarak karşı tarafa ödemede bulunduğu kabul edilecek şekilde kabul edilmekteyse iade istemine Y hukuku; X hukukuna göre objektif olarak alacaklının bakış açısına göre tespitite bulunulacağı kabul edilmekteyse iade istemine X hukuku uygulanacaktır. (B), (A) 'ya toplamda asıl borcundan fazla ödenen miktara ilişkin isteme hangi hukuk uygulanacaktır?

Burada Busse zaten EGBGB Art. 38/1'e ilişkin olarak edimin hukuki ilişki ile bağlantısının *lex causae* 'ye göre vasıflandırılması gerektiğini savunduğundan dolayı; yukarıda da ifade ettiğimiz üzere her iki hukuki ilişkinin edimler arasında oranlama yapılarak (örnekte bir kısmına ilişkin sebepsiz zenginleşme talebinin haksız fiil statüsüne, kalan kısmına ilişkin talebin sözleşme statüsüne tabi olması) uygulanması gerektiğini savunmuştur. Taraf menfaatlerine uygun olmayan, yapay bir çözüm üreten bu görüşe karşılık doktrinde iki görüşün ileri sürülmüş olduğunu görmekteyiz:

¹²⁷⁵ TBK m. 101'de alacaklıya birden çok borcu olan borçlunun hangi borcu ödediğine ilişkin alacaklıya bildirimde bulunmaz ve derhal itiraz etmemesi durumunda alacaklının makbuzda gösterdiği borç için ödemenin yapılmış olacağı kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımı da bizim görüşümüzü desteklemektedir.

Bu görüşlerden ilki edimin yöneldiği hukuki ilişki üzerinde tarafların uzlaşmış oldukları tespit edilemiyorsa artık fer'i bağlama noktasının uygulanamayacağı¹²⁷⁶; ikincisi ise edimin alanın objektif bakış açısına (*Empfängershorizont*)göre edimin yöneldiği hukuki ilişkinin tespit edilerek, fer'i bağlama noktası olarak tespit edilen hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olması gerektiğidir¹²⁷⁷. Bu görüş temelini, maddi hukukta yer alan (tarafların) korunmasına yönelik değerlendirme ve yorumların yankısının kanunlar ihtilafı hukuku alanında da bulunmasının zorunlu olmadığı; buna karşılık taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşme ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinin mümkün olduğunca güvenli ve hızlı bir şekilde tespit edilmesi gerektiğine dayanmaktadır¹²⁷⁸.

MÖHUK açısından da ele aldığımızda öncelikle bu konu üzerinde Türk doktrinde herhangi bir görüş yoktur. Bizim görüşümüze göre edimi alanın bakış açısına bakılması en doğru yaklaşımdır. Zira taraflar aralarında birden fazla hukuki ilişki varken ve gerçekleşen edimde bu ilişkilerden biri ile bağlantılı olması gerektiği gerçeği karşısında ortada hukuki bir ilişki yokmuş gibi, sebepsiz zenginleşme isteminin daha az bağlantılı olan zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna (MÖHUK m. 39/1 c.2) tabi olması beklenemez. Ayrıca, dikkat edilirse taraflar arasında varsayılan ya da mevcut bir hukuki ilişkinin olmadığı hallerde zenginleşmenin gerçekleştiği yer olarak bağlama noktasının kabul edilmesi zenginleşenin menfaatine olan bir durumdur. Bu fonksiyona sahip “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” bağlama noktasını uygulamaktansa, edimi alanın objektif olarak bakış açısına (somut olayda edimi alanın objektif olarak edimi alanın edimin hangi

¹²⁷⁶ Werner Lorenz, **a.g.e.**, s.211 vd.; Huber, **a.g.e.(EGBGB Art. 38)**, s. 2435; İsviçre doktrinde hakim görüş olarak bu görüş karşımıza çıkmaktadır : Grawehr, **a.g.e.**,s. 159 ; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438 ;ayrıca bkz. Kneller, **a.g.e.**, s. 958; *Kneller*, taraflardan birinin pasif tutumu halinde IPRG Art. 128/2'nin (bağlama noktası olarak zenginleşmenin gerçekleştiği yer) uygulanmasını kabul etmektedir. Yazar ayrıca bu ifadesinde; **BGE 78 II 389** kararına vurgu yapmaktadır.

¹²⁷⁷ Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 41vd. ; Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 169 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 337 vd.

¹²⁷⁸ Huber, **a.g.e.**, s. 2435.

hukuki ilişkiye ilişkin olduğuna varsayması gerektiği) evleiyetle değer verilmelidir¹²⁷⁹. Ayrıca itfa amacını (Tilgungsbestimmung) belirtilmeksizin karşı tarafa edimde bulunan tarafın, onun ilerideki iade isteminin karşı tarafıyla arasındaki hukuki ilişkilerden birine uygulanacak hukukunun iade istemine uygulanabileceğini öngörebileceği gerçeği de ortadadır ve onun ayrıca kanunlar ihtilafı hukuku altında da korunmasına gerek yoktur.

3.3.9 “Vernichtungsstatut” Geçersizliğe Sebebiyet Veren Statünün Hakimiyet Alanına İlişkin Açıklamalar

Fer’i bağlama noktasının kabul edildiği belli haller açısından sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren statünün, sebepsiz zenginleşme istemine de hakim olması gerektiği tartışması tarihsel süreçte karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışma Avusturya doktrinde ileri sürülen görüşlerden ortaya çıkmıştır¹²⁸⁰. Temelinde ilk olarak Avusturyalı hukukçu *Bydlinski* tarafından ortaya atılan tartışma konusu olan husus, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren statünün (*Vernichtungsstatut*)sebepsiz zenginleşme isteminde de hakim olup olmayacağına ilişkindir¹²⁸¹. Hemen belirtmemiz gerekir ki, *Bydlinski* ve onun görüşünü temel

¹²⁷⁹Ayrıca belirtmemiz tekrar gerekmektedir ki, MÖHUK m. 39/1 c.1’de kanun koyucunun “mevcut olduğu iddia edilen hukuki ilişki” şeklindeki hatalı ifadesi de , edimde bulunup sebepsiz zenginleşme isteminde bulunan tarafın karşı taraf ile arasındaki hukuki ilişkilerden birine dayanabileceği şeklinde *lex causae conditionis* prensibi ile alakası olmayacak şekilde taraf menfaatlerine hanel getirecek şekilde yorumlanamaz. Kanun koyucunun bu yanlış ifadesine ilişkin görüşlerimizi yukarıda ifade etmiştik. (bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5)

¹²⁸⁰ Bkz. Franz Bydlinski, “Anmerkung zu OGH, ZfRV 1961, 18”, **Zeitschrift für Rechtsvergleichung**, Wien, 1961, s. 22 vd.; Busse, **a.g.e.**, s. 98; Plassmeier,**a.g.e.**, s. 317 ve ayrıca s. 267 vd.)

¹²⁸¹ Busse, **a.g.e.**,s. 98; Daniel Busse,“**Die geplante Kodifikation des Internationalen Bereicherungsrechts in Deutschland**”, Die Recht der Internationalen Wirtschaft , 1999, s.17;

olarak geliştirilen görüşler¹²⁸² güncel doktrindeki görüşlerde kabul edilmemiştir. Kısacası, sözleşme statüsünün feri bağlama noktası vasıtasıyla hakim olacağı günümüzde kabul edilmektedir¹²⁸³.

Bydlinski tarafından ortaya atılan bu görüş ilk olarak doğrudan uygulanan bir kural sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda doğrudan uygulanan kuralı sebebiyle sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren devlet hukukunun zenginleşme talebi bakımından yetkili olması gerektiği şeklinde ileri sürülmüştür¹²⁸⁴. Bu yaklaşım ilk süreçte Avusturya uygulamasında da taraftar bulmuştur¹²⁸⁵. *Bydlinski* tarafından ileri sürülen bu teori, -fiil ehliyetinin bulunmaması sebebiyle- geçersiz olan sözleşmelerde iade istemlerinin sözleşme statüsüne değil; ehliyet statüsüne tabi olması gerektiği şeklinde de ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca her iki tarafın da ehliyetsizliği sebebiyle her iki tarafın sebepsiz zenginleşme istemleri açısından ayrı ayrı ehliyet statüsünün hakim olacağı kabul edilmiştir¹²⁸⁶. *Hoyer* tarafından ise¹²⁸⁷ *Bydlinski*’nin söz konusu teorisi kabul edilmiş, fakat her iki tarafın ehliyet statülerinin uygulanması sebebiyle sözleşmenin geçersizliğe sebebiyet verilmesi durumunda ise, tarafların sözleşmenin geçerliliğine ilişkin varsayımlarını sözleşme statüsüne ortak olarak dayandırdıklarından dolayı sözleşme statüsünün uygulanması kabul edilmiştir¹²⁸⁸. Avusturya hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

¹²⁸² Bydlinski’nin bu görüşü, Avusturya doktrininde Hoyer tarafından kabul edilmiş; Alman doktrininde de Degner tarafından azınlık görüş olarak ileri sürülmüştür. (Hans Hoyer, “ **Probleme des Bereicherungsstatus im österreichen IPR**”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 12, Wien, 1971, s.1 vd. ; Ayrıntılı olarak bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 191 vd; Bkz. Plassmeier, **a.g.e.** s. 267-268)

¹²⁸³ Heldrich, “**EGBGB 32**”, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 67. Auflage, München, 2008, s. 2560(Rn.7);

¹²⁸⁴ Bkz. Bydlinski, **a.g.e.** , 30-31; ayrıca bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 269.

¹²⁸⁵ Bkz. Schwind, **a.g.e.**,s. 339 vd. ; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 270.

¹²⁸⁶ Bydlinski, **a.g.e.**,s.30 vd.

¹²⁸⁷ Hans Hoyer, “ **Probleme des Bereicherungsstatus im österreichen IPR**”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 12, Wien, 1971, Ayrıntılı olarak bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 191 vd; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 270.

¹²⁸⁸ Bkz. Hoyer, **a.g.e.**,s. 8. (ayrıca bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 270)

reformu¹²⁸⁹ sonrasında “edim”e dayalı sebepsiz zenginleşme istemlerinin açıkça fer’i bağlama noktası olarak edimin dayandığı hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olması (Art. 46) sebebiyle, bu görüşün uygulanması terk edilmiştir¹²⁹⁰.

Bu teori Alman federal yüksek mahkemesinin kararlarında da önceleri – Alman Milletlerarası Özel hukuk reformu öncesi kabul edilmiştir¹²⁹¹. Alman Federal Mahkemesi, Alman hukukunun bir doğrudan uygulanan kuralı sebebiyle sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi sebebiyle sözleşme statüsünün farklı bir devlet hukuku olmasına rağmen Alman kanunun sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade istemlerine hakim olacağına karar vermiştir¹²⁹². Bu karar Alman hukukunda 1986 yılından beri sözleşme statüsünün sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarında da hakim olacağını düzenleyen EGBGB 32/1 hükmünün 5. bendi karşısında eleştirilmiştir¹²⁹³. Ayrıca, doğrudan uygulanan bir kuralın sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermesinin yanı sıra; sözleşmenin milletlerarası özel hukukta kamu düzeni sebebiyle geçersiz sayılacağından, sebepsiz zenginleşme istemine lex fori’nin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması da ele alınmıştır¹²⁹⁴.

Burada ayrıca belirtmemizde de yarar var. İngiliz hukukunda da “*the law which invalidates the contract*”in uygulanıp uygulanamayacağı ele alınmış ama bu teori kabul görmemiştir. *Panagopoulos ve Rose* bu yaklaşımı kabul ederek ehliyetsizlik hallerinde haksızlık faktörünün sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren hukukunun hakim olması gerektiğini, bir sonraki cümlelerde bahsettiğimiz

¹²⁸⁹ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1978_304_0/1978_304_0.pdf (Çevirimiçi)
20.09.2020: [BGBl. Nr. 304/1978](#).(07.07.1978 yayın tarihli, 01.01.1979 yürürlük)

¹²⁹⁰ Bkz. Michael Schwimann, **Internationales Privatrecht**, Wien, 2001, s. 83; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 270.

¹²⁹¹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin azınlık görüşünü kabul eden, kararı için, bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 192.

¹²⁹² Karar için bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 192.

¹²⁹³ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 192.

¹²⁹⁴ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 192.

kararın da bu şekilde verilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹²⁹⁵. *Dicey, Morris and Collins*'te de belirtildiği üzere hakim olan hukukun sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğu belirtilmiştir. Örnek bir karar olarak *Baring Bros & Co v. Cunninghame DC* kararında, İskoç bir kamu otoritesinin İskoç hukuku uyarınca *ultra vires* sayılan – yetkisini aşan- işlemin (sözleşmenin) geçersiz sayılması durumunda, bu durum tartışılmış fakat taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşme statüsü olarak kabul edilmiştir¹²⁹⁶.

Roma I Tüzüğü'nde de (m. 12/1-e)sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına da sözleşme statüsünün hakim olacağı kabul edilmiş olduğundan, söz konusu tartışmanın Roma tüzükleri açısından mümkün olamayacağını da ayrıca belirtmemiz gerekir.Zira bu hükümle amaçlanan bir bütün olarak sözleşmenin geçersizlik hallerinde de aynı hukukun hakim olması gerektiğidir.

İsviçre ve Türk kanunlar ihtilafı düzenlemelerine göz attığımızda ise sözleşme statüsünün, sözleşmenin geçersizliği hallerine de hakim olacağı somut bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, yukarıda belirttiğimiz Alman doktrininde azınlık görüş olarak ileri sürülen geçersizliğe sebebiyet veren statünün Türk kanunlar ihtilafı hukuku bakımında sebepsiz zenginleşme istemlerinde de uygulanıp uygulanamayacağı bizce tartışmaya değerdir. Türk doktrininde ve araştırmamız kapsamında İsviçre doktrininde bu hususa ilişkin bir tartışmaya rastlanılmamıştır.

İlk olarak taraflar arasındaki sözleşmenin Türk kamu düzeni uygulaması sebebiyle geçersiz kabul edilmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme istemine hangi hukukun hakim olacağını ele alabiliriz. Burada ilk belirtmemiz gereken husus Türk hukukunda MÖHUK m. 5'te de açıkça ifade edildiği üzere, kamu düzenine aykırılık bağımsız bir müessese olmayıp, istisnai bir tedbirdir¹²⁹⁷. Nitekim MÖHUK m.5'de kamu düzeni müdahalesi açısından hakim olan hukukun uygulanmasından ziyade,

¹²⁹⁵ Panagopoulos, **a.g.e.**,s. 181; Rose , **a.g.e.**, s. 196.

¹²⁹⁶ Dicey, Morris and Collins, **a.g.e. (2006)**, s. 1876(ve dipnot 90).

¹²⁹⁷ Bkz. Çelikel/Erdem,**a.g.e.**,s. 145 vd.

açıkça “yetkili yabancı hukukun belli bir olaya uygulanan hükmünün uygulanmayıp gerekli hallerde Türk hukukunun uygulanacağı kaleme alınmaktadır. Bir başka ifade ile MÖHUK m.5’te kamu düzenine aykırılık açısından kanun koyucu yetkili hukukun değişmeyeceğini salt olarak kamu düzenine aykırı olan ilgili hükmünün uygulanmayacağını ifade etmiştir. Bu bakımdan yabancı unsurlu bir sözleşmenin Türk kamu düzenine aykırı olduğundan MÖHUK m. 5 uyarınca hak iddiasında bulunulamayacağı farklı; bir sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilen bir edimin o sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle edimin iadesi talebi farklı hususlardır. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade isteminde, kamu düzeni süzgecinden geçen verilen edimin iadesinin kamu düzenine aykırı olup olmayacağı olacaktır. Aksi husus kabul edilmiş olsaydı, tarafların öngöremeyecekleri bir hukuk nizamı ile karşı karşıya bırakılmaları gibi bir tutarsız sonuç ortaya çıkacaktır.Örneğin, (A) ile (B) arasındaki sinallagmatik bir sözleşmeye objektif ya da sübjektif bağlama noktası vasıtasıyla (X) devlet hukukunun uygulanacağını; (A)’nın edimini yerine getirmesine karşılık (B)’nin edimini yerine getirmediğini; (A)’nın (B)’ye karşı sözleşmeden dolayı alacak davası ikame ettiğini; (B)’nin ise sözleşmenin geçersizliği sebebiyle sebepsiz zenginleşmeye dayalı karşı alacak davası ikame ettiğini varsayalım. Bu örnekte hakim, (A)’nın (B)’ye karşı açtığı alacak davası eğer sözleşme Türk kamu düzenine aykırı ise reddedecektir. Buna karşılık ise, (B)’nin (A)’ya karşı iade isteminde ise (X) devlet hukuku MÖHUK m. 39/1 c.1’de yer alan feri bağlama noktası vasıtasıyla uygulanacaktır. Bu durumda da hakimin kamu düzeni açısından göz önünde bulundurması gereken husus, iade istemine uygulanacak (X) devleti hukuk kuralının Türk kamu düzenine aykırı olup olmayacağı olacak; buna karşılık sözleşmenin Türk kamu düzenine aykırı olmasından dolayı geçersizliği sebebiyle iade istemine (X) hukuku yerine Türk hukukunun topyekün uygulanması yoluna gidilemeyecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz hususlar aynı doğrultuda doğrudan uygulanan kurallar açısından da geçerlidir. MÖHUK m. 6 uyarınca yetkili hukukun hakimiyetini kaybetmesi gibi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Sözleşmeye uygulanacak hakim hukuk, sözleşme Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural ya da kuralları

sebebiyle geçersiz olsa dahi; sözleşmeye uygulanacak hukuk –lex contractus- MÖHUK kuralları uyarınca tespit edilecek hukuk olacaktır. Böylece, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları sebebiyle geçersiz sayılan bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştirilen edimlerin iadesinde de MÖHUK m. 39/1 c.1’de yer alan feri bağlama noktası vasıtasıyla sözleşmeye uygulanacak hukuk hakim olacaktır. Aynı husus, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralı açısından da geçerlidir. Zira sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren hususlar lex contractus’a tabi olacaktır¹²⁹⁸.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere ister kamu düzeni sebebiyle ister ise lex fori’nin doğrudan uygulanan bir kural sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılması durumunda lex fori’nin uygulanması şeklinde bir yaklaşıma yer verilmemiş olması isabetlidir. Zira bu yaklaşımlar taraflar arasında birçok zaman öngörülemez hukuk nizamlarının uygulanması durumuna sebebiyet verebilecek niteliktedir. Olması gereken taraf menfaatlerinin gözetilerek onların sözleşmesel bir ilişkiye girme teşebbüsleri anında öngörebilecekleri bir hukukun sebepsiz zenginleşmeye dayalı tasfiye ilişkisine uygulanmasıdır.

Yukarıda Avusturya ve Alman öğretisinde diğer hal olarak belirtilen hususu da ele alabiliriz. Küçüklük, kısıtlılık gibi hallerde sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verdiğinden dolayı ehliyet statüsü sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuk açısından uygulanabilir mi? Bu sorunun cevabı da, bizim görüşümüze göre olumsuzdur. Öncelikle doktrinde de eleştirildiği üzere, her iki taraf açısından ehliyetsizlik sebebiyle sözleşmenin geçersizliği durumunda, tarafların iade ya da tasfiye istemlerine her iki tarafın farklı ehliyet statülerinin uygulanması kabul edilemez¹²⁹⁹. Aksi halde bu tarafların sebepsiz zenginleşme istemlerinin hukuki

¹²⁹⁸ Ayrıca bkz. Hatice Özdemir, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, 1998, s. 121 vd.

¹²⁹⁹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**,s. 269. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, Bydlinski tarafından her iki tarafın ehliyetsizliği sebebiyle karşılıklı iade istemlerinde farklı hukuk statülerinin uygulanması kabul edilmişken; “Vernichtungsstatut” teorisini kabul eden Hoyer dahi bu kadar ileri gitmeyerek, bu hallerde

sonuçları bakımından (karşılıklı istemlerde iadenin konusu, aynen iade olup olmaması, karşılık defiler gibi) bir çok belirsizliğe gebe olacaktır. Ayrıca ehliyetsiz olan tarafın zayıf tarafı korunması idesi ile ileri sürülen bu görüş açısından , zayıf tarafın korunması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır. Zira maddi hukuk bakımından “zayıf” tarafın korunması -sözleşmenin geçersiz olması- hali ile sağlanmakta olup; kanunlar ihtilafı hukuku bakımından ise zayıf tarafın korunmasını gerektiren bir durum olmayacaktır. Fakat taraflardan birinin, diğer tarafın ehliyetsizliği sebebiyle ehliyetsizliğe sebebiyet veren statünün sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak istemine hakim olacağını öngörebilmesi beklenemez ve bunun aksine yaklaşımla ileri sürülen *Bydlinski* tarafından ileri sürülen bu görüş kabul edilemez.

3.3.10 İrade Sakatlığı Hallerinde

Tartışma dışı olmakla birlikte MÖHUK sisteminde akit statüsünün kapsamı *Nomer'in* de belirttiği “sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine veya hükümlerinden birinin mevcudiyetine ve geçerliliğine” hakimdir¹³⁰⁰. MÖHUK m. 32 I'de de sözleşmenin kuruluşuna unsurların akit statüsüne tabi olduğu da ifade edilmiştir¹³⁰¹. Roma I Tüzüğü sonrası yürürlükten kalkan EGBGB Art. 31 I hükmüne aynı şekilde karşılık gelen MÖHUK m. 32 I hükmü uyarınca akit statüsünün kapsamına irade sakatlıkları ve sonuçlara girmektedir¹³⁰². Bu bakımdan mevcut veya varsayılan bir sözleşmeden kaynaklı olan sebepsiz zenginleşme istemlerinde fer'i bağlama noktası olarak akit statüsü uygulanması söz konusu olacaktır. Fakat, irade sakatlıklarından “korkutma” halleri açısından doktrinde fer'i bağlama noktasının uygulanıp

sözleşme statüsünün uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. (Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 270; Hoyer, **a.g.e.**, s. 8.)

¹³⁰⁰ Nomer, **a.g.e.**, s. 331.

¹³⁰¹ **A.e.**, s. 331.

¹³⁰² Heldrich, **a.g.e.**, s. 2558 ; ayrıca bkz. Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 293.

uygulanmaması gerektiği tartışıla gelmiştir. Bu hususa ilişkin öncelikle detaylı bir örnek vermemiz bize göre konunun anlaşılabilir olması adına elzemdir:

Gürcistan ve Türkiye’de faaliyette bulunan bir suç örgütünün lideri Gürcistan uyruklu (M), Gürcistan’ın Batum şehrindeki taşınmazını değerinden fazla satarak çıkar sağlamak istemektedir. Gürcistan hukukuna göre şeklen geçerli satış sözleşmesi yaparak amacını “meşrulaştırmak” amacıyla (M), Türk vatandaşı ve Türkiye’de yaşayan iş adamı (T)’yi Gürcistan hukukuna göre yazılı şekil şartının yeterli sayılan satış vaadi sözleşmesini imzalaması için tehdit eder. (M)’den korkan (T), sözleşmeyi kabul eder. Türkiye’deki banka hesabından (M)’nin Türkiye’deki banka hesabına havaledede bulunur. Aradan geçen 5 ay sonra Türkiye’de ikamet eden ve yaşayan (M)’nin Türkiye’de hapse girmesi sonucunda; sözleşmeyi iptal ettiğini beyan ederek üstündeki baskının kalkması sonucu (T), (M)’ye ödediği bedelin iadesi istemiyle ona karşı Türkiye’deki yetkili mahkemede iade isteminde bulunmaktadır.

Söz konusu örnek dikkate alındığında taraflar arasındaki gayrimenkul satış sözleşmesine uygulanacak olan hukuk MÖHUK m. 25 uyarınca Gürcistan hukukudur. (T)’nin sözleşmenin korkutma sebebiyle iptal etmesi hususu Gürcistan hukukuna göre belirlenecektir¹³⁰³. Ayrıca MÖHUK sisteminde taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmelerde m. 25’te katı bir şekilde *lex rei sitae* kuralı uygulandığından dolayı, başka bir hukukun uygulanması söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık yukarıda detaylı olarak ele aldığımız MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamına giren “mevcut veya taraflarca varsayılan bir hukuki ilişkiden” bahsederek (T)’nin iade isteminin fer’i bağlama noktası uyarınca sözleşme statüsüne tabi olacağı kabul edilebilir mi? Burada, dikkat edilecek olursa (T), (M) ile bir hukuki ilişki ve o

¹³⁰³ Gürcistan Medeni Kanunu’nda TBK m. 39’a benzer bir şekilde korkutma sebebiyle irade sakatlığı durumunda , korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren korkutulan tarafın bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkı vardır. (Gürcistan Medeni Kanunu m. 89) matsne.gov.ge (çevirimiçi) 25 Mart 2020.

hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka ilişkin bir öngörüsü –varsayımı olmamasına rağmen, (M)’nin kendisini korkutması sonucunda sözleşmeye taraf olmuştur. Bu bakımdan (T)’nin sebepsiz zenginleşme istemi açısından taraflarca ortaklaşa varsayılan hukuki bir ilişki kapsamına iptal edilen sözleşme girmeyecektir. Doktrinde, bu konuyu ele alan yazarlar korkutma halleri açısından fer’i bağlama noktasının uygulanmayacağını kabul etmişler¹³⁰⁴. Bu görüş dikkate alındığında MÖHUK m. 39/1 c.2 uygulanacak ve aşağıda belirttiğimiz üzere birçok tartışmaya gebe ve rastlantısal yer olması muhtemel olan zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku sebepsiz zenginleşme istemin hakim olacaktır. Bu durumda söz konusu örnekte (T)’nin Türkiye’deki banka hesabından (M)’nin Türkiye’deki hesabına havale yapıldığından zenginleşmenin gerçekleştiği yer olarak (MÖHUK m. 39/1 c.2 uyarınca) Türk hukuku uygulanacaktır.

Yalnız verdiğimiz söz konusu örnekte (T), (M)’nin Türkiye’deki hesabı yerine Gürcistan’daki banka hesabına ödeme yapmış olsaydı ya da (T)’nin Gürcistan’daki hesabından (M)’nin Gürcistan’daki banka hesabına havale yapılmış olsaydı, MÖHUK m. 39’da hatalı bir şekilde kanun koyucu tarafından ne tarafların ortak mutad meskeni hukuku (Roma II m.10/2) ya da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması şeklinde bir “kaçış kuralı”na yer verilmediğinden dolayı zenginleşmenin gerçekleştiği yer Gürcistan sayılacağından tartışmaya değer bir durum söz konusu olacaktır: Yukarıda ifade ettiğimiz üzere fer’i bağlama noktasının bilhassa taleplerin yarışması bakımından aynı hayat ilişkisinden doğan tüm taleplere aynı hukukun hakim olmasını sağlayarak taraf menfaatlerine hizmet ettiği dikkate alındığında, zenginleşmenin gerçekleşmesi ile birlikte fer’i bağlama noktası uyarınca haksız fiil statüsünün uygulanması mümkün olduğunu kabul ettiğimizi belirtmiştik. Kısacası MÖHUK m.39/1 c.1’i geniş yorumlamaktayız. Söz konusu örnekte de (M)’nin (T)’ye karşı olan fiili haksız fiil olarak vasıflandırılabilirliğinden dolayı, bizim görüşümüze göre MÖHUK m. 39/1 c.1 kapsamında fer’i bağlama noktası olarak MÖHUK m. 34 uyarınca haksız fiil statüsünün uygulanması kabul edilmelidir.

¹³⁰⁴ Almanya’da Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 194, 195; Busse, **a.g.e.**,s. 103;

Böylece (M)'nin Gürcistan'da zenginleşmesine rağmen, MÖHUK m.34/3 uyarınca korunması gereken (T)'nin yararına olarak Türk hukuku uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca söz konusu örnekten farklı olarak korkutanın üçüncü kişi ve sebepsiz zenginleştiği iddia edilen tarafın korkutma fiili ile bir alakası yoksa, bu hallerde korkutulan tarafın sebepsiz zenginleşme isteminde MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku yetkili olacaktır.

4. MÖHUK m. 39/1 c.2: Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer Hukukunun Uygulanacağı “Diğer” Haller

4.1 Genel Bilgi

Yukarıda fer'i bağlama noktasının düzenlendiği m. 39/1 c.1'e ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere ve m.39/2'de belirtildiği şekilde tarafların hukuk seçiminin yapmadığı durumlarda kanun koyucu sistematik olarak m. 39/1 c.1'in uygulanmasının mümkün olmaması halinde “zenginleşmenin gerçekleştiği ülke” hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir. Zenginleşmenin gerçekleştiği yerin rastlantısal bir yer olabileceği ve uluslararası para transferleri dikkate alındığında zenginleşmenin gerçekleştiği yerin hangi kriterlere göre belirleneceği ise aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere tartışmalı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada bu problemle ilgili kısaca örneklendirebiliriz:

Taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişki olmaması durumunda mutad meskeni İstanbul'da olan (A)'nın, mutad meskeni Almanya'da bulunan (B)'nin onun Almanya'dan erişimde bulunabildiği bir Fransız bankasının Paris şubesindeki hesabına hata ile para

*göndermesi durumunda zenginleşmenin gerçekleştiği yer neresi kabul edilecektir?*¹³⁰⁵

Ayrıca dikkat edilecek olunursa, sözleşme ve haksız fiilden doğan borç ilişkilerine ilişkin olarak bir çok “kaçış hükmüne” yer vererek daha sıkı ilişkinin varlığı halinde o devlet hukukunun uygulanmasını (MÖHUK m.24/4 c.3 , m.27/4 m.28/2c.2, m.28/3, m.34/3) kabul eden kanun koyucu tarafından MÖHUK m. 39’da bu şekilde bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Karşılaştırmalı olarak ve konunun tarihsel süreciyle ilgili olarak aktardığımız yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, Roma II Tüzüğü’nde, EGBGB’de ve İsviçre IPRG’de sebepsiz zenginleşme istemlerinde daha sıkı ilişkili hukukun varlığı durumunda o hukukun uygulanacağı şeklindeki kaçış düzenlemelerine yer verilmiştir. Nitekim Anglosakson hukuku uygulamasında da durum aynıdır¹³⁰⁶. Buna ilaveten de, zenginleşmenin gerçekleştiği yer bağlama noktasının da *lex causae conditionis*’e ilk alternatif olup olmayacağıının da, bilhassa Roma II m.10/2 göz önünde bulundurulduğunda ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Mevcut bu düzenlemede fer’i bağlama noktasının uygulanmadığı durumlarda tek alternatif olarak zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna kanun koyucu tarafından yer verilmesi açısından üst paragrafta verdiğimiz bilgiler çerçevesinde ele almamız gereken üç sorunsal vardır:

- 1) MÖHUK m. 39/1 c.2’nin uygulama alanına neler girer?
- 2) Zenginleşmenin gerçekleştiği yer nasıl ve hangi kriterlere göre tespit edilecektir?
- 3) ve ayrıca MÖHUK’ta kanun koyucu tarafından *lex causae conditionis*’in kabul edilmediği hallerde tek alternatif bağlama noktası olarak “zenginleşmenin gerçekleştiği yer”nin kabulü tutarlı bir çözüm yolu mudur?)

¹³⁰⁵ Benzer örnek için bkz. Kren Kostkiewicz, “Art. 128 IPRG”, s. 559.

¹³⁰⁶ Bkz. Başlık No. 2.1.3.

4.2 Uygulama Alanı

MÖHUK m. 39/1c.2’de açık bir şekilde “*Diğer hâllerde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği devlet hukuku uygulanır.*”İfadesine yer verilerek fer’i bağlama noktasının kabul edildiği ilk cümleinin uygulama alanı dışındaki hallerde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun sebepsiz zenginleşme istemlerinde uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkiden bahsedilemediği sınırlı durumlarda, sebepsiz zenginleşme istemlerinde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Bu bakımdan, yukarıda ifade ettiğimiz MÖHUK m. 39/1 c.1’in vasıflandırılmasına ve uygulama alanına ilişkin bütün açıklamalarımıza göre m.39/1 c.2’nin uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmelidir. Tekrar etmemiz gerekir ki, yukarıda detaylı olarak belirttiğimiz üzere MÖHUK m.39/1 c.1’in kapsamı kabul edilen görüşlere göre değişecektir. Örneğin, bizim kabul etmediğimiz ve hatalı bulduğumuz şekilde MÖHUK m.39’da Türk maddi hukukunda edim dışı zenginleşme ayrımı kabul edilirse müdahaleden ötürü zenginleşmelere uygulanacak hukuk m.39/1 c.2’ye göre tespit edilecektir. Buna mukabil, bizim görüşümüze göre ise müdahaleden ötürü zenginleşmeler, *lex causae conditionis* prensibinin tarihsel gelişimiyle amacı dikkat alındığından mevcut ya da karşılıklı olarak varsayılan hukuki ilişki kavramı salt hukuki işleme indirgenemeyeceğinden ve mümkün olduğu kadar geniş yorumlanacağından (aynı hayat ilişkisine farklı taleplerde farklı hukukların hakim olması ve taleplerin yarışıp yarışmayacağına hangi hukuka göre tespit edileceğinin belirsizliği gibi sorunların önüne geçileceğinden) m.39/1 c.1 kapsamına girecektir.

Üst paragrafta belirttiğimiz üzere, bizim görüşümüze göre müdahaleden ötürü zenginleşmeler de m.39/1 c.1 kapsamına girdiğinden, bağlama noktası olarak zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulandığı ikinci cümleinin (MÖHUK m.39/1 c.2) uygulama alanı bizim görüşümüze göre oldukça dardır. Ayrıca, MÖHUK m.39’da sebepsiz zenginleşme talepleri açısından, Roma II Tüzüğü Art. 10 IV, EGBGB Art. 41, IPRG Art. 15’in aksine, bir “kaçış kuralı” hatalı olarak kabul

edilmediğinden dolayı bu yaklaşımı zorunlu olarak görmekteyiz. Bu durumun da klasik örneği aşağıda daha ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere¹³⁰⁷ mutad meskeni aynı ülkede olan taraflar arasında aynı anda haksız fiil olarak vasıflandırılacak müdahaleden ötürü zenginleşme talebinde, haksız fiil isteminde kaçış kuralı gereği MÖHUK m. 34/3 uyarınca daha sıkı ilişkiden tarafların müşterek mutad mesken hukuku uygulanabilecekken, müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme isteminde MÖHUK m.39/1 c.2'nin uygulanmasını savunanlara göre rastlantısal bir yer olabilecek zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanabilecek olmasıdır. Ayrıca, MÖHUK m.34 açısından zararın gerçekleştiği yer hukuku ile m.39 açısından zenginleşmenin gerçekleştiği yer her zaman örtüşmeyebilmektedir¹³⁰⁸. Bu tarz durumları engellemek adına tekrar ifade etmemiz gerekir ki, “mevcut veya –kanun koyucunun tabiri ile iddia edilen- hukuki ilişki” kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Böylece aynı hayat ilişkisinden aynı taraflar arasındaki taleplere aynı hukuk yetkili olacaktır.

İlk olarak taraflar arasında mevcut veya karşılıklı varsaydıkları bir hukuki ilişkinin olmadığı edimin hedefinin saptığı hallerde (*abgeirrte Leistung*) c.1 uygulama alanı bulmayacak; mevcut düzenleme uyarınca ikinci cümlede belirlenen zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Örneklendirelim:

Türkiye’de bulunan ve A.Ş. olarak kurulan (F) A.Ş. futbol kulübü transfer ettiği futbolcusunun transfer ücretini asıl alacaklı olan İtalyan futbol kulübü (İ)’nin banka hesabına aktaracağına; yanılma sonucu arasında herhangi bir mevcut veya karşılıklı varsayılan bir hukuki ilişki olmayan

¹³⁰⁷ Bkz. Başlık No. 4.4.

¹³⁰⁸ Hatırlayalım: Yukarıda ele aldığımız üzere, Anglosakson hukuk düzeninde de aynı zamanda haksız fiil teşkil eden sebepsiz zenginleşme halleri, haksız fiil olarak vasıflandırılarak bu problemin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. (Bkz. Dicey, Morris & Collins, **a.g.e.**, (2006), s.1866; Dickinson, **a.g.e.**, Rn. 3.09. ve ayrıca Behrens, **a.g.e.**, s. 97-98 ve dipnot145) Bizim görüşümüz bu husus dikkate alındığında uluslararası karar ahengine hizmet edecek niteliktedir.

Hollanda futbol kulübü olan ve isim benzerliği olan (I)'nın Hollanda bankasındaki hesabına SWIFT işlemi işlemi ile aktarmıştır.

Görüleceği üzere burada Türk futbol kulübü (F) A.Ş. ile Hollanda merkezli (I) arasında herhangi bir mevcut veya karşılıklı olarak varsayılan hukuki ilişki yoktur. Burada bir anlamda “pasif” pozisyonda olan ve sadece banka hesabına iradesi dışında havale yapılan (İ)'nin kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında kendisine yabancı ve öngöremeyeceği bir devlet hukuku ile karşı karşıya bırakılması beklenemeyecektir. Böylece (F)'nin sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade isteminde MÖHUK m. 39/1 c.2 (böylece Hollanda hukuku) uygulanacaktır.

Doktrinde de kazandırmada bulunanın hatasına dayanan ve adresin, alıcının isminin ya da banka hesap bilgilerinin karıştırılması gibi edimin hedefinin saptığı hallerde (*abgeirrte Leistung*) taraflar arasında karşılıklı olarak dahi varsayılabilen hukuki bir ilişki olmayacağı için fer'i bağlama noktası uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹³⁰⁹. Yalnız ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde ise bazı

¹³⁰⁹ Bkz. Thorn, **a.g.e.**, s. 2847; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 47; Huber, **a.g.e.**, s. 296; ; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 828; Schinkels, **a.g.e.**, s. 509; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621; Kropholler, **a.g.e.**, s. 517; Bernd von Hoffmann/ Angelika Fuchs, “**Art. 38 EGBGB**”, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nedengesetzen Art. 38-42 EGBGB, Berlin, 2001, s.54; Huber, “**Art. 38 EGBGB**”, s. 2253; Dörner, **a.g.e.**, s. 2858; Backmann, **a.g.e.**, s. 1000; Lorenz, **a.g.e.**, s. 211; Einsele, **a.g.e.**, s.1032; Bettina Heiderhoff, **Europäisches Privatrecht**, C.F. Müller Verlag, 3. Auflage, Hemsbach, 2012, s. 230; Fehrenbacher, **a.g.e.**, s. 3255 ve 3379; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 559; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Schnyder/Liatowitsch, **a.g.e.**, s. 200; Kneller, **a.g.e.**, s.966; ; Paolo Michelle Patocchi/Elliott Geisinger/ Stephan Like, **Internationales Privatrecht**, Orell Füssli Verlag AG, Zurich, 2000, s. 423; Fritz Schwind, **Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts**, Wien, 1975 , s.340; Schwimann, **a.g.e.**, s. 84 ; Hans Köhler / Rudolf Gürtler, **Internationales Privatrecht**, Wien, 1979, s. 131; BGE 121 III 109; OGH 31. 1. 1985, 7 Ob 511/85 (Judith Schacherreiter, **Leading Decisions zum Internationalen Privatrecht**, Wien, 2008, s. 264; Behrens, **a.g.e.**, s. 91 ; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 298 vd. ; Christian v. Bar, **a.g.e.**, s. 534; Kegel/Schruig, **a.g.e.**, s.715; Kienle, **a.g.e.**, s. 88; Hoffmann/Thorn, **a.g.e.**, s. 479.

istisnai görüşlere yer verilmektedir ve bu hususu ayrıntılı olarak aşağıda ele almaktayız¹³¹⁰.

Üst paragrafta belirttiğimiz edimin hedefinin saptığı haller (*abgeirte Leistung*) dışında edim dışı zenginleşme hali olan harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşme “*Verwendungskondiktion*” halleri bazı hallerde MÖHUK m.39/1 c.2’nin uygulama alanına girebilmektedir¹³¹¹. Burada da maddi hukuk açısından yapmış olduğumuz açıklamalarımız da önem arz etmektedir¹³¹². Kısaca uygulama alanı doktrinde de belirtildiği üzere oldukça dar olan bu edim dışı sebepsiz zenginleşme tipinde, ortada taraflar arasında hukuki bir temel olmaksızın kazandırma söz konusu olacağından ötürü taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşme istemine zenginleşmenin gerçekleşeceği yer hukuku hakim olacaktır. Tekrar ifade etmemiz gerekir ki, taraflar arasında mevcut veya karşılıklı varsayılan bir hukuki ilişki varsa, m.39/1 c.1 uyarınca fer’i bağlama noktası uygulanacaktır¹³¹³. Örneğin, bir inşaat aracına ilişkin batıl bir leasing sözleşmesi kapsamında o araca olağandışı koşullarda yapılan masraflarda dahi masrafların isteminde sözleşme statüsü hakim olacaktır. Zira taraflar birlikte varsaydıkları ve aralarındaki ihtilaflarda karşı karşıya kalacaklarını öngörebildikleri hukuk sözleşme statüsü olacaktır. Ayrıca aşağıda

¹³¹⁰ Aşağıda ele aldığımız ve maddi hukukta niteliği tartışmalı olan üç köşeli ilişkilerde bilhassa havale ödeyicisi (ya da banka) *kendisine yüklenemeyecek* şekilde geçersiz ya da var olmayan bir havaleye/banka havalesine dayanarak, üçüncü kişiye yanlış ya da fazla ödemede bulunmuş olması durumunda, kendisinin direkt olarak edimi alana –havale alıcısına- karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunması hallerinde uygulanacak hukukun tespiti tartışmalıdır. (bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.1.3.)

¹³¹¹ v. Hoffmann/Fuchs, **a.g.e.**, s. 54; Huber, “**Art. 38 EGBGB**”, s. 2437; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2994; bkz. Thorn, **a.g.e.**, s.2847; Junker, **a.g.e.**, s.914; Kropholler, **a.g.e.**, s. 518; Hohloch,**a.g.e.**, s. 6975; Fehrenbacher, **a.g.e.**, s. 3255; Kegel/Schurig, **a.g.e.**,s. 715;

¹³¹² Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.3.

¹³¹³ Alman doktrininde de bu sonuca istisnai kaçış hükmü (Art. 41/2 n.1 c.1) ile varılmaktadır. Art. 38/2 EGBGB, müdahaleden ötürü zenginleşmelerde özel olarak uygulandığı için, özel olarak taraflar arasında fiili veya hukuki bir ilişkin varlığı halinde Alman kanun koyucusu özel bir düzenleme getirerek bu hukukun uygulanabileceğini vurgulamıştır. (bkz. bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 312 vd.; Fischer, **a.g.e.**, s.7; aynı doğrultuda bkz. Schlechtriem, **a.g.e.**, s.54; bkz. Kegel/Schurig, **a.g.e.**, s. 715)

belirttiğimiz üzere harcama bir eşyaya ise, taraflar arasında zilyet-malik ilişkisi söz konusu olacağından MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca aynı hak statüsünün hakim olması gündeme gelecektir. Zira “hukuki ilişki” kavramı bizim görüşümüz uyarınca malik-zilyet ilişkisini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

Maddi hukuka ilişkin olarak açıklamalarımızda ayrıca ele aldığımız rücu hakkı veren sebepsiz zenginleşme halleri de “*Rückgriffskondiktion*”, salt olarak üçüncü kişi tarafından yabancı borcun ödenmesi hallerine ilişkin olarak dar uygulama alanı bulduğundan; bu hallerin özel niteliği gereği ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde uygulanacak hukuka ilişkin açıklamalarımızda ele almaktayız¹³¹⁴.

4.3 Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yerin Tespiti

4.3.1 Genel Olarak

Hatırlayalım: Alman hukukunda EGBGB Art. 38’de “edim” kıstas olarak alındığından sistematik olarak müdahaleden ötürü zenginleşmelerde Art. 38/2’de özel olarak müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun hakim olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin temelinde doktrinde haksız fiile uygulanacak hukukla paralellik getirmesi amacı olduğu vurgulanmış; müdahalenin gerçekleştiği yer ifadesi ile “*Handlungsort*” fiilin gerçekleştiği yer ile “*Erfolgort*” zararın gerçekleştiği yer arasındaki ilişkinin ucunun açık bırakıldığı belirtilmiştir¹³¹⁵ ve doktrindeki EGBGB

¹³¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.5.

¹³¹⁵ Bkz. Kegel/Schurig, **a.g.e.**, s. 147; EGBGB Art. 40 I’de, haksız fiile uygulanacak hukukta zarara uğrayana “*Handlungsort*” ilâ “*Erfolgort*” arasında seçim yapma imkanı tanınmış olduğunu hatırlatmamız da yarar var. (ayrıca bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 355) Bu bakımdan, Kegel/Schurig tarafından da bahsedildiği üzere Alman kanun koyucu tarafından EGBGB Art. 38/2 ve Art. 40/1 arasında uyum sağlanmaya çalışılmış ve böylece bu çalışmamızda ayrıntılı olarak vurguladığımız üzere aynı hayat ilişkisinden taleplerin yarışması hallerinde farklı hukuk nizamlarının hakim olunmasının önüne geçilmek istenmiştir. (bkz. Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 67 vd. ; ayrıca bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 273) Nitekim EGBGB açısından Alman hukukunda “müdahale yeri”nin kabul edilmesine karşılık; bizim görüşümüze göre MÖHUK açısından (ve ayrıca Roma II Tüzüğü ve İsviçre IPRG açısından) fer’i bağlama noktası m.39/1 c.1 uyarınca müdahaleden ötürü zenginleşmelerde uygulanacaktır. Bu

Art. 38/2 üzerine olan tartışmalar, “kaçış kuralı” EGBGB Art. 41 bağlamında hangi hallerde esaslı olarak daha sıkı ilişkili bir hukuktan bahsedileceği eksenindedir¹³¹⁶. Buna karşılık, Roma II Tüzüğü m.10’da ve İsviçre IPRG Art. 128’de fer’i bağlama noktası “edim”e indirgenmemiştir. Bu bakımdan da ayrıntılı olarak yukarıda belirttiğimiz üzere, “mevcut veya varsayılan hukuki ilişki”nin kapsamına zenginleşme anında gerçekleşen hukuki ilişkinin (haksız fiil, malik- zilyet ilişkisi) girip girmeyeceği, Roma Tüzüğü 10/2,3 ve IPRG Art. 128/2’nün alanını belirlemektedir¹³¹⁷. Bizim görüşümüze karşıt olarak müdahaleden ötürü zenginleşmeleri *lex causae conditionis* uygulaması dışında tutanlar, bir başka ifade ile müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmelerde –fer’i bağlama noktasını- kabul etmeyen görüştekiler ise¹³¹⁸, “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” bağlama noktasının yorumu veya kaçış kuralı (Roma II m. 10/4 – IPRG Art. 15) yardımıyla çoğu konuda haksız fiil statüsü ile aynı hukukun uygulanması paralelinde görüşler bildirmektedirler¹³¹⁹. Fakat burada fer’i bağlama noktasının kabul edilmemesi şeklindeki yöntem farklılığından dolayı, bilhassa aynı zamanda haksız fiil teşkil eden

yaklaşımımızın pratik sonucu ise, zenginleşmenin gerçekleştiği yer ile haksız fiil statüsünün farklı yorumlarla aynı hayat ilişkisine farklı hukuk nizamlarının hakim olmasını engellemek olacaktır.

¹³¹⁶ Örneğin Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 274 vd.

¹³¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.

¹³¹⁸ Bkz. Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621.

¹³¹⁹ EGBGB Art. 38 II’de müdahaleden ötürü zenginleşmelerde müdahale yeri ayrıca bağlama kuralı kabul edilmekteyken; kabul etmediğimiz m.10/1’in uygulama alanını dar tutan görüşü savunan bir kısım Alman hukukçularının Roma II Tüzüğü m.10’da bu yol ve EGBGB benzeri düzenlemede bulunulmadığından dolayı yanılgıya düştüklerini düşünmekteyiz. Halbuki, Roma II m.10/1’de “sözleşme ya da haksız fiil gibi- taraflar arasındaki hukuki ilişkiye” ibaresinden anlaşılması gereken salt olarak haksız fiilden doğan veya haksız fiilden doğduğu varsayılan bir borca ilişkin ödemeler olmayıp, bundan ötede müdahalenin gerçekleştiği anda doğan hukuki ilişkinin anlaşılması gerekmektedir. Gerek Anglosakson hukukunda aynı zamanda haksız fiil teşkil eden zenginleşme hallerinin haksız fiil statüsünün uygulanmasının kabulü ; gerek ise *lex causae conditionis*’in tarihsel gelişim sürecinde aynı hayat ilişkisine ilişkin taleplere aynı hukukun uygulanarak maddi hukuk ahenginin sağlanması amacı dikkate alındığında Roma II m. 10/1 kapsamına müdahaleden ötürü zenginleşme halleri de gireceğinin kabulü gerekmektedir.

müdahaleden ötürü zenginleşmelerde hakimın yorumuna bırakılarak aynı hayat ilişkisine farklı hukuk nizamlarının uygulanmasının yolu açık tutulmamalıdır.

Her ne kadar, yöntem olarak kabul etmesek de, bu başlık altında müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmeleri *fer'i bağlama noktası* kapsamı dışında bırakanların görüşlerini de ele almaktayız.

4.3.2 Müdahaleden Ötürü Sebepsiz Zenginleşmenin *Lex Causae Conditionis* Uygulaması Dışında Tutanların Yaklaşımları ve Eleştirilerimiz

4.3.2.1 Eşyaya Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler

İsviçre IPRG açısından konuyu ele alanlardan müdahaleden ötürü zenginleşmeyi *lex causae conditionis* dışında tutan yazarlar tarafından, müdahalenin karışma, birleşme veya işleme yoluyla malvarlığı kayması durumunda (mülkiyetin intikali) *lex rei sitae*'nin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹³²⁰. Müdahalenin bir eşyaya ilişkin olarak yetkisiz tasarruf ile olduğu durumlarda, zenginleşmenin gerçekleştiği yer çoğu durumda eşyanın bulunduğu yer olacağından *lex rei sitae*'nin uygulanacağı aynı yazarlarca vurgulanmıştır¹³²¹.

Bizce sonucu doğru, fakat *fer'i bağlama noktası*nın uygulanmamasından dolayı metodu yanlış olan bu görüşün¹³²² temeli, Alman doktrininde müdahaleden ötürü

¹³²⁰ Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Grawehr, **a.g.e.**, s. 176vd.; Kneller, **a.g.e.**, s. 965; Schnyder/Liatowitsch, **a.g.e.**, s. 200.

¹³²¹ Bkz. bir önceki dipnot.

¹³²² Yukarıda ifade ettiğimiz üzere *fer'i bağlama noktası*nın kabulü ile aynı sonuca varılmaktadır. Nitekim *fer'i bağlama noktası*na yer verilmesi MÖHUK sistemi açısından elzemdir. Zira MÖHUK m.39'da bir kaçış kuralı olmadığından; söz konusu sonuca zenginleşmenin gerçekleştiği yerin yorumlanması yerine, tüm vasıflandırma problemleri kaldırılarak aynı hayat ilişkisine ilişkin taleplerde aynı hukukun yetkili olması sağlanmaktadır.

zenginleşmelerde bağlama noktasının özel olarak ele alınmasından kaynaklanan EGBGB'ye ilişkin Alman doktrinine ilişkin görüşlere dayanmaktadır¹³²³. Alman doktrininde de belirtildiği üzere, kural olarak aynı zamanda haksız fiil statüsü ile aynı hukukun uygulanması amacıyla müdahale yeri hukukunun EGBGB Art. 38/2'de kabul edildiği; eşyalara ilişkin müdahalelerde ise fiilin gerçekleştiği yer (*Handlungsort*) ile zararın gerçekleştiği yerin(*Erfolgort*) çoğunlukla birleştiği vurgulanmaktadır¹³²⁴. Bir kimseye ait taşınır üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunulması şeklinde gerçekleşen müdahaleden ötürü zenginleşmelerde ise, çoğunlukla durumun aynı olarak haksız fiil- sebepsiz zenginleşme- mülkiyetin intikaline ilişkin aynî hak statülerinin “lex rei sitae” üstünde birleştiği belirtilmekle birlikte; istisnai olarak mülkiyetin nakline ya da bir ayni hakkın kazanımına ilişkin uyuşmanın (*Einigung*) gerçekleştiği yer olan olarak müdahalenin gerçekleştirildiği yer ile mülkiyetin intikal ettiği ya da eşya üzerinde ayni hakkın kazanıldığı yerin farklı yerler olduğu hallerde davacının haksız fiil statüsü açısından EGBGB Art. 40/1'de fiilin gerçekleştiği yer ile zararın gerçekleştiği yer açısından kendisine verilen seçimi kullanmadığı¹³²⁵ ve

¹³²³ Ayrıca belirtmeliyiz ki Alman doktrininde EGBGB reformundan önce sebepsiz zenginleşme istemlerinde özel bir bağlama kuralı olmadığından, müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerine ilişkin bağlama kuralının tespiti tartışmalı hal almıştır. Korunan hukuki değer bulunduğ yeri hukuku, zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku ve müdahale yerinin hakim olmakla birlikte istisnai olarak hak sahipliğinin gerçekleştiği haller için hakkın değişmesine sebebiyet veren hukukun uygulanması gibi görüşler ileri sürülmüştür. (görüşlerle ilgili bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.272 vd. ; Schlectriem, **a.g.e.**, s. 67 vd. ; Busse, **a.g.e.**, s.133 vd.) Buna karşılık Schlectriem'in görüşleri paralelinde müdahaleden ötürü zenginleşmede müdahalenin gerçekleştiği yer bağlama noktası olarak Art. 38/2'de özel olarak düzenlenmiştir.

¹³²⁴ Detaylı açıklamalarla konuyu ele alan kaynaklar için bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, 287 vd. ve Gerfried Fischer, “**Die Neuregelung des Kollisionsrechts der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag im IPR-Reformgesetz von 1999**”, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2002(Ed. Jürgen Basedow/ Gerhard Kegel/ Heinz Peter Mansel), s. 1 vd.

¹³²⁵ EGBGB Art. 40 I c.2'de, haksız fiile uygulanacak hukukta zarara uğrayana “Handlungsort” ilâ “Erfolgort” arasında seçim yapma imkanı tanınmıştır. (ayrıca bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 355) Bu aynı fıkranın 3. Cümlesinde belirtildiği şekilde yapılmaz ise, 1. Cümle uyarınca “Erfolgort” fiilin işlendiği yer hukuku hakim olacaktır.

böylece EGBGB Art. 40/1 c.1 uyarınca “*Handlungsort*”un uygulanmasının gündeme geldiği durumlarda “kaçış kuralı” olarak EGBGB Art. 41 uyarınca daha sıkı irtibatlı hukukun “*Erfolgsort*” yani mülkiyetin geçtiği andaki “*lex rei sitae*” olacağı vurgulanmaktadır¹³²⁶. Bu görüşün ele alınmasındaki temel sebep, haksız fiile uygulanacak hukuk açısından EGBGB sisteminde yukarıda belirttiğimiz üzere zarar görenin EGBGB Art. 40/1 c.3 uyarına zarar yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin seçim yapmaması durumunda fiilin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Buna mukabil İsviçre kanunlar ihtilafı hukuku açısından, bizim katıldığımız görüş uyarınca¹³²⁷ tüm müdahaleden ötürü zenginleşmelerde fer’i bağlama noktasının uygulanması durumunda da haksız fiile uygulanacak hukuk açısından İsviçre Kanun koyucusu IPRG Art. 129’da bağlama noktası tercihini zararın gerçekleştiği yer (*Erfolgsort*) olarak kabul ettiğinden taşınır eşyaya ilişkin yetkisiz tasarruf hallerinde zarar yeri mülkiyetin el değiştirerek zararın olduğu *lex rei sitae* olacaktır.

Bu görüşümüzün aksine müdahaleden ötürü zenginleşmelerde de zenginleşmenin gerçekleştiği yerin bağlama noktasının istisnasız olarak uygulanması ise problemlidir. Müdahaleden ötürü zenginleşmelerde MÖHUK m.39/1 c.2’nin uygulanması görüşünün savunulması ve MÖHUK m.39’da “kaçış kuralı”na kanun koyucu tarafından yer verilmemiş olması görüşümüzü daha da tutarlı kılmaktadır. Dikkat edilirse, İsviçre IPRG ve Roma II Tüzüğü açısından büyük bir fark olarak “kaçış kuralı” (IPRG Art. 15 / Roma II Art. 10/4) kabul edildiğinden; zenginleşmenin gerçekleştiği yer bağlama noktasına, müdahale zenginleşmelerinde zenginleşmenin gerçekleştiği yerin eşyanın bulunduğu ülkeden – ya da zararın gerçekleştiği ülkeden farklı bir ülke olduğu durumlarda haksız fiil statüsünün uygulanabileceği, yabancı doktrinde müdahaleden ötürü zenginleşmeleri *lex causae conditionis* prensibi dışında tutanlar tarafından dahi kabul edilebilecektir¹³²⁸. Fakat istisnai olarak “kaçış kuralı”nın kabul edilmediği MÖHUK m. 39 açısından bu

¹³²⁶ Fischer, **a.g.e.**, s. 5; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 380 vd. ; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 382.

¹³²⁷ Jolanta Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 549 vd.

¹³²⁸ Örneğin Bkz. Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621.

durum geçerli olmayacaktır. Bu durum birçok yorum farklılığına sebebiyet verebilecek ve rastlantısal olabilecek zenginleşmenin yeri ekseninde çözüm aranacaktır. Böylece aynı hayat ilişkisine ilişkin taleplerin (sebepsiz zenginleşme - haksız fiil- aynı hak) farklı hukuka tabi olmaları şeklinde maddi hukuk ahenginden ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinden uzak çözümler gündeme gelebilecektir.

Türk doktrininde ise, salt karışma, birleşme, işleme hallerine ilişkin olarak konu indirgenerek *lex rei sitae*’nin uygulanacağı soyut olarak ifade edilmektedir¹³²⁹. Ayrıca edim dışı zenginleşmeleri eMÖHUK m.26 uyarınca “zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku”nun uygulama alanında kabul eden Özel tarafından karışma, birleşme dışında cereyan eden ve aynı zamanda haksız fiil teşkil eden sebepsiz zenginleşmelerde, haksız fiile uygulanan hukuk ile sebepsiz zenginleşmeye uygulanan hukukun aynı olması gerektiğini belirtilmektedir.¹³³⁰. Fakat üst paragrafta belirttiğimiz üzere MÖHUK m. 39’da kaçış kuralı olmadığından, her ne kadar aynı sonuca ulaşırsak da Özel’in çözüm metoduna katılmamaktayız. Nitekim “zenginleşmenin gerçekleştiği yer”nin yorumu ile bu sonuca varmak mümkün

¹³²⁹ Bkz. Özel, **a.g.e.**,s. 764 (ve ayrıca dipnot 131) ; Nomer, **a.g.e.**, s. 367; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu Ön Tasarı Sempozyumu**, İstanbul, 1978, s. 190.

¹³³⁰Özel, **a.g.e.**, s. 766 ve 768: Haksız fiile uygulanacak hukuk açısından eMÖHUK’ta yer alan kaçış kuralı uyarınca (eMÖHUK m.25/3) müşterek milli hukukunun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Aslında burada bizce Özel tarafından ileri sürülen görüş; *lex causae conductionis* prensibi uyarınca fer’i bağlama noktasının uygulanmasından başka bir şey değildir. Zira, yazarın da ifade ettiği üzere şu anki düzenlemede (MÖHUK m. 39) olduğu gibi eMÖHUK m. 26’da – daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı- bir kaçış kuralına yer verilmemiştir. Özel tarafından bu haller açısından –aynı hayat ilişkisine aynı hukukun hakim olması- kabul edilmekteyken; yazarın vasıflandırmaya ilişkin görüşlerinin sonucu olarak geçersiz sözleşmeye ilişkin karşılıklı iade istemlerinde taraflardan birinin isteminin aynı hak statüsü uyarınca (örneğin tasarruf işleminin sebebe bağlılığı sebebiyle) mülkiyetin geçmemiş olmaması durumunda farklı hukuklara tabi olabileceği sonucu çıkmaktadır. **A.e.**, s. 745 vd. ve eleştirilerimiz için yukarıda bkz. İkinci Bölüm Balık No. 3.3.4.5.) Halbuki , yukarıda ele aldığımız *fonksiyonel vasıflandırma* bu durumu dışlamakta olup; yabancı doktrinde ve *otonom vasıflandırma*’nın gerçekleştirildiği Roma I ve II Tüzüklerinin uygulaması açısından kabul edildiği üzere karşılıklı iade istemlerine *lex causae conductionis* prensibi uyarınca maddi hukuk ahengi sağlanarak sözleşme statüsü uygulanacaktır.

değildir. Ayrıca MÖHUK açısından haksız fiiller bağlamında bir kaçış kuralı (m.34/3) olmasına rağmen ayrıca m. 39’da bir kaçış kuralının olmaması, bu görüşü kabul edenler açısından şu sakıncayı doğuracaktır: Örneğin Türk doktrininde de belirtildiği üzere haksız fiile uygulanacak hukuk açısından tarafların müşterek mutad meskeni hukuku m.34/3 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk sayılabileceği gündeme gelebilecekken ¹³³¹, m.39’da bir “kaçış kuralı” olmadığından zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu durum da, taraf menfaatlerine aykırı olacağı gibi, gerek maddi hukuk ahengine gerek ise karşılaştırmalı olarak baktığımızda “müşterek mutad meskeni” hukukunun yabancı kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde ve uygulamalarında kabul edildiği dikkate alınca uluslararası karar ahengine aykırı olacaktır.

Eğer müdahale emtia senedine ise, senedin bulunduğu yer hukukunun (*lex cartae sitae*) hakim olacağı da doktrinde haklı olarak belirtilmektedir¹³³². Zira taraf menfaatlerine uygun olarak onların öngörebileceği hukuk “aynı hak” statüsü olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sebepsiz zenginleşme istemlerine, zilyet malik ilişkilerine ve haksız fiil istemlerine uygulanacak hukuk aynı olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz taşınırlara ilişkin yetkisiz tasarruf şeklinde cereyan eden müdahaleden ötürü zenginleşmeler açısından belirttiğimiz eleştiriler burada da aynı doğrultudadır. Uygulamada her ne kadar çoğunlukla zenginleşmenin gerçekleştiği yer ve *lex cartae sitae* aynı yer olabileceği kabul edilse de “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” ile müdahalenin farklı ülkelerde olduğu çok istisnai, spesifik hallerde (örneğin emtia senedi sahibinin sebepsiz zenginleşen tarafından aynı zamanda haksız fiil teşkil edecek şekilde çeşitli yollarla kandırılarak sebepsiz zenginleşenin bulunduğu ülkeye posta yoluyla yollanması) zenginleşmenin gerçekleştiği yer farklı olacağından, kaçış kuralının kabul edilmediği MÖHUK m.39 uyarınca – “müdahaleden ötürü zenginleşmelerde zenginleşmenin gerçekleştiği yeri

¹³³¹Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 356-357; Doğan, **a.g.e.**, s. 405; bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 295 ; bkz. Ergin Nomer, **a.g.e.**, s. 358 vd.

¹³³² Grawehr, **a.g.e.**, s. 177; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439.

kabul edenlerce- zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanmak zorunda kalınacak ve bu durum da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı olacaktır.

4.3.2.2 Alacak Hakkına Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler

Müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme, yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere hukuk düzenince yalnızca bir başkasına özgülenen hukuki alana müdahale şeklinde gerçekleştiğinden, bir alacak hakkına müdahale şeklinde de gerçekleşebilir¹³³³. Bu durumun bir örneği de aşağıda üç köşeli ilişkiler açısından ele aldığımız alacağın temlikinde temlik edenin, temlik alandan habersiz olarak borçludan artık kendisinin olmayan alacağı tahsil etmesidir¹³³⁴. Dikkat edilirse burada temlik edenin edimden ötürü bir sebepsiz zenginleşme talebi söz konusu olmayıp, ortada edim dışı –müdahaleden ötürü- bir zenginleşme söz konusu olacaktır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele aldığımız temlike konu bu isteme uygulanacak hukuk, zenginleşmenin gerçekleştiği yer (Alman doktrininde müdahalenin gerçekleştiği yer) ve alacağın temlikinin sebebini oluşturan statü (*Zessionsgrundstatut*) görüşleri arasından; temlik eden ile temlik alan arasında hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk onların karşılıklı istemlerinde muhatap olacaklarını öngörebilecekleri hukuk olacağından alacağın temlikinin sebebini oluşturan hukuki ilişkiye uygulanacak (*Zessionsgrundstatut*) hukuktur.

Üst paragrafta belirttiğimiz özel halin dışında, bir başka alacak hakkına müdahale örneği birden fazla alacağın temlikinde, kötü niyetli alacaklıdan ikinci defa –geçersiz olarak- temlik alan kişinin iyi niyetli borçludan borcu tahsil etmesi halidir. Maddi hukuk açısından ele aldığımızda ve dikkat edilirse üç köşeli (temlik alan-

¹³³³ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.2.

¹³³⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.4. ve 2.2.2.4.

alacaklı –borçlu) ilişkinin dışında yer alıp geçersiz olarak ikinci kez alacağı görünüşte temlik alan kişi alacak hakkına sahip olmamasına rağmen asıl temlik alanın alacak hakkına müdahalede bulunmaktadır. Zira, borçlu iyi niyeti sayesinde borcunu itfa etmiş sayılmakta, alacak hakkı sona ermiş olacaktır. Bu hallerde yabancılik unsuru mevcut olursa alacağına kavuşamayan temlik alanın, görünüşte alacaklı olarak kazanımda bulunana karşı istemde bulunup bulunamayacağına hangi hukukun uygulanacağı önem taşıyacaktır. Örneklendirelim:

Almanya’da kurulan ve merkezi burada bulunan (A) şirketi, Türk şirketi (B) ile arasında Alman hukukunun hakim olduğu sözleşme uyarınca (B)’den yüklü miktarda alacaklıdır. (A) şirketi Türkiye’de faaliyette bulunmak amacıyla ve (B)’den olan alacağını bir başka iş ilişkisinde ve borçlu olduğu Alman şirketi (E)’ye temlik etmiştir. (E) , bu alacağı temlik aldığını (B)’ye bildirmemiş; (A) şirketi ise kötü niyetli olarak aynı alacağı farklı bir ticari ilişkiden borçlu olduğu Türk şirketi (Ü)’ye borcuna mahsuben devretmiştir. (Ü), (B)’ye karşı bildirimde bulunmuş ve (B) de iyi niyetli (A)’nın temlik ettiğini sandığı borcu (Ü)’ye Türkiye’de ödemiştir. Almanya’da (A)’ya karşı tahsil kabiliyeti olmadığından dolayı eli boş dönen (E), geçersiz temlik dolayısıyla kendisine ait olan alacağı tahsil ettiğinden ötürü (Ü)’ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunmaktadır.

İlk olarak örnekte görüldüğü üzere (Ü)’nün zenginleştiği yer Türkiye’dir. Fakat alacağın temliki ile borçlu (B), -sözleşme alman hukukuna tabi olduğu için- borcundan iyi niyetle kurtulup kurtulmadığı (A) ile arasındaki sözleşme statüsü olan Alman hukukuna tabi olacağı tartışmasızdır. (Tıpkı TBK m. 186’da olduğu gibi Alman hukukunda BGB § § 408,407 hükümleri uyarınca borçlu borcundan kurtulacaktır) Bununla birlikte asıl olarak alacağı temlik alan (E)’nin (B)’ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunup bulunamayacağına yetkili hukuk hangisinin olacağının cevaplandırılması gerekecektir. Bu hususa ilişkin görüşümüzü açıklamadan evvel doktrindeki görüşleri ele alabiliriz.

Üçüncü kişinin müdahalesi ile alacağa müdahalede bulunulması durumunda İsviçre doktrinde hakim görüş, alacak hakkına bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen müdahalelerde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun prensip olarak hakim olacağı ve bunun da tasarruf işleminin gerçekleştiği yer olduğu kabul edilmektedir¹³³⁵. Hemen belirtmemiz gerekir ki, dikkate aldığımız kaynaklarda soyut bir biçimde bu husus ele alınmıştır. EGBGB Art. 38 bağlamında Alman doktrindeki görüşlerde de, yukarıda ifade ettiğimiz üzere maddenin 2. fıkrasında müdahaleden ötürü zenginleşmelere özel olarak müdahale yeri “*Eingriffsort*” kural olarak kabul edildiğinden, bundan daha sıkı ilişkili olarak müdahaleye konu alacağa uygulanacak hukukun, alacak statüsünün (*Forderungsstatut*) olması gerektiği kimi yazarlar tarafından savunulmuştur. Aşağıda da belirttiğimiz üzere, “müdahale yeri” yerine üçüncü kişinin alacağa müdahalesi ile o alacağın tabi olduğu hukukun uygulama alanıyla karşı karşıya gelebileceğini varsaydığı, öngörebileceği için alacak statüsünün daha sıkı ilişkili olduğu sonucuna tutarlı bir şekilde varılmaktadır¹³³⁶¹³³⁷. Bir başka görüş ise *Schlechtriem* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar tarafından alacaklının beklentisinin alacağa ilişkin ifa yerinde yoğunlaştığı ve buradaki müdahaleleri öngörebileceği için, ifa yeri hukukunun hakim olması gerektiği savunulmuştur¹³³⁸. Ayrıca, istisnai haller olarak alacağın geçerli bir şekilde üçüncü kişi tarafından edinilmesi hallerinde ise, önceki alacaklının mutad meskeni hukukun

¹³³⁵ Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Grawehr, **a.g.e.**, s. 180; Kneller, **a.g.e.**, s. 965; Schnyder/Liatowitsch, **a.g.e.**, s. 200.

¹³³⁶ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 285-286; bkz. Fischer, **a.g.e.**, s. 6 ; krş. Fehrenbacher, **a.g.e.**, s. 3255; bkz. Lüderitz, **a.g.e.**, s. 1924 ; aynı yönde Busse, **a.g.e.**, s. 138; yalnız Busse tarafından aşağıda üç köşeli ilişkiler açısından ele aldığımız (bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.2.4) alacağın temlikinde temlik edenin temlik alandan habersiz olarak borçludan artık kendisinin olmayan alacağı tahsil ettiği hallerde de bu statünün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bizim görüşümüze göre ise, alacağın temlikinin ardında yatan hukuku ilişkinin hakim olması gerekmektedir.

¹³³⁷ Roma II Tüzüğü açısından konuyu ele alan *Thorn ve Backmann*nda yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere alacak statüsünün hakim olması gerektiğini (m.10/4 uyarınca daha sıkı ilişkili olduğundan) vurgulamıştır. Bkz. *Thorn, a.g.e. (Rom II - 10)*, s. 2847; Backmann, **a.g.e.**, s. 1002.

¹³³⁸ *Schlechtriem, a.g.e.*, s. 68; aynı yönde *Einsele, a.g.e.*, s. 1030.

hakim olacağı da müdahale edilen malvarlığı merkezinin burasının olduğu gerekçesi ile *Schlechtriem* tarafından savunulmuştur¹³³⁹.

Türk doktrininde ise, alacak hakkına müdahale şeklinde gerçekleştirilen müdahaleden ötürü zenginleşmeler açık bir şekilde ele alınmadığını görmekteyiz. Burada da, Türk doktrininde konu ayrıntılı olarak ele alınmayıp alelade edim dışı bir zenginleşme olarak MÖHUK m. 39/1 c.2'nin uygulama alanı altına sokulması durumunda, “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” bağlama noktası olacak; zenginleşmenin gerçekleştiği yer üzerinden yorumla yetkili hukukunun tespiti yoluna gidilmesi gerekecek; bu da Milletlerarası Özel Hukuk adaletine, tarafların menfaatlerine aykırı sonuçlara gebe olacaktır. Halbuki , bizim görüşümüze göre bu hallerde MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası ile müdahalede bulunan alacak hakkının dayandığı hukuki ilişkiye uygulanacak hukukunun sebepsiz zenginleşme isteminde yetkili olacağının kabulü gerekmektedir. Zira müdahalede bulunarak zenginleşen taraf kendi müdahalesi ile müdahalede bulunduğu alacak hakkının tabi olduğu hukukla karşı karşıya gelebileceğini öngörebilecek pozisyonda iken, alacak hakkına müdahalede bulunan sebepsiz zenginleşme alacaklısı ise zaten alacak hakkına sahip olmakla o alacağa gelebilecek müdahaleleri öngörebilecek pozisyonda olacaktır. Buna karşılık “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” bağlama noktası kabul edilir ise, hem rastlantısal bir yer olma tehlikesinin hem de müdahalede bulunan tarafın yararına olacak şekilde alacağına müdahalede bulunan tarafın öngöremeyeceği hukukun uygulanmasının önü açılacaktır.

Alacak hakkına müdahale, alacağın devri şeklinde de meydana gelebilmektedir. Bu husus bilhassa alacağın kıymetli evraka bağlandığı durumlarda meydana gelebilir. Alman doktrininde bu husus da ele alınmıştır. Şayet hak senede bağlanmakla birlikte hakkın devri senedin zilyetliğinin devrine bağlı değilse (bu durumda kıymetli evrak söz konusu olmayacaktır) bu durumda yukarıdaki kriterler

¹³³⁹ Schlechtriem, **a.g.e.**,s. 68.

ele alınacaktır¹³⁴⁰. Buna karşılık alacağın senede bağlandığı ve senedin zilyetliğinin devrinin hakkın geçmesi için şart olduğu hallerde (kısacası ortada kıymetli evraktan bahsedildiği hallerde) ise hakim görüş, alacağın bu sayede eşya gibi biçimlenmesinden ötürü *lex cartae sitae*'nin yetkili hukuk olacağı yönündedir¹³⁴¹. Busse, ise nama yazılı senetler (*Rektapapiere*) açısından bir ayrıma giderek bu senetlerde emre ve hamiline yazılı senetlerden farklı olarak tarafların *lex cartae sitae*'den ziyade hakkın devredilmesinde senede bağlanan alacak hakkının ön planda olduğuna dayanmaktadır¹³⁴². Bizim görüşümüze göre ise, alacağın kıymetli evraka bağlandığı durumlarda alacak hakkının yetkisiz olarak devri şeklinde gerçekleşen yabancı unsurlu müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerinde *lex cartae sitae* yetkili olmalıdır. Ayrıca Busse, tarafından ileri sürülen görüş kabul edilemez. Zira kıymetli evraklarda hakkın senetsiz ileri sürülememesi söz konusu olup; tıpkı taşınır eşyalarda olduğu gibi tarafların devir anında senedin bulunduğu yer üzerinde –isterse senet nama yazılı olsun- işlem güvenliği tesis edilmiş olacaktır. MÖHUK açısından ele aldığımızda ise, müdahaleden ötürü zenginleşmelerde “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” bağlama noktasının kaderine bırakan görüş savunulduğunda, eşyaya karşı gerçekleştirilen müdahaleler açısından bahsettiğimiz üzere bir çok belirsizlik söz konusu olacaktır. Buna karşılık MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca bu hallerde fer'i bağlama noktası ile aynı hayat ilişkisinden doğan tüm taleplere (sebepsiz zenginleşme –haksız fiil ve malik-zilyet ilişkisi hallerine) aynı hukukun uygulanması sağlanacağından tutarlı bir şekilde maddi hukuk ahengi sağlanmış olacaktır.

4.3.2.3 Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına Karşı Gerçekleştirilen Müdahaleler

Müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerine fer'i bağlama noktasının uygulanmasını kabul etmeyen görüşü savunanlar tarafından, fikri mülkiyet haklarına

¹³⁴⁰ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 286; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 68, Fischer, **a.g.e.**, s. 6; Busse, **a.g.e.**, s.138.

¹³⁴¹ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 286;

¹³⁴² Busse, **a.g.e.**,s.143.

ilişkin müdahalelerde zenginleşmenin gerçekleştiği yerin yorumu ile hakkın korunmasının talep edildiği devlet hukuku (*lex loci protectionis*) ile uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Şöyle ki, zararın gerçekleştiği yerin, “Erfolgsort”un, bu tür istemlerde hakim olacağı İsviçre doktrinde belirtilmiştir¹³⁴³. Bu hususun temelinde de, fikri mülkiyet hakkının mevcudiyeti, sahipliği, muhtevası, tecavüzün varlığı ve buna bağlı taleplerin aynı statüye tabi olmasının sağlanması düşüncesi yatmaktadır¹³⁴⁴. Kneller de aynı sonuca varmakla birlikte, zenginleşmenin hakkın doğumu, muhtevası ve korumanın etkisinin belirlendiği ülkede gerçekleştiği yorumunda bulunmaktadır¹³⁴⁵.

EGBGB’ye ilişkin olarak Art. 38/2’de müdahaleden ötürü zenginleşme kapsamında konu ele alındığından; müdahale yeri farklı bir yer olduğu durumlarda daha sıkı ilişkili hukuk olarak *lex loci protectionis*’in Art. 41/2 uyarınca uygulanmasının gündeme geleceği kabul edilmiştir¹³⁴⁶.

eMÖHUK’a ilişkin olarak konunun ele alındığı makalesinde Özel tarafından, fikri ve sınai mülkiyet haklarına müdahaleden ötürü zenginleşmeler konusu ele alınmıştır. Yazar tarafından eMÖHUK açısından müdahaleden ötürü zenginleşmelerde fer’i bağlama noktasının direkt olarak uygulanması hususu kabul edilmeyip, yukarıda bahsettiğimiz üzere soyut bir şekilde sebepsiz zenginleşme isteminin haksız fiil statüsü ile paralel olması gerektiği ve ihlal yeri olarak tecavüzün

¹³⁴³ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,3439; Grawehr, **a.g.e.**, s. 178.

¹³⁴⁴ Bkz. Kneller, **a.g.e.**,s .965 vd.

¹³⁴⁵ Kneller, **a.g.e.**,s .965.

¹³⁴⁶ Reform öncesindeki görüşler de aynı yöndedir: Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 51, v. Bar, **a.g.e.**, s. 536;Busse, **a.g.e.**, s. 146; Plassmeier, **a.g.e.**, s.402vd. ; ayrıca krş. Einsele, **a.g.e.**,s.1033: Yazar tarafından mal varlığı kayması ekseninde konu ele alınarak zenginleşmenin gerçekleştiği yer üzerinden sonuca varılmaya çalışılmıştır. Fakat bu görüş kabul görmemiştir. Reform sonrası : bkz. Siehr, **a.g.e.**,(2001)s. 262-263; Looschelders, **a.g.e.**, s. 577.

sonuçlandırıldığı yerin aynı zamanda zenginleşmenin gerçekleştiği yer olduğu belirtilmiştir¹³⁴⁷.

Bizim görüşümüze göre ise burada MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası uyarınca MÖHUK m. 23/1'e göre *lex loci protectionis* hakim olacaktır. Her ne kadar aynı sonuca varılsa da, zenginleşmenin gerçekleştiği yerin farklı yorumlanmasının yolu fer'i bağlama noktasının maddi hukuk ahengini sağlama fonksiyonu ile bertaraf edilecektir. Böylece müdahalede bulunan fikri mülkiyet hakkı sebepsiz zenginleşme istemine konu edilirse, fikri mülkiyet hakkının mevcudiyeti, sahipliği, muhtevası, tecavüzün varlığı ve buna bağlı taleplerinin hakim olduğu *lex loci protectionis* ile uyum halinde olacaktır. Ayrıca, her ne kadar uygulamada rastlanılması nadir olsa da, bu görüşümüzün farklı bir sonucu doğacaktır: MÖHUK m. 39/2 uyarınca zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra tarafların uygulanacak hukuku –seçilecek hukuka ilişkin bir sınırlama olmaksızın- açıkça olmak şartıyla seçebilecekleri kabul edilmişken, taraflarca hukuk seçimi açısından MÖHUK m. 23/2'de tarafların, fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplerde, ihlalden sonra sadece *lex fori*'nin uygulanmasını kararlaştırabilmesi kabul edilmiştir. Bu bakımdan zenginleşmenin gerçekleştiği yer kapsamında konuyu ele alanların görüşlerinin sonucu olarak, m. 23/2'den bağımsız olarak m. 39/2 uyarınca tarafların herhangi bir hukuku zenginleşmeden sonra açıkça olması şartıyla seçebilecekleri kabul edilecektir. Buna karşılık bizim görüşümüze göre ise fer'i bağlama noktası uyarınca m.39/2 yerine m.23/2 uygulanmalıdır. Tabi burada fikri mülkiyete ilişkin haklar açısından m.23/2'de hukuk seçiminin *lex fori* ile sınırlandırılmış olmasının yerinde olup olmadığı farklı bir tartışma konusudur. Fakat kanun koyucun özel bir amaç izleyerek bu hükme yer vermesinden dolayı MÖHUK m.23/2'nin uygulanması daha tutarlı olacaktır.

¹³⁴⁷ Özel, a.g.e.,s.765.

4.3.2.4 Diğer Müdahale Halleri

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere müdahale üst başlıkta belirttiğimiz haller ile sınırlı değildir. Bilhassa yukarıda maddi hukuk açısından ifade ettiğimiz üzere *Yetki İçeriği Teorisi*(*Zuweisungsgehaltstheorie*) uyarınca¹³⁴⁸ bir hakkın sahibine özgülenen yetki içeriğine müdahalede bulunarak elde edilen her zenginleşme haksız olup, bu teoriye göre haksız fiilden bağımsız bir tanım yapılarak, o hakkın özgülediği, tahsis ettiği yetki alanı dikkate alınmaktadır¹³⁴⁹.

Bizim görüşümüz doğrultusunda aynı hayat ilişkisinden farklı taleplere farklı hukukların yetkili olmasını ve taleplerin yarışması açısından vasıflandırma problemlerini bertaraf etmek adına fer'i bağlama noktasının uygulanması kaçınılmaz olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz müdahaleden ötürü zenginleşme hallerinden farklı olarak gerçekleşen diğer müdahale hallerinde de çözümümüz aynıdır. Kişilik haklarına müdahalelerde de bu doğrultuda MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca MÖHUK m. 34 uyarınca tespit edilecek hukuk hakim olacaktır. Buna karşılık MÖHUK m. 39/1 c.2'nin uygulanarak sebepsiz zenginleşme isteminde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku kabul edilir ise, aynı anda haksız fiil teşkil eden sebepsiz zenginleşme istemine, kısacası aynı hayat ilişkisine, haksız fiil statüsünün zenginleşmenin gerçekleştiği yer ile örtüşmemesi durumunda davacının talebine bağlı olarak farklı hukukların yetkili olabilmesi tehlikesi doğacaktır.

Ayrıca, bizim görüşümüz doğrultusunda rekabetin engellenmesinden kaynaklı sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir istem varsa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca MÖHUK m. 38/1 uyarınca rekabetin engellenmesinden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu devlet hukuku yetkili olacaktır¹³⁵⁰. Haksız rekabet ile

¹³⁴⁸Bkz. Birin Bölüm Başlık No. 4.1.2.3.

¹³⁴⁹ Eren , **a.g.e.** s. 879; Stadler**a.g.e.**, p. 51, Sprau, **a.g.e.**,s.1167, (n.36). Koppensteiner/ Kramer, **a.g.e.**,s. 75vd., Ellger, **a.g.e.** s. 485 vd. ; Walter Wiburg ,**a.g.e.**, s. 27vd.; Stadler,**a.g.e.**, n.57.

¹³⁵⁰ Alman doktrininde ayrı olarak müdahaleden ötürü zenginleşme hallerine ilişkin EGBGB Art. 38/2 'nin uygulanması açısından bağlama noktası olarak kabul edilen müdahale yerinin doğrudan etkilenen

yarışan bir sebepsiz zenginleşme talebi açısından da durum aynıdır. (MÖHUK m.39/1 c.1 göndermesi ile MÖHUK m.37 uygulanacaktır.) Bu duruma karşılık, her ne kadar somut olarak doktrinde müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme taleplerine fer'i bağlama noktasının uygulanmasını kabul etmeyenler tarafından bu husus ele alınmasa da; zenginleşmenin gerçekleştiği yerin doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkeden farklı olması söz konusu olabilecek bir durum olduğunu belirtmeliyiz.

Ayrıca Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen ve çözümlenen özel bir durumda, Alman doktrininde konuyu ele alan *Eilinghoff* tarafından ilgili çalışmasında ele alınmıştır¹³⁵¹. Söz konusu olayda Almanya'da iflas edenin yurt dışındaki mallarına karşı o ülkede özel olarak gerçekleştirdiği icra takibi ile müdahalede bulunan iflas alacaklısına karşı diğer iflas alacaklılarının kendi haklarına müdahale edildiği sebebiyle yöneltilen müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemine iflas yeri hukuku olan *lex fori*'nin hakim olacağı kabul edilmiştir. Bunun temelinde (tıpkı bizim hukukumuzda olduğu gibi¹³⁵²) iflasın açıldığı anda iflas edenin tüm malvarlığının iflas masasına girmesinden kaynaklandığına dayanmaktadır. Bizim görüşümüze göre de, MÖHUK açısından Türkiye'de iflas edenin yurtdışındaki mallarına karşı iflas masasına alacak kaydı yapılmış başka bir iflas alacaklısı tarafından müdahalede bulunulması durumunda da Türk hukukunun iflas masasını teşkil eden malvarlığı üzerinde hakim olan Türk hukukunun sebepsiz zenginleşme isteminde de hakim olması gerekir. Zira diğer iflas alacaklısının iflas masasına

piyasanın bulunduğu devlet hukuku ile örtüştüğü *Eilinghoff* tarafından kabul edilmektedir. EGBGB'de buna karşıt olarak müdahale yerinin örtüşmediğini kabul eden yazarlar dahi, kaçış kuralı ile aynı sonuca ulaşma yoluna gitmektedirler. (bkz. *Eilinghoff*, **a.g.e.**, s. 293vd.)

¹³⁵¹BGH, Urteil vom 13-07-1983 - VIII ZR 246/82 (Hamm)beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 1 Şubat 2021

¹³⁵² İİK m. 184/1 c.1'de ifade edildiği üzere iflas açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. Bizim de katıldığımız görüşe göre yurt dışındaki mallar da yasal olarak iflas masasına tabidir. (ayrıca tartışmalarla ilgili olarak bkz. Hülya Taş Korkmaz, İflas Masası, İzmir, 2004, s. 22vd.)

girdiğini öngördüğü bir eşyanın yurtdışında olması sebebiyle korunması gerekmeyecektir. Örneklendirelim:

Türkiye’de iflasına karar verilmiş (G) şirketinin, Bulgaristan’da kayıtlı ve inşaat faaliyetinde bulunan şubesi bulunmaktadır. İflas masasına kayıtlı alacaklı Alman vatandaşı (A), Bulgaristan’da (G)’ye karşı ayrıca bir icra takibi başlatmış; söz konusu icra takibi Bulgaristan’daki (G) şirketinin şube merkezine tebliğ edilmiştir. Bulgar kanunları uyarınca cevap verilmediğinden (A), ayrıca (G)’nin Bulgaristan’daki inşaat makinalarını haczettirmiş ve oradaki prosedür ile sattırarak alacağının bir kısmına kavuşmuştur. Akabinde Türkiye’de tasfiyenin gerçekleşip iflasın kapanması sonucunda Türkiye’deki müflis (G)’den alacağına kovuşamayan alacaklılarından (T), durumu öğrenmesi üzerine (A)’ya karşı sebepsiz zenginleşme istemi ile dava ikame eder.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, zenginleşmenin gerçekleştiği ülkenin Bulgaristan olduğu ortadadır. Müdahaleden ötürü zenginleşme istemlerini MÖHUK m. 39/1 c.2 kapsamına alan görüş sonucunda Bulgaristan hukukunun uygulanması gibi hakkaniyetsiz bir sonuç ortaya çıkacaktır. Zira, İsviçre, Almanya ve Roma II düzenlemelerinden farklı olarak bir kaçış-istisna hükmü MÖHUK m. 39’da bulunmamaktadır. Bizim görüşümüz uyarınca burada (A)’nın Türkiye’de iflas masasına kaydettirdiği alacağı varken ve böylece Türk şirketi (G)’nin Türkiye’de iflas ettiğini bildiğinden Bulgaristan’da bulunan eşyaya karşı gerçekleştirilen müdahalesinde iflas yeri hukuku olan Türk hukuku uygulanmalıdır. Bu çözüme bize göre MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca fer’i bağlama noktası olarak haksız fiil statüsünün uygulanması ile ulaşılabilir. MÖHUK m.34/3 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk olarak iflas yeri hukukunun, Türk hukukunun, yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir. Böylece (T)’nin (A)’ya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunup bulunamayacağı, bulunabilecek ise isteminin kapsam ve şartları konularında Türk hukuku yetkili olacaktır. Buna mukabil, kanımızca yukarıdaki örnekten farklı olarak müflis (G) şirketinin Türkiye’deki iflas masasına alacak kaydı yaptırmamış

yurt dışındaki bir başka alacaklısı tarafından Bulgaristan’da icra takibi yapıp, haciz yoluyla söz konusu eşyaların sattırılması durumunda, bu alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde ise eşyanın bulunduğu yer hukukunun aynı zamanda zarar yeri hukuku olan *lex rei sitae* olarak Bulgaristan hukukunun hakim olması gerekecektir. Zira bu durumda, iflası bilebilecek veya öngörebilecek durumda olmayan kişinin menfaati ön planda tutulmalıdır.

Doktrinde ayrıca üzerinde durulmamış olsa da, bize göre yabancılık unsuru içeren istirdat istemlerinde uygulanacak hukukun ayrıca tartışılması da önem arz etmektedir. İcra takibinin kesinleşmesi sebebiyle, görünüşteki borçlunun görünüşteki alacaklıya karşı ödenmiş olan paranın geri iadesi istemi eğer olayda yabancılık unsuru varsa ise uygulanacak hukukunun tespitini gündeme getirecektir. Zira bizim de katıldığımız üzere doktrinde ağırlıklı olarak ve Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere istirdat davası niteliği itibariyle (İİK m.72/7’de de açıkça belirtildiği üzere) genel hükümlere tabi bir sebepsiz zenginleşme davasıdır¹³⁵³. Eğer yabancılık unsuru söz konusu ise, Türkiye’de gerçekleştirilen bir icra takibinden kaynaklanan ve İİK’da düzenlenen bir dava olması istirdat davalarının yabancılık unsuru içermeleri durumunda MÖHUK hükümlerine göre uygulanacak hukukun tespitine engel değildir. Zira taraflar arasında cereyan eden bu sebepsiz zenginleşme isteminin devletin icra hukuku ile ilgili olan hükümlerle hakları ile ilgisi de yoktur. Nitekim, bu hallerde ortada müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmeye dayanan taraflar arasındaki bir istem söz konusu olacaktır. Taraflar arasında ihtilaf içeren sözleşme vb. gibi yabancı hukukun yetkili olduğu bir hukuki ilişki varsa acaba davacının İİK m.72 hükmüne dayanarak genel hükümlere göre açtığı istirdat davasında Türk hukukunun mu yoksa tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukukun mu uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bilhassa bu husus, Türk hukukunda istirdat davası davacısına özel bir şekilde imtiyaz olarak verilen sebepsiz zenginleşme isteminden farklı olarak TBK m.79’da¹³⁵⁴ yer alan zenginleşmenin iyi

¹³⁵³ Bkz. Ömer Faruk Demir, **İstirdat Davası**, İstanbul, 2020, s. 2 ve 5

¹³⁵⁴ TBK m.79/1 : “*Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür.*”

niyetle elinden çıkardığını ispat ettiği kısım kadar iade yükümlülüğünden kurtulma şansına yer verilmemiş olması¹³⁵⁵, Türk hukuku ile taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukta hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin farklı düzenlenmiş olabilmeleri dikkate alındığında sonuç bakımından önem arz edecektir. Burada bizim görüşümüz, yabancı unsurlu bir istirdat davasında taraflar arasında ihtilafa konu hukuki bir ilişki söz konusuysa, o ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili MÖHUK m. 39/1 c.1 olması gerekir. Zira tarafların ihtilaf söz konusu olduğunda karşı karşıya kalabileceklerini öngörebildikleri hukuk aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuktur. Eğer icra takibine ilişkin borç taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkiye dayandırılmıyorsa, o zaman Türk hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Burada ister müdahaleden ötürü zenginleşme olarak MÖHUK m. 39/1 c.1'in uygulanması ister ise zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca uygulanacağı kabul edilsin sonuç aynı olacaktır. Zenginleşmenin gerçekleştiği yer, zarar yeri veya eşyanın bulunduğu yer (örneğin icra takibi sonucunda bir davacıya ait bir eşyanın haciz sonucu açık arttırma ile satılıp paraya çevrilmesi söz konusu olursa) aynı yer olarak Türk hukuku olacaktır.

4.4. Bağlama Noktası Olarak Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer Hukukunun Uygun Olup Olmadığı ve Zenginleşmenin Gerçekleştiği Yer Hukukunun Tespiti

Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız ve belirttiğimiz görüşümüz uyarınca MÖHUK m. 39/1 c.2'nin kapsamı dardır¹³⁵⁶. Hatta, yine yukarıda belirttiğimiz üzere *lex causae condictiois'in* uygulama alanını dar tutan ve edimden ötürü zenginleşmelere indirgeyen görüşlere yer veren yazarlar tarafından dahi, istisnai kaçış kuralının uygulanması ile çoğu sefer rastlantısal bir yer olması muhtemel zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanmasından kaçınılmaktadır¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Bkz. Demir , **a.g.e.**,s. 86. : ayrıca İstirdat davası ile sebepsiz zenginleşme isteminin yarışmasına ilişkin doktrinindeki tartışmalar için bkz. **a.e.**, s. 82 vd.

¹³⁵⁶ Bkz. Başlık No. 4.2.

¹³⁵⁷ Bkz. Başlık No. 4.2.'te yer alan açıklamalar.

Bunun aslında tipik örneği, taraflar arasında mevcut veya varsayılan hukuki bir ilişkinin olmadığı durumlarda tarafların mutad meskenlerinin aynı olması durumunda müşterek mutad mesken hukukunun sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olması halidir. Nitekim, Alman kanunlar ihtilafı hukukunda Art. 41/2 n.2 EGBGB hükmü uyarınca müdahaleden ötürü zenginleşme (Art. 38/2 EGBGB) ve diğer zenginleşme halleri (Art. 38/3 EGBGB) açısından bu durum somut bir şekilde düzenlenmiş; tarafların müşterek mutad mesken hukukunun (ya da taraflardan biri tüzel kişi ise tüzel kişilik merkezinin ya da şubesi ile diğer tarafın mutad meskeninin veya tarafların her ikisinin de tüzel kişi olduğu durumda müşterek tüzel kişilik merkezi ya da şubenin) olması durumunda, fer'i bağlama noktasının - *lex causae condictiois*'in- uygulama alanı kapsamındaki edimden ötürü zenginleşmeler dışındaki tüm sebepsiz zenginleşme istemlerinde söz konusu hukukun uygulanması kabul edilmiştir¹³⁵⁸¹³⁵⁹. Bu yaklaşımın etkisiyle Roma II Tüzüğü'nde m. 10'da da *lex causae condictiois*'ten sonra bakılması ilk gereken bağlama noktasının müşterek mutad mesken hukukunun olması gerektiği (m. 10/2) kabul edilmiştir. Nitekim İsviçre IPRG Art. 15 hükmü uyarınca da daha sıkı ilişkili hukuk olarak müşterek mutad mesken hukukunun zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku yerine uygulanması *Kren Kostkiewicz* tarafından haklı bir şekilde vurgulanmaktadır¹³⁶⁰.

Bütün bu hususlara karşılık, MÖHUK sistemini ele aldığımızda yukarıda ifade ettiğimiz üzere (sözleşme ve haksız fiillere uygulanacak hukuktan farklı olarak) istisnai kaçış hükmü olarak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesine, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından m.39'da yer verilmemiştir. Bilhassa

¹³⁵⁸ Bkz. Huber, **a.g.e.(Art. 38 EGBGB)** , s. 2438; Kropholler,**a.g.e.,s.** 518; Kegel/Schurig, **a.g.e., s.** 715; Reuter/Martinek, **a.g.e., s.**794.

¹³⁵⁹ Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, söz konusu hüküm salt sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından değil, Art. 39'da yer alan vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk bakımından da geçerlidir. Nitekim Art. 40/2'de de zaten haksız fiile uygulanacak hukuk açısından paralel düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece görüleceği üzere EGBGB'de kanun koyucu tarafından sistematik olarak bu taleplerin yarışması durumunda aynı hukukun yetkili olması burada da sağlanmak istenmiştir.

¹³⁶⁰ *Kren Kostkiewicz*, **a.g.e.,s.** 560.

haksız fiillere ilişkin olarak bu tarz bir hükme yer verilmiş iken, m.39'da bunun kabul edilmemesinin hukuki bir temeli yoktur. Kanımızca bu eksiklik konunun kanunun hazırlanması aşamasında gözden kaçmış olmasından ileri gelmektedir. Buna rağmen, bizim haklı ve tutarlı görüşümüz uyarınca *lex causae condictionis*'in geniş şekilde bilhassa müdahaleden ötürü zenginleşmeleri kapsayacak şekilde yorumlanarak uygulanmasıyla, MÖHUK m.39/1 c.1'in fer'i bağlama kuralının göndermesiyle MÖHUK m. 34/3'te yer alan istisnai kaçış kuralı ile tarafların müşterek meskeninin olması gibi durumlarda müşterek mutad meskeni hukukunun uygulanması gündeme gelebilecektir. Bunun aksi görüşte ise, çoğu zaman rastlantısal ve tespiti zor olan zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun MÖHUK m. 39/1 c.2 uyarınca uygulanması gerekecektir.

Yukarıda kazandırmada bulunanın hatasına dayanan ve adresin, alıcının isminin ya da banka hesap bilgilerinin karıştırılması gibi edimin hedefinin saptığı hallerde (*abgeirrte Leistung*), taraflar arasında karşılıklı olarak dahi varsayılabilen hukuki bir ilişki olmayacağı hallerde fer'i bağlama noktası uygulanamayacağını; kapsam dışındaki diğer hallerin de, somut olayda mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiden bahsedilemez ise, harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşme "*Verwendungskondition*" ve rücu hakkı veren sebepsiz zenginleşme halleri "*Rückgriffskondition*" olduğunu belirtmiştik. Bu haller açısından, zenginleşmenin gerçekleştiği yerin tespiti önem arz edecektir.

Zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması, ancak şu haklı gerekçeye dayanabilecektir: Dikkat edilirse; sebepsiz zenginleşme alacaklısı olduğunu iddia eden taraf gerçekleştirdiği eylemin (klasik örnek olarak yurtdışındaki bir hesaba hatayla para aktarması) bir başka ülkede zenginleşme teşkil edebileceğini öngörmektedir. Buna karşılık sebepsiz zenginleştiği iddia edilen taraf ise elde ettiği zenginleşmenin iade yükümlüğünü zenginleşmesinin gerçekleştiği yer hukuku uyarınca doğacağına güvenmektedir ¹³⁶¹. Bu bakımdan somut olayda ancak ve ancak

¹³⁶¹ Bkz. Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 57; Aynı yönde bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 91: Yalnız yazarın Roma II Tüzüğü açısından m.10/1 kapsamına edim dışı zenginleşmeleri almadığını, buna karşılık müdahaleden

tarafların ortak öngörülerini başka bir hukuki ilişkide kesişmemekte ise, o zaman zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku yetkili olabilmelidir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, rastlantısal ve tespitin zor olabilmesi adına zenginleşmenin somut olaya göre tespitin gerektiği *Kren Kostkiewicz* tarafından vurgulanmıştır¹³⁶². Öte yandan, doktrinde edimin hedefinin saptığı hallerde (*abgeirrte Leistung*), bilhassa banka hesabına yanlışlıkla isim karışıklığı vs. gibi hallerde zenginleşmenin gerçekleştiği yerin, zenginleşenin korunması adına kural olarak onun çevre- muhit hukuku (*Umweltsrecht*) olan mutad meskeni, ikamet yeri, ya da tüzel kişilerde idare merkezi olduğu görüşleri ileri sürülmüştür¹³⁶³. Bu yaklaşımın temelinde bilhassa banka transferlerinde ödemenin gerçekleştiği veya ödemeyi alan bankanın rastlantısal yerler olabilmesi ve tarafların öngöremeyecekleri farklı bir devlet hukuku ile muhatap olmalarının engellenmesi istenci yatmaktadır¹³⁶⁴.

Grawehr ise, aksi görüş olarak zenginleşenin bankasının bulunduğu yer hukukunun hakim olacağını¹³⁶⁵ belirtmiştir. *Grawehr*'e göre zenginleşen tarafın, bankasının bulunduğu yerde zenginleşebileceği ve alacak istemlerine muhatap

ötürü zenginleşme hallerinde paralelliğin sağlanması adına, zenginleşenin sorumluluğunu doğuran davranışının söz konusu olması durumunda , alacaklının korunmaya layık olduğu ve böylece onun kayba uğradığı ve hukuki pozisyonun etkilendiği yerin zenginleşmenin gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. (a.e.,s. 97) Görüleceği üzere, bu görüş Roma II m.10/3'te açıkça "zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku"nun (*Alm. das Recht des Staates, in dem die ungerechtfertigte Bereicherung eingetreten ist / İng. the law of the country in which the unjust enrichment took place*).zorlama bir şekilde yorumlanmasından başka bir şey değildir.

¹³⁶² Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 559.

¹³⁶³ Bkz. Einsele, **a.g.e.**,1031, Behrens, **a.g.e.** s. 92-93; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 559 vd. ; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Busse, **a.g.e.**, s.161; Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 301;Kneller, **a.g.e.**, s. 966; Vischer, **a.g.e.**, s. 266; Plassmeier,**a.g.e.**, s. 377 ; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 57 ; Fischer, **a.g.e.**, s. 6; Kropholler, **a.g.e.**, s.517vd.; Hohloch, **a.g.e.**, s.6975;

¹³⁶⁴ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**,s. 559-560

¹³⁶⁵ Grawehr, **a.g.e.**,s. 181,

olabileceğinden dolayı bu yer hukukun uygulanması gerekecektir¹³⁶⁶. *Grawehr* ile paralel görüşü bilhassa Roma II Tüzüğü m. 10 açısından ele alan başka yazarlar da daha yakın zamanda ileri sürmüştür¹³⁶⁷: *Huber/Bach*'a göre, örnek olarak Portekiz'de yaşayan kişinin İspanya'daki banka hesabına yanlışlıkla para transferi gerçekleşmiş ise, zenginleşme yerinin somut malvarlığı İspanya'da olması sebebiyle, zenginleşme istemine İspanyol hukukunun hakim olacağı belirtilmektedir¹³⁶⁸. Ayrıca, doktrinde bu görüşü ileri süren yazarların bir kısmı tarafından zenginleşmenin gerçekleştiği yerin tespitinde derhal/dolaysız zenginleşmenin “*immediate enrichment*” dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹³⁶⁹. Bunun örneği ise, bir başka ülkeden zenginleşenin banka hesabına, başka ülkeden erişim sağlaması durumunda (örneğin paranın ATM'den çekilmesi ya da alıcı tarafından bir başka ülkedeki kendi başka bir hesabına aktarılması gibi), zenginleşmenin gerçekleştiği yerin para miktarının transfer edildiği hesabın bulunduğu yer olduğudur. Böylece zenginleşenin bağlama noktasını manipüle ederek değiştirebilmesi engellenecektir¹³⁷⁰. Ayrıca, taraflar arasındaki zenginleşme istemine konu kazandırmanın birden çok ve farklı yerlerde (örneğin davacı tarafından, hatayla arada bir hukuki ilişki olmaksızın zenginleşen tarafın farklı ülkedeki banka hesaplarına transfer yapılması gibi) olması durumunda o zaman daha sıkı ilişkili hukuk olarak ikamet yeri, mutad mesken veya iş yeri hukukunun gündeme gelebileceği de ileri sürülmektedir¹³⁷¹.

Bizim görüşümüz, banka transferlerinde sebepsiz zenginleştiği iddiasında bulunulan tarafın meblağın transfer edildiği hesabın bulunduğu banka şubesi hangi ülkede ise, o ülkenin zenginleşmenin gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesi gerektiğidir. Zira, banka hesabının açılmasıyla – daha doğru müşterisi olduğu banka

¹³⁶⁶ **a.e.**, s.181.

¹³⁶⁷ Schinkels, **a.g.e.**,s. 511; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621; Dörner, **a.g.e.**, s.2858; Huber/ Bach, **a.g.e.**, s. 297vd. ; Limbach, **a.g.e.**,s. 435; Junker, **a.g.e.**, s. 914; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847.

¹³⁶⁸ Huber/ Bach, **a.g.e.**, s. 297.

¹³⁶⁹ Huber/ Bach, **a.g.e.**, s. 298; Schinkels, **a.g.e.**, s. 511.

¹³⁷⁰ Bkz. Huber/ Bach, **a.g.e.**, s. 298

¹³⁷¹ Schinkels, **a.g.e.**,s. 511; Cheshire/North/Fawcett ,**a.g.e.**, s. 830; Huber / Bach, **a.g.e.**, s.299.

ile ciro sözleşmesi akdettiği anda- hesap sahibi hesabın bulunduğu ülkede kazanımda bulunabileceğini ve o ülkenin hukuk kurallarıyla muhatap olabileceğini öngörebilecek durumdadır. Bu bakımdan kazandırmada bulunanın hatasına dayanan ve adresin, alıcının isminin ya da banka hesap bilgilerinin karıştırılması gibi edimin hedefinin saptığı hallerde (*abgeirrte Leistung*), havale alıcısının o kadar da – kendi mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanması yoluyla- korunmasına gerek yoktur. Ayrıca parayı transfer eden ve sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak talebinde buluna davacı taraf da– kendisinin önceden bilemeyeceği- , rastlantısal olarak karşısına çıkabilecek olan zenginleşen tarafın mutad meskeni, iş yeri ya da ikamet yeri hukuku ile karşı karşıya bırakılmamalıdır ¹³⁷². Banka ve benzeri uluslararası havale işlemleri dışında olan edimin hedefinin saptığı hallerde ise (örneğin kargonun başka ülkede üçüncü bir kişiye gönderilmesi), zenginleşen taraf kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında korunmayı hak edecektir. Zira bu hallerde zenginleşen tarafın önceden özel olarak muhatap olabileceğini öngörebileceği bir hukuk olmayacaktır. Burada da daha tutarlı olarak gerçek kişilerde ilk olarak mutad mesken hukukunun¹³⁷³, yoksa yerleşim yeri hukukunun (taraflar arasında ticari veya mesleki bir faaliyete dayalı hukuki bir ilişki olmadığından iş yerinden söz etmek mümkün olmayacaktır), tüzel kişilerde ise idare merkezi hukukunun yetkili olması kabul edilmelidir.

Uygulamada gerçekleşmesi çok zor bir hal olarak (teorik olarak) doktrinde örnek verilmiş olan davacı tarafından, arada bir hukuki ilişki olmaksızın zenginleşen tarafın farklı ülkedeki banka hesaplarına hatayla farklı transferler yapılması gibi hallerde ise, somut olay dikkate alınmalıdır. Banka hesaplarından biri dahi

¹³⁷² Ayrıca doktrinde ele alınmamış olsa da, ortada aracı kurumların olduğu kripto paraya ilişkin transferlerde de yukarıda belirttiğimiz ve katıldığımız görüşe paralel olarak, zenginleşen tarafa aracılık eden kurumun idare merkezinin bulunduğu yer hukukunun hakim olması gerektiğini de belirtebiliriz.

¹³⁷³ Burada sebepsiz zenginleşen tarafın malvarlığının ekonomik merkezi yerleşim yerinden daha doğru bir şekilde yansıtmaktadır. Zira kişi, kalıcı olarak oturma amacıyla fiilen o ülkede bulunmakla malvarlığının ekonomik merkezini orası olarak belirlemiş olacaktır. Eğer kişinin mutad meskeninden bahsedilemez ise, o zaman yerleşim yeri hukukunun uygulanması gündeme gelebilecektir.

zenginleşen tarafın mutad meskeni, yerleşim yeri, idare merkezi gibi bir bağlama noktası ile örtüşmüyor olabilir. Böyle durumlarda zenginleşen banka hesaplarını açmasıyla söz konusu banka hesaplarının bulunduğu yer hukukuna tabi istemlerle karşı karşıya kalabileceğini öngörebileceğinden; her farklı banka hesabına gerçekleştirilen banka transferine konu meblağların iadesi de, ayrı ayrı paranın transfer edildiği banka hesaplarının bulundukları devlet hukukuna mozaik bir biçimde tabi olacaktır.

Diğer harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşme “*Verwendungskondition*” hallerinde ise, zenginleşenin kurtulduğu harcamanın normalde gerçekleşeceği yerin, “zenginleşmenin gerçekleştiği yer” olduğu konusunda konuyu ele alanlar tarafından vurgulandığını da nihayet belirtebiliriz¹³⁷⁴. Bu görüşe göre harcama bir eşyaya yapıldıysa, eşyanın bulunduğu yer zenginleşme yeri olacaktır¹³⁷⁵. Fakat biz aşağıda belirttiğimiz üzere bu görüşe katılmamaktayız. Maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere¹³⁷⁶ haksız zilyedin masraf istemini düzenleyen TMK m.994, 995 kapsamına giren hallerin de harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşmenin “*Verwendungskondition*” özel görünüş biçimi olduklarını belirtmiştik. Bu bakımdan da, bizim de katıldığımız görüş uyarınca yabancılık unsuru içermesi halinde haksız zilyedin harcama istemlerinde de bağlama konusunun sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması gerekir¹³⁷⁷. Böylece, bu istemlerde sebepsiz zenginleşme statüsü hakim olacaktır. Aynı yönde MK m. 723 hükmünde özel olarak düzenlenen malzeme sahibinin bir başkasının arazisinde malzemesini kullanmasına ilişkin talepler de masraf zenginleşmesine ilişkin olduğu için, sebepsiz zenginleşme statüsü hakim olacaktır. Konuyu ele alan yazarlardan, *Eilinghoff*, ise bu hallerde sebepsiz zenginleşme isteminden ziyade aynı

¹³⁷⁴ Huber/Bach, **a.g.e.**,s. 298 ; Cheshire/North/Fawcett ,**a.g.e.**, s. 830; Schinkels, **a.g.e.**, s. 511; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847; Limbach, **a.g.e.** , s. 435;Junker, **a.g.e.**, s.914; Huber, **a.g.e.**, s. 2253; bkz. Schlechtiem, **a.g.e.**, s.70.

¹³⁷⁵ Limbach, **a.g.e.** , s. 435; Junker, **a.g.e.**,s.914.

¹³⁷⁶ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.3.

¹³⁷⁷ bkz Busse, **a.g.e.**, s.233.

hak statüsünün hakim olması gerektiğini ileri sürmüş; gerekçe olarak da Alman Medeni Kanunu’nda söz konusu hükümlerin zilyet-malik ilişkisini düzenlediğini belirtmiştir¹³⁷⁸. Buna karşılık Busse ise aksi görüşü paylaşmakta ve zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun yetkili olması gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁷⁹.

Yukarıdaki açıklamalarımızda MÖHUK m.39/1 c.1 hükmünde “hukuki ilişki” kavramının zilyet-malik ilişkisini kavrayacak şekilde ve mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştik. Bu bakımdan Harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşme “*Verwendungskondition*” hallerinde öncelikle MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulama alanı ele alınmalıdır. Taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkinin olduğu hallerde, o ilişkiye uygulanacak hukuk (örneğin geçersiz taşınmaz satışında görünüşte alıcının taşınmaz konusu eşyaya yaptığı harcamalarda sözleşme statüsü) MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır. Bunun dışında harcama bir eşyaya ise, taraflar arasında zilyet-malik ilişkisi söz konusu olacağından yine MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca aynı hak statüsünün hakim olması gündeme gelecektir. Eğer “hukuki ilişki”den bahsedilemiyorsa ancak o zaman MÖHUK m.39/1 c.2 uygulama alanı bulacaktır.

5. MÖHUK m. 39/2 : Sübjektif Bağlama Noktası : Hukuk Seçimi

5.1 Genel Bilgi

MÖHUK m.39/2’de irade muhtariyeti ilkesi gözetilerek, diğer borçlar hukuku kaynakları olan sözleşme ve haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerde de olduğu üzere (MÖHUK m. 24/1 ve 34/5) öncelikle taraf iradelerinin dikkate alınması amacıyla hukuk seçimine yer verilmiştir. Böylece, eğer tarafların hukuk seçimi olarak sübjektif bağlama noktası ilk sırada yer almaktadır.

¹³⁷⁸Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 300

¹³⁷⁹ bkz Busse, **a.g.e.**, s.233.

MÖHUK m. 39/2 hükmüne ilişkin olarak Türk doktrinde açıkçası katılmadığımız şekilde eleştiriler getirilmiştir.

Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe tarafından söz konusu düzenlemenin enteresan olduğu, taraflarca hukuk seçimine ilişkin getirilen imkânın tatbik kabiliyetinden yoksun olduğu ve bunun sebebinin de yabancılık unsuru taşıyan sebepsiz zenginleşmeden sonra tarafların maddi hukuka ait sonuçlar üzerinde de mutabakata vararak uyuşmazlığı sona erdirmesinin daha yüksek olasılık olduğu ileri sürülmektedir¹³⁸⁰.

Nomer tarafından ise, üst paragrafta belirtilen görüş ile aynı doğrultuda m.39/2 hükmünün gerekli olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁸¹. *Nomer* tarafından ayrıca haksız fiile ilişkin hukuk seçiminin açık olarak haksız fiil gerçekleştikten sonra yapılabileceğini kabul eden m.34/5 hükmünün ise zımni hukuk seçimine yer verilmemesinden dolayı tenkit edildiğini de belirtmemiz gerekir¹³⁸². Kısacası *Nomer* tarafından haksız fiile uygulanacak hukuk açısından hukuk seçimine gerek olduğu belirtilirken, sebepsiz zenginleşme açısından bunun gerekli olmadığı belirtilmektedir.

Türk doktrinde belirtilen bu eleştirilere katılmamaktayız. *Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe*'nin sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin hukuk seçiminin tatbikten yoksun olacağına karşılık, taraflar pekala sebepsiz zenginleşmenin varlığı üzerinde anlaşmalarına rağmen zenginleşmenin tasfiyesinin nasıl yapılabileceğinin tespiti için hukuk seçiminde bulunma ihtiyacında bulunabilirler. Taraflar, tasfiyenin nasıl olacağı (aynen mi, ikame olarak mı) ya da ilk kimin iadede bulunacağı gibi hususlar üzerinde uzlaşmayabilirler. Bu hallerde taraflar bir başka hukuk seçiminde bulunabilirler. Ayrıca örneğin, tarafların uygulanacak yabancı hukuk yerine hakimin hukukunu *lex fori* 'yi hakim tarafından daha iyi bilinmesi sebebiyle uygulanmasını karşılıklı olarak seçebilirler. Gerçekten

¹³⁸⁰Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 306.

¹³⁸¹ *Nomer*, **a.g.e.**, s.367.

¹³⁸² *Nomer*, **a.g.e.**, s.361; Çelikel /Erdem (17. Bası), s. 492.

uygulamada karşılaşılmaması zor olsa da , bir borç ilişkisinde uygulanacak hukuka ilişkin tarafların iradelerine olanak veren hukuk seçimi “zaten gerçekleşemez” varsayımı ile bertaraf edilemez. Yabancı hukuk uygulamalarında da, tarafların hukuk seçimi yaptıkları örnekler de vardır¹³⁸³. Nitekim modern kanunlar ihtilafı normlarının hepsinde taraflara hukuk seçimi olanağı tanınmıştır ki, bunun aksinin kabulü uluslararası karar ahengine de aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Ayrıca *Nomer* tarafından haksız fiil açısından hukuk seçimi kabul edilirken, sebepsiz zenginleşme açısından bunun gerekli olmadığı yaklaşımı çelişki doğurmaktadır. Zira aynı anda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerinde (*edim dışı zenginleşmeleri MÖHUK m. 39/1 c.2 kapsamında zenginleşme yeri hukukuna bağlayan görüşün kabul edilmesiyle*) aynı hayat ilişkisinden doğan farklı taleplere farklı hukukların (*haksız fiil talebinde tarafların seçtikleri- sebepsiz zenginleşme talebinde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku*) uygulanması şeklindeki çelişkili sonuç bu yaklaşımlarla ortaya çıkacaktır.

Yukarıda Türk doktrinde m. 39/2’de yer alan hukuk seçimine cevaz verilmesini eleştiren görüşlere karşı eleştirilerimizi ele aldıktan sonra, nihayet tarafların sebepsiz zenginleşme istemlerinde hukuk seçimine ilişkin hususları ele alabiliriz. MÖHUK m. 39/1 c.1’de feri bağlama noktası ile taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulanacağından bu ilişkiye uygulanacak hukukun taraflarca daha evvel seçilmesi ya da sebepsiz zenginleşme gerçekleşikten sonra seçilmesi durumunda, MÖHUK m. 39/2’nin asıl hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun seçimini sınırlayıp sınırlamadığını ele almamız gerekecektir. Buna karşılık ise, taraflar arasında daha evvel mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkiden bahsedilemiyorsa, MÖHUK m. 39/2’nin uygulanması söz

¹³⁸³ “Common Law” sistemindeki ülkelerin uygulamasında zaten yabancı hukuk bir vakıa olarak görüldüğü için (bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 168 v.d) taraflar uygulanacak hukukun üzerinde uzlaşabileceklerdir ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından da taraflar karşılıklı olarak uygulanacak hukuk üzerinde anlaşabilmektedirler. Örneğin **Dimskal Shipping Co. v. International Transport Workers Federation [1992] 2 A.C. 152** kararında taraflar İngiliz hukukunu seçmişlerdir. (bkz. Panagopoulos,**a.g.e.**,s. 169-170)

konusu olacaktır. Bu hususlar dikkate alındığında, MÖHUK m.39/1 c.1 kapsamına giren haller ile MÖHUK m.39/1 c.2 kapsamına giren hallerde hukuk seçiminin iki ayrı başlık olarak ele alınması daha tutarlı olacaktır. İlk olarak m.39/2'nin uygulama alanının sınırını belirleyen MÖHUK m. 39/1 c.1'in uygulama alanına giren sebepsiz zenginleşme istemi açısından hukuk seçimi ele alındıktan sonra, MÖHUK m.39/2'de hukuk seçiminin zenginleşmenin gerçekleşmesinden sonra ve açıkça yapılabileceği öngörüldüğünden bu iki şarta kanun koyucu tarafından yer verilmesinin tutarlı ve gerekli olup olmadığını ele alacağız.

5.2 MÖHUK m.39/1 c.1 Alanına Giren Sebepsiz Zenginleşme İstemleri Açısından Hukuk Seçimi

MÖHUK m.39/1 c.1'de fer'i bağlama noktası kabul edildiğinden dolayı, taraflarca kendi aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin olarak hukuk seçimi yapılmışsa ve söz konusu hukuki ilişki açısından hukukumuzda hukuk seçimine olanak veriliyorsa işin doğası gereği sebepsiz zenginleşme istemine fer'i bağlama noktası olarak tarafların seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır. Bunun en tipik örneği, geçersiz bir sözleşmeye ilişkin olarak taraflarca hukuk seçiminin gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Bununla birlikte söz konusu hukuki ilişki açısından kanun koyucu tarafından hukuk seçimine olanak tanınmamışsa taraflar arasındaki hukuk seçimi geçersiz olacağı için o hukuki ilişkiye uygulanacak objektif bağlama noktasıyla tespit edilen hukuk uygulanacaktır. Örneğin, taşınmaz satışlarında hukuk seçimi mümkün olmadığı için (m.25) taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa dahi *lex rei sitae* uygulanacaktır¹³⁸⁴.

¹³⁸⁴ Taşınmazlarda hukuk seçimine yer verilip yer verilmemesinin gerektiği ayrı bir konu olduğundan ve konumuzun dışında olduğundan konumuz dışına çıkmamak adına bu hususu ele almayıp; mevcut mevzuatımız çerçevesinde durumu örneklendirmekteyiz. Konuyla ilgili bkz. Sibel Özel/Kazım Çınar, “Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m.25'in

Yukarıda tartışma dışı olan durum dışında, ele alınması gereken temel sorunsal taraflarca sebepsiz zenginleşme gerçekleştikten sonra tarafların daha evvel aralarındaki mevcut veya varsaydıkları hukuki ilişkiye ilişkin hukuk seçimine ilişkin düzenlemelerin mi yoksa m.39/2’de yer alan sınırlı (tarafların açıkça seçmesini şart koşan) hukuk seçimi kuralının uygulanacağı noktasındadır. Bir başka ifade ile MÖHUK m. 39/2’nin kapsamının ne olacağının tespiti gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, bu husus Türk doktrininde ele alınmamıştır. Ayrı ayrı örneklendirecek olursak:

Örnek -1 Taraflar arasındaki yabancılık unsuru taşıyan geçersiz bir eser sözleşmesine ilişkin olarak öncesinden geçerli bir hukuk seçimiyle İsviçre hukukunun uygulanacağı kabul edilmişken, taraflar yargılama sırasında zımnen hukuk seçiminde bulunarak (m.24/1 c.2’ye uygun olarak) sözleşme statüsü olarak Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlardır.

Örnek-2 Bir önceki örnekte taraflar arasındaki hukuk seçimi olmadığı durumda, taraflar aynı şekilde yargılama sırasında zımnen hukuk seçiminde bulunarak (m.24/1 c.2’ye uygun olarak) sözleşme statüsü olarak Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlardır.

Örnek -3 Taraflar arasındaki yabancılık unsuru taşıyan Türkiye’de bulunan bir taşınmaza ilişkin geçersiz bir taşınmaz satışı sözleşmesinde alıcı tarafından ödenen bedelin iadesi - satıcı tarafından da tapu iptali ve tescili talepleri içeren karşılıklı bir davada, taraflar m.39/2’ye dayanarak sebepsiz zenginleşme istemi açısından açıkça lex rei sitae dışında bir hukuk seçtiklerini beyan etmektedirler¹³⁸⁵.

Kapsamı” , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi -Hukuk Araştırmaları Dergisi , cilt 23 sayı 1 , İstanbul , 2017, s. 325 vd.

¹³⁸⁵ Türk hukukunda uygulamada, Türk şirketleri tarafından bir başka ülkedeki (örneğin Karadağ) taşınmazlara ilişkin olarak adi yazılı şekilde taşınmaz satış sözleşmesi yapılması çoktur. Sözleşmenin geçersiz olması durumunda ise verilen paranın iadesi istemlerinde MÖHUK m.40 göndermesi ile

Yukarıdaki ilk iki örnekte dikkat edilirse, taraflar MÖHUK m.39/2’de yer alan tarafların ancak açıkça hukuk seçme hükmünden farklı olarak mevcut veya taraflarca varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin olarak sonradan ve zımnen hukuk seçiminde bulunmaktadır. MÖHUK m. 24/1 c.2 ve 24/3 c.1 uyarınca taraflar zımnen ve sonradan hukuk seçiminde bulunmalarına kanun koyucu tarafından izin verilmişken; m.39/2’nin bu hususu sınırlandırıp sınırlanmadığını ele almamız gerekmektedir. İsviçre doktrinde bu husus, IPRG Art. 128/2’de sadece tarafların arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkinin olmaması durumundaki haller açısından somut bir düzenlemeye yer verilerek tarafların sebepsiz zenginleşme istemlerine ilişkin olarak hukuk seçiminin sınırlı olarak *lex fori*’yi zenginleşme gerçekleştikten sonra ve açıkça yapabilecekleri belirtildiğinden dolayı tartışmasıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız IPRG Art. 128/1’de bu fıkra kapsamına giren taraflar arasında mevcut veya varsayılan hukuki ilişki olduğu hallerde hukuk seçimine ilişkin somut bir düzenleme olmadığından dolayı¹³⁸⁶; taraflar, aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin hukuku o hukuki ilişkiye hukuk seçimine verilen sınırlar çerçevesinde zenginleşme gerçekleştikten sonra değiştirebileceklerdir^{1387 1388}. Bir başka ifade ile yukarıdaki ilk iki örnek açısından, İsviçre doktrinindeki görüş kapsamında tarafların sebepsiz zenginleşme gerçekleştikten sonra zımnen hukuk seçimi (IPRG Art. 116 /1 ve 116/3) yapabilmeleri dahi mümkün olacağı sonucu çıkmaktadır. Buna mukabil dikkatlice ele alınırsa MÖHUK m.39’da önemli bir

HMK’nın yetki kuralları (HMK m.6) gereği yetkili mahkemesi satıcı konumundaki borçlu şirket Türkiye’de bulunduğu için Türk Mahkemeleri yetkili olacaktır. Zira söz konusu davalar taşınmazın aynına ilişkin olmayıp; sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak davalarıdır.

¹³⁸⁶ Hukuk seçimi sadece taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişkiden bahsedilemediği durumlara ilişkin olarak Art. 128/2’de düzenlenmiştir.

¹³⁸⁷ Bkz. Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s.3440; Kneller, **a.g.e.**, s.959; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 550-551.

¹³⁸⁸ Roma II Tüzüğü ve EGBGB açısından bu tartışmalara yer yoktur. Zira tarafların hukuk seçimine ilişkin zımni hukuk seçimine olanak tanınmıştır. (Roma II Tüzüğü m. 14 ve EGBGB Art. 42’te bir sınırlama yoktur.) (Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 118vd. ; Lüderitz, **a.g.e.**,s.1926 Huber, **a.g.e. (Art. 38 EGBGB)** , s. 2438) Roma II Tüzüğü m.14’te ise hukuk seçimin farklı sınırlamalar getirmekte olduğunu burada belirtmemizde yarar var.

farklılık vardır: MÖHUK m. 39/2’de, bize göre kanunun hazırlanışında bu husus dikkatlice ele alınmadığından ötürü, m.39/2’nin lafzi yorumla tüm sebepsiz zenginleşme halleri açısından uygulanarak tarafların arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin hukuk seçimi imkanlarını sınırladığı sonucu çıkmaktadır. Fakat bu husus kabul edilemez ve bu kanun koyucunun temel istenci ile çatışmaktadır. MÖHUK m. 39/1 c.1’de fer’i bağlama noktasına yer verilmesinin amacı, yukarıda tümüyle ele aldığımız üzere aynı hayat ilişkisinden doğan farklı istemlerin maddi hukuk ahenginin sağlanarak tek bir hukuka tabi tutulmasıdır. Tarafların menfaati de böylece ön plandadır. Bu bakımdan dolayı MÖHUK m. 39/2’nin uygulama alanı dardır; asıl uygulama alanı taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin MÖHUK’ta yer alan diğer hukuk seçimi düzenlemeleridir. Böylece, örneğin bir eser sözleşmesinde iş sahibinin fazladan edimde bulunması durumunda taraflar sözleşme statüsünü sebepsiz zenginleşme istemi gerçekleştikten sonra dahi zımni hukuk seçimiyle dahi özel hüküm olarak MÖHUK m.24 uyarınca değiştirebilecekler ve sebepsiz zenginleşme istemi de sözleşme statüsüne tabi olacaktır. Aksi düşünce de tarafların iradeleri bir kenara itilerek, onların iradeleri dışındaki bir hukukun uygulanması ve sözleşmeden doğan istemlere zımnen seçilen hukukun, sebepsiz zenginleşme istemine ise MÖHUK m.39/2 dikkate alınarak zımni hukuk seçimi kabul edilmemesinden ötürü bir başka hukukun uygulanması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan bizim görüşümüz uyarınca MÖHUK m. 39/2, taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku düzenleyen hukuk seçimi kuralları karşısında uygulama alanı bulamaz.

Buna karşılık, İsviçre doktrinde taraflarca hukuk seçiminde bulunmamış olmaları ve sonradan sadece sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin olarak hukuk seçiminde bulunmuş olmaları durumunda ne olacağı da tartışıla gelmiştir. Bir başka ifade ile taraflar arasındaki “mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye” uygulanacak hukukun yanı sıra kısmi olarak sebepsiz zenginleşme istemine yer verilip verilemeyeceği tartışıla gelmiştir. Konuyu ele alan yazarlar ortada üç ihtimal olduğunu belirtmektedirler: 1) sonradan hukuk seçiminin bu hallerde hüküm

olmaması sebebiyle kabul edilmemesi; 2) sözleşmelerde sonradan hukuk seçimini kabul eden Art. 116/3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla sonradan hukuk seçiminin kabul edilmesi; 3) kıyasen IPRG 128/2 hükmünün uygulanarak sınırlı olarak sadece *lex fori*'nin seçilmesine olanak verilmesi¹³⁸⁹. Burada *Doss/Schnyder ve Kren-Kostkiewicz* bu hallerde IPRG Art. 116/3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla sonradan hukuk seçiminde bulunarak, sebepsiz zenginleşme isteminin taraflarca ayrı bir hukuka tabi olmasına karşı olumlu görüşte bulunmaktadırlar¹³⁹⁰. Yazarlarca, kanunun sistematigi gereği mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin olarak sonradan hukuk seçimi ile uygulanacak hukuk nasıl değiştirilebiliyorsa, bunun da sebepsiz zenginleşme istemi için de geçerli olması gerektiği gerekçesine dayanılmaktadır¹³⁹¹. Buna karşılık *Kneller* tarafından ise bunun adeta kısmi hukuk seçimi olarak sözleşme statüsü ile sebepsiz zenginleşme statüsünün birbirine farklı ve çatışan sonuçlara gebe doğurabileceğinden dolayı tarafların salt olarak sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin olarak sonradan hukuk seçimi yapabilmelerinin mümkün olmayacağı savunulmuştur¹³⁹². *Kneller*'in görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira kısmi hukuk seçiminde başkaca hukuk düzenlerine tabi kılınan (bilhassa taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişki sözleşme ise, bu sözleşmenin) kısımlar veya hukuksal sorunlar birbiri ile bağlı olmamalıdır^{1393 1394} ve

¹³⁸⁹ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s.3440; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 551 vd.

¹³⁹⁰ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s.3440; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 551 vd.

¹³⁹¹ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s.3440; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 551 vd.

¹³⁹² Kneller, **a.g.e.**, s. 959.

¹³⁹³ Franco Ferrari/ Eva-Maria Kieninger/ Peter Mankowski, **Internationales Vertragsrecht Kommentar**, München, 2012, "Rom I Art. 3", n. 39 vd. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, yukarıda belirttiğimiz üzere taraflar arasındaki geçersiz sözleşmelerde iade istemleri Roma I Tüzüğü'nde m.12/1-e hükmü uyarınca sözleşme statüsünün otonom vasıflandırma söz konusu olduğundan dolayı, m.12'deki ayrımlar dikkate alınmakta ve Roma I Tüzüğü m. 12'nin sözleşmesel bölümlerin ve seçilen hukuksal sorunların ayrılabilip olmadığı açısından yol gösterici olacağı savunulmaktadır. (Ferrari, **a.g.e.**, N. 40; Martiny, **Rom I Art. 3**, n.70 . Bu madde, Roma I Tüzüğü uyarınca tarafların seçimi veya objektif bağlama noktası ile belirlenmiş olan hukukun sözleşmeye ne ölçüde uygulanacağını belirtmekte olan bir hükümdür. Bu hüküm bentler halinde uygulanacak hukukun sözleşmenin özellikle hangi unsurları açısından geçerli olacağını belirtmektedir. Bu bakımdan dolayı bu hükmü göz önünde almamız gerekmektedir. Bu hükme göre (a) sözleşmenin yorumu, (b) sözleşme

sebepsiz zenginleşme isteminin taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiden ayrılabilir (**Abspaltbar**) olup olmadığı somut olayda dikkate alınacak bir husustur. Nitekim IPRG Art. 116/3 hükmünün kıyasen uygulayan görüş taraftarlarınca da bu durum vurgulanmıştır¹³⁹⁵.

Alman doktrinde de sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin taraflarca ayrıca hukuk seçiminde bulunmaları durumunda tarafların aralarındaki temel ilişkiye “*Grundverhältnis*”e – yani aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye- ilişkin olarak hukuk seçimi açısından Alman kanunlar ihtilafı hukuku kurallarında sınırlama var ise, bu sınırlamanın geçerli olup olmayacağı görüşü üzerinde bir fikir birliği olmamıştır. Sınırlamanın olması görüşünün temelinde¹³⁹⁶, kanunlar ihtilafı normalarının emredici hükümlerinin aşamayacağı düşüncesi yer almaktadır¹³⁹⁷. Buna karşılık ise *Eilinghoff*¹³⁹⁸, *Busse*¹³⁹⁹ ve *Fischer*¹⁴⁰⁰ EGBGB Art. 42 hükmünü lafzen yorumlayarak ve irade muhtariyetinin önemini vurgulayarak tarafların hukuk seçimi yapmalarına olanak vermişlerdir. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar bu

ile kurulmuş olan yükümlüklerin-edimlerin ifası, (c) önüne gidilen mahkemeye kendi tabi olduğu usul hukuku hükümleri uyarınca verilen yetkilerin sınırı dâhilinde olmak kaydıyla seçilen hukuk normların kabul ettiği ölçüde olacak olan zararın tespiti de dâhil olmak üzere tam veya kısmi olarak bu yükümlülüklerin ifa edilememesi hallerinin sonuçları, (d) zamanaşımı, bir sürenin bitimi ile meydana gelen hak düşümleri ile beraber yükümlülüklerin sona ermesinin çeşitli halleri, ve (e) sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçları bakımından bilhassa Roma I Tüzüğü uyarınca seçilmiş hukuk sözleşmeye uygulanır. İşte ifade edilmiş bu 5 ayrı bent halinde düzenlenen bu gruplar problem yaşamaksızın birbirinden ayrılabilceği otonom vasıflandırma söz konusu olduğu için kabul edilmektedir.

¹³⁹⁴ ayrıca bkz. Spickhoff, **a.g.e. (Rom I Art. 3)**, n. 28; Staudinger, **a.g.e.**, N.4; Martiny, **a.g.e.**, N. 70; Martiny, Reithmann/Martiny **Internationales Vertragsrecht**, 2010, n. 95

¹³⁹⁵ Bkz. Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 552.

¹³⁹⁶ Sınırlamanın olacağı yönündeki görüşler : Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 61; Reithmann / Martiny, **a.g.e.**, s.319; Einsele, **a.g.e.**, s. 1033.

¹³⁹⁷ Ayrıca bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 116vd. (yazar aksi görüştedir.)

¹³⁹⁸ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 115vd.

¹³⁹⁹ Busse, **a.g.e.**, s. 74-76.

¹⁴⁰⁰ Fischer, **a.g.e.**, s. 11.

hususun tek istisnası olarak haksız rekabete uygulanacak hukuk açısından, haksız rekabetin niteliği gereği piyasası etkilenen ülkedeki o piyasanın diğer aktörleri de etkilendiğinden dolayı bunun mümkün olmadığını savunmaktadırlar¹⁴⁰¹.

Türk kanunlar ihtilafı hukuku açısından ise ele aldığımızda, MÖHUK m. 39/2 hükmünün hatalı bir şekilde sanki tüm sebepsiz zenginleşme istemleri açısından ele alınmış gibi düzenlendiğini yukarıda belirtmiştik. Halbuki fer'i bağlama noktası gereği (MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca), zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK m.39/2 hükmüne karşı özel niteliktedir. Böylece, yukarıda verdiğimiz üçüncü örnekte de MÖHUK m.39/2 uygulanamayacaktır. Zira söz konusu örnekte kanun koyucunun MÖHUK m.25'te asıl istenci taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde *lex rei sitae*'nin istinasız olarak uygulanması olduğundan, MÖHUK m.25 hükmü dikkate alınarak tarafların sebepsiz zenginleşme istemini asıl statüden farklı bir hukuka bağlamaları kabul edilmeyecektir. Buna mukabil taraflar arasındaki mevcut (veya varsayılan) hukuki ilişki açısından uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları hukuk seçimine izin veriyorsa¹⁴⁰², kural olarak taraflar sebepsiz zenginleşme isteminin farklı bir hukuka tabi olacağını kararlaştırabileceklerdir. Tabi burada somut olayda tarafların kendi aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk bakımında sebepsiz zenginleşme isteminin ayrılabilir (*Abspaltbar*) olup olmadığını¹⁴⁰³ dikkate

¹⁴⁰¹ Eillinghoff, **a.g.e.**, s. 115vd.; ayrıca bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 408

¹⁴⁰² Burada dikkat edilirse görüşümüz Alman kanunlar ihtilafı hukuku açısından *Schlechtriem, Reithmann/Martiny ve Einsele* ile paraleldir.

¹⁴⁰³ Tarafların sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuka, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının gerçekleşip gerçekleşmediği, iadenin konusu kapsamına ilişkin, hakkın istenip istenemeyeceğine ilişkin hususların bunları ayırarak farklı farklı hukuk düzenine bağlamaları mümkün müdür? Kısacası bu hallerde kısmi hukuk seçimi olabilir mi? Bu soru her ne kadar teorik olmaktan öteye geçmesi zor olsa da, taraflar sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin olarak , örneğin tarafların karşılıklı olarak geçersiz sözleşmeden doğan iade istemlerinde birinin istemine (X) hukuku diğerine ise (Y) hukuku ya da sebepsiz zenginleşme isteminin olup olmadığına (X) hukuku, tasfiye koşullarına ilişkin olarak (Y) hukukunun seçilmesi gibi düzenlemelere, bunların karışıklığa ve

almaları gerekecektir. Burada ayrılabilirlikten kasıt, taraflarca seçilen hukukun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk ile karışıklığa ve belirsizliğe yol açacak düzenlemeler içermemesidir. Örneğin taraflar arasındaki mevcut (veya varsayılan) hukuki ilişki bir eser sözleşmesi ise MÖHUK sisteminde kısmi hukuk seçimi açısından bir engel olmadığından taraflar sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuku sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinin eser sözleşmesi statüsü bakımından ayrılabilir olduğu sürece seçmelerine bir engel olmayacaktır.

Üst paragrafta ele aldığımız görüşümüz doğrultusunda da, taraflar arasındaki hukuki ilişki bir iş sözleşmesi ise, taraflar işçinin mutad işyeri hukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumanın saklı kalması kaydıyla hukuk seçimi yapabilecektir. Örneğin, işveren tarafından işçiye verilen fazladan maaşın iadesinin yasaklandığı mutad işyeri hukuku kurallarında düzenlenmiş ise, taraflarca işverenin iade talebinde bulunabileceği bir hukukun seçimiyle sebepsiz zenginleşme istemine seçilen hukukun söz konusu iade istemine olanak verilen hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Tabi bu hususla uygulamada karşılaşılmamasının gerçekten çok zor olduğunu belirtmemizde yarar var.

5.3 MÖHUK m.39/1 c.2 Alanına Giren Sebepsiz Zenginleşme İstemleri Açısından Hukuk Seçimi

Bir evvelki başlığımızda ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, m. 39/2'nin uygulama alanı dardır. Zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulandığı sebepsiz zenginleşme istemlerinde ise, m. 39/2 uygulama alanı bulabilecektir. Bu hallerde kanun koyucu tarafından, m.39/2'de bilinçli olarak haksız fiilden doğan istemlerdeki hukuk seçimi hükmü olan 34/5'e uygun ve paralel olarak, tarafların

belirsizliğe yol açacak nitelikte olacaklarından dolayı imkan verilmemelidir. Nitekim Roma II Tüzüğü m.14'te de kısmi hukuk seçimine yer yoktur. (bkz. Thorn, **a.g.e.**, 2017, s. 2806)

ancak sebepsiz zenginleşme gerçekleştikten sonra ve açıkça hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmiştir.

Dikkat edilirse MÖHUK'ta iki temel sınırlama karşımıza çıkmaktadır: 1) Tarafların ancak zenginleşme gerçekleştikten sonra hukuk seçiminde bulunabilmeleri mümkündür. 2) Tarafların hukuk seçiminin zımni olduğuna mahkeme takdir edemeyecektir.

5.3.1 Hukuk Seçiminin Sonradan Olması Şartı

Alman doktrinde EGBGB Art. 42 yürürlüğe girmeden evvel dahi bu şarta yer verilip verilmeyeceği üzerinde doktrinde tartışmalar meydana gelmiş; bir fikir birliği yaşanmamıştır^{1404 1405}. Bununla birlikte doktrinde *Schlechtriem* ve diğer yazarların görüşleri kabul edilerek EGBGB Art. 42'de bu sınırlamaya Alman kanun koyucu tarafından yer verilmiştir.

Roma II Tüzüğü'nde ise, m. 14 uyarınca¹⁴⁰⁶ bunun hilafına olarak tarafların önceden hukuk seçiminde bulunabilecekleri m.14/1-b'deki şartların gerçekleşmesi

¹⁴⁰⁴ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 111 ve dipnot 421-422.

¹⁴⁰⁵ Sonradan hukuk seçimi şartına yer verilmesi gerektiğini savunanlar: *Schlechtriem*, **a.g.e.**, s. 61-62, v. Bar, **a.g.e.**, s. 538; *Kroppholler*, **a.g.e.**, s.430 Karşıt Görüşte: *Busse*, **a.g.e.**, s. 78vd., *Einsele*, **a.g.e.**, s.426-427, ayrıca bkz. *Behrens*, **a.g.e.**, s. 123 (dipnot 240).

¹⁴⁰⁶ Roma II Tüzüğü m.14/2 ve 14/3'te hukuk seçimine ilişkin olarak ek ve özel sınırlamalar getirilmiştir. Bu hükümleri Türkçe olarak ele alan *Tarman* şu ifadelerle yer vermiştir “*Buna göre, haksız fiilin unsurlarından birinin veya hepsinin bulunduğu ülkenin emredici kuralları hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyecektir. Haksız fiil ile ilgili unsurlardan birinin veya hepsinin Birlik üyesi devletlerden birinde gerçekleşmesi halinde, taraflar hukuk seçimi ile Topluluk hukukunun hükümlerinin uygulanmasına engel olamazlar. Bu durum, tarafların Birlik üyesi olmayan bir devletin hukukunu seçmeleri ihtimalinde önem taşıyacaktır.*” (*Zeynep Derya Tarman, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, AÜHFD, Cilt 57 Sayı 2, Ankara, 2008, s.203*) Yalnız belirtmemiz gerekir ki, Roma II Tüzüğü açısından söz konusu hükümde “ haksız fiil”den ziyade “zarara sebebiyet veren olay” ibaresi yer almaktadır ve

şartıyla kabul edilmiştir^{1407 1408}. Bu şartlar tarafların ticari bir faaliyet içerisinde olmaları ve bunun doğrultusunda serbestçe müzakere edilebilmiş bir anlaşma (*frei ausgehandelte Vereinbarung*) ile hukuk seçiminde bulunmuş olabilmeleridir. Doktrinde “ticari faaliyet” ibaresinden ticari veya mesleki amaçla hareket edilmesi şeklinde -Roma I Tüzüğü ile de paralel olarak - anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁰⁹.

Alman hukukunda Roma II Tüzüğü’nün uygulama alanı dışındaki haller bakımından ise EGBGB Art. 38 halen yürürlükte olduğundan; Alman hukukunda şu anda salt olarak Roma II Tüzüğü’nün uygulama alanı dışında kalan sebepsiz zenginleşme istemleri açısından bu sınırlama (zenginleşmeden “önceki” hukuk seçimine katiyen olanak tanınmaması) halen geçerli olmaktadır. İsviçre hukukunda ise, yukarıda ele aldığımız üzere tarafların sonradan hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmektedir¹⁴¹⁰.

MÖHUK açısından da m.39/2’de tarafların ancak zenginleşme gerçekleşikten sonra bu izlenen “hukuk seçiminin sonradan olması” şartı tercihinin sebebi kanun

Roma II Tüzüğü açısından konuyu ele alanlarca bu hükümdeki sınırlamaların sebepsiz zenginleşme dâhil olmak üzere Roma II Tüzüğü kapsamına giren diğer sözleşme dışı borç ilişkileri açısından da geçerli olacağı görüşü hakimdir. (bkz. Martin Gebauer, “**Artikel 14 ROM II**”, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013, s. 465; Junker, **a.g.e.**, s. 949 vd.; Thorn, **a.g.e.**, 2017, s. 2807; Behrens, **a.g.e.**, s. 117vd.)

¹⁴⁰⁷ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s.122 vd.

¹⁴⁰⁸ Ayrıca, belirtmeliyiz ki Roma II Tüzüğü m.14 açısından da sözleşme dışı borç ilişkisini doğuran olaydan evvel taraflara önceden hukuk seçiminde bulunma olanağı verilmesinin temelinde sistematik olarak tarafların zenginleşmeden önce “boşa çıkan” hukuki ilişki kapsamında daha önceden karşı karşıya gelmeleri ihtimalinden dolayı daha önceden hukuk seçme imkanına yer verilmesi gerektiği düşüncesi olduğu belirtilmektedir. (Behrens, **a.g.e.**, s. 123.)

¹⁴⁰⁹ Gebauer, **a.g.e.**, s. 471; Thorn, **a.g.e.**, Rn. 8; bkz. Behrens, **a.g.e.**, s.124 vd.

¹⁴¹⁰ Doss/Schnyder, **a.g.e.**,s. 3439;Kneller, **a.g.e.**, s. 967.

gerekçesinde belirtilmemiştir¹⁴¹¹. Doktrinde bu sınırlamanın temel sebeplerinden birinin, tıpkı haksız fiilde olduğu gibi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ilk olarak zenginleşmeye sebebiyet veren olay ile meydana gelmesine dayandığı belirtilmektedir¹⁴¹². Ayrıca EGBGB'nin reform yasasının gerekçesinde de pratik yaklaşımın yanı sıra bu sebebin sözleşme dışı ilişkilerde -haksız fiilde zarar gören gibi- sebepsiz zenginleşme alacaklısının “korunmaya değer taraf” olarak kabul edilerek koruması istenci olduğu belirtilmiştir¹⁴¹³. Aynı yaklaşım yukarıda ifade ettiğimiz şartlarla belli haller bakımından önceden hukuk seçimini kabul eden Rom II Tüzüğü'nün gerekçe metninin 31. maddesinde ele alınmıştır. Söz konusu metinde aynı şekilde “zayıf taraf”ın¹⁴¹⁴ korunması amacıyla hukuk seçiminin belli şartlara bağlanmasının gerekliliği vurgulanmıştır ve bu husus doktrinde vurgulanmaktadır¹⁴¹⁵.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, MÖHUK m.39/2'nin uygulanması bizim görüşümüz doğrultusunda MÖHUK m.39/1 c.1'in uygulama alanı dışında salt olarak MÖHUK m.39/1 c.2'de yer alan zenginleşme yerinin uygulandığı haller açısından uygulanabilecektir. Bu bakımdan, söz konusu hallerde taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişki söz konusu olmadığından sonradan hukuk seçimi şartına yer verilmesinin mahsuru olup olmadığını ele almamız gerekmektedir. Her ne kadar uygulamada karşılaşılma şansı pek bir az olsa da, burada bu spesifik hallerde taraf iradelerinin sınırlandırılmasına gerek olup olmadığı tartışmaya değerdir. Örneklendirmemiz yerinde olacaktır:

¹⁴¹¹ Aynı şekilde haksız fiile uygulanacak hukuk açısından da MÖHUK gerekçesinde ancak haksız fiil gerçekleşikten sonra tarafların hukuk seçimine bulunabileceklerine yer verilmesinin sebebi belirtilmemiştir.

¹⁴¹² Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 122; bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 78; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁴¹³ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.112-113.

¹⁴¹⁴ Aslında daha doğrusu müzakere yeteneği daha zayıf olan tarafın diye ifade etmek daha doğru olacaktır.

¹⁴¹⁵ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s.124 ; Thorn, **a.g.e. (Rom II –VO Art. 14)** , Rn. 25.

Almanya’da kurulmuş olan ve güneş enerjisi santrali (GES) kurulumu yapan (A) şirketi ile Türkiye’de kurulmuş olan ve Türkiye’de birçok GES projesi olan (T) şirketi, gerçekleştirdikleri eser sözleşmesinde Alman hukukunun geçerli olacağını seçmekle birlikte, (T)’nin ileride sözleşme ile bağlı olmayan ödemeleri gerçekleşirse bunların iadesi taleplerinde de Alman hukukunun geçerli olacağı hükmüne yer vermişlerdir. (A)’nın sözleşme konusu işi bitirerek tesliminden sonra (T) de yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Taraflar yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra (T), bir başka GES projesi için anlaştığı bir başka Alman şirketi olan (Ü)’ye ödeme yapmak amacıyla, (Ü) yerine hata ile (A)’ya SWIFT kanalıyla ödemede bulunmuştur. (T)’nin (A)’ya karşı sebepsiz zenginleşme istemine hangi hukuk uygulanacaktır?

Söz konusu örnekte görüleceği üzere (T)’nin (A)’ya gerçekleştirdiği hatalı ödeme ile (T) ile (A)’nın arasındaki eser sözleşmesi ile bir bağ bulunmamaktadır. (T)’nin itfa amacı bir başka sözleşme ile alakalı olarak (Ü)’ye olan borcunu ödemektir. Böylece (T)’nin istemi m.39/1 c.2 kapsamındadır. Buna karşılık (T) ile (A) öncesinden bu hususu öngörerek hukuk seçiminde bulunmuşlarsa da, bu hukuk seçimi zenginleşme gerçekleştikten önce olduğundan dolayı MÖHUK m. 39/2 uyarınca geçersiz olacaktır. Burada tarafların iradesine kanun koyucu tarafından yer verilmemesi, bize göre tutarsız bir yaklaşımdır. Söz konusu olay Roma II Tüzüğü tarafı olan bir ülke mahkemesinin önüne geldiğinde ise, hukuk seçimi geçerli kabul edilecek ve tarafların önceden öngörerek seçtikleri hukuk Roma II- m. 16 uyarınca uygulanacaktır.

Öte yandan, MÖHUK m.39/2’nin düzenleniş biçimi tartışmaya mahal verecek nitelikte ve tüm sebepsiz zenginleşme halleri açısından uygulanabileceği şeklinde hatalı yorumlanabilecek niteliktedir. Eğer bu şekilde yanlış bir yorumla konuya yaklaşılsa, örneğin taraflar arasındaki bir eser sözleşmesinin geçersiz olduğu anlaşıldıktan sonra tarafların gerçekleştirdikleri edimlerle ilgili olarak sebepsiz zenginleşme istemine dayandıklarında tarafların daha evvel seçmiş oldukları

hukukun MÖHUK m.39/2 sınırlaması dolayısıyla uygulanamayacağı şeklinde kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkacaktır. **Bu bakımdan öncelikle kanun koyucu tarafından MÖHUK m.39/2'nin açıkça MÖHUK m.39/1 c.2 kapsamına giren haller açısından uygulandığının belirtilmesi daha tutarlı olacaktır.** Buna ek olarak, MÖHUK m.39/2'de hukuk seçiminin zenginleşmenin gerçekleşmesinden sonra olması şartının Roma II Tüzüğü m.14'e paralel olarak kaldırılarak; tarafların **karşılıklı olarak ticari veya mesleki faaliyetleri doğrultusunda serbestçe müzakere edebildikleri haller bakımından önceden hukuk seçimine olanak tanınmalıdır.** Burada bilhassa belirtmeliyiz ki, aynı zamanda haksız fiil teşkil eden sebepsiz zenginleşme istemleri açısından paralellik olması adına m.34/5 hükmünün de aynı şekilde değişmesi de gerekecektir. Bu çözüm ile aynı zamanda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü zenginleşmeler açısından taraflarca serbest bir şekilde hukuk seçimi yapabilmelerinin önü açılacak ve paralellik sağlanacaktır¹⁴¹⁶. Nitekim Türk doktrininde ele alındığı üzere ve bizim katıldığımız görüş uyarınca *Nomer* tarafından haksız fiile uygulanacak hukuk açısından sonradan hukuk seçiminin yerinde olmadığı ifade edilmektedir¹⁴¹⁷¹⁴¹⁸. *Nomer*, haksız fiil açısından konuyu ele alırken söz konusu sınırlamanın muhtemelen akit dışı borç ilişkilerinde zarar göreni koruma endişesinden olduğunu; halbuki, maddi haksız fiil kurallarında akit statüsüne benzer şekilde kişisel menfaatlerin düzenlenmesi anlayışının hakim olduğunu ve örnek olarak alt yapı projelerinde, çeşitli gösteri ve spor müsabakalarında olduğu üzere sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ve dolayısıyla uygulanacak hukukun önceden bilinmesinden dolayı önceden hukuk seçiminin bir ihtiyaç olabileceğini

¹⁴¹⁶ Taraflara aynı hayat ilişkisinden doğan bir uyumsuzlukta sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin olarak önceden hukuk seçimi imkanı verirken, öte yandan haksız fiil istemlerine bunu sınırlamak tutarsız bir çözüm olacaktır.

¹⁴¹⁷ *Nomer*, **a.g.e.**, s. 361.

¹⁴¹⁸ Ayrıca bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 123. Ayrıca, belirtmeliyiz ki Roma II Tüzüğü m.14 açısından da sözleşme dışı borç ilişkisini doğuran olaydan evvel taraflara önceden hukuk seçiminde bulunma olanağı verilmesinin temelinde de sistematik olarak tarafların zenginleşmeden önce “boşa çıkan” hukuki ilişki kapsamında daha önceden karşı karşıya gelmelerinden dolayı daha önceden hukuk seçme imkanına yer verildiği de belirtilmektedir

belirtmiştir¹⁴¹⁹. *Nomer* tarafından belirtilen bu gerekçeler aynı doğrultuda sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun seçimi açısından da geçerlidir ve yukarıda vermiş olduğumuz örnek de bu durumu izah etmeye yöneliktir.

5.3.2 Hukuk Seçiminin Açıkça Yapılmış Olması Şartı

Roma II Tüzüğü, EGBGB ve İsviçre IPRG¹⁴²⁰,den farklı olarak MÖHUK m.39/2’de farklı bir şekilde ek bir şart olarak sonradan yapılabilecek hukuk seçiminin ancak açıkça yapılabileceği belirtilmiştir. Başka bir ifade ile zımni hukuk seçimi imkanı taraflara verilmemiştir. MÖHUK sisteminde zımni hukuk seçimine sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından m.24/1 c.2’de (sözleşme hükümlerinde veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi) yer verilmişken, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bu imkân haksız fiile uygulanacak hukuk ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk bakımından taraflara verilmemiştir. Tabi burada yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bizim görüşümüz doğrultusunda bu durum MÖHUK m.39/2’nin uygulama alanına giren taraflar arasında mevcut veya varsayılan hukuki ilişkinin olmadığı haller açısından geçerlidir¹⁴²¹.

Tarafların neden sadece zenginleşme gerçekleştikten sonra hukuk seçiminde bulunabileceklerine yer verildiği gerekçelendirilmediği gibi, bu seçimin neden açıkça

¹⁴¹⁹ *Nomer*, **a.g.e.**, s.361.

¹⁴²⁰ IPRG Art. 128/2’de ne zımni hukuk seçiminin olabileceği açıkça belirtilmiş ne de buna bir sınırlama getirilmiştir. Salt olarak tarafların aralarında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişki yoksa *lex fori*’yi seçebilecekleri şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Doktrinde bu hukuk seçiminin zımnen olabileceği belirtilmektedir. (bkz. Kren-Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 558 ve dipnot 33)

¹⁴²¹ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.2.

olması gerektiğine de kanun gerekçesinde yer verilmemiştir. Fakat yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucu burada “sonradan” hukuk seçimi şartının yanında bunun “açıkça” olması şartını koymasının ardında yatan düşünce haksız fiil istemlerinde nasıl zarar gören taraf korunmaya değer görülüyorsa, buna paralel olarak da sebepsiz zenginleşme alacaklısının da korunmaya değer olduğu düşüncesidir. Yukarıda hukuk seçiminin sonradan gerçekleştirilebileceği şartına ilişkin açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere bu sınırlama bir yandan da taraf iradelerinin de ön planda olabileceği akit dışı borç ilişkileri açısından hakkaniyetsiz olabilmektedir.

Bizce “açık” hukuk seçiminin şart olarak koşulmasının bir başka fonksiyonu vardır ve muhtemelen bu istençle “zımni hukuk” seçimi kanun koyucu tarafından yasaklanmış olabilir. Hakimin somut olayda tarafların gerçek iradelerinden saparak, yanlış yorumla kendisinin daha iyi bildiği “*lex fori*”yi uygulaması yolunun engellenmesi kanun koyucu tarafından amaçlanmış olabilir. Nitekim doktrinde de zımni hukuk seçimine ilişkin olarak, hakimin zımni hukuk seçimi kabul edip kendi hukukunu uygulama yoluna gidebilmesinden ötürü bilhassa hakimin dikkatle konuyu ele alması gerektiği ve tarafların yargılama esnasındaki işlemlerini çoğu zaman işlemlerin sonucunun hukuk seçimi doğuracağını bilmeden yapabilecekleri belirtilmektedir¹⁴²². Fakat MÖHUK m.39/2’de kabul edilen bu sınırlama da bizim görüşümüz uyarınca taraf iradelerinin önüne geçilmesine sebebiyet vermemelidir. Zira hakimin yanlış yorumunun önüne geçmek istenmesi, tarafların iradelerinin sınırlandırılmasına sebebiyet vermemelidir. Bu bakımdan başta Roma II Tüzüğü ve EGBGB gibi bu düzenlemelerde olduğu üzere tarafların MÖHUK m.24/1 c.2¹⁴²³’ye paralel olarak MÖHUK m.39’da da zımni hukuk seçiminde bulunabilmelerine olanak verilmesi daha doğru olacaktı, fakat bu husus kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.

¹⁴²² Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 152 (ve dipnot 330-331); bkz. Thorn, **a.g.e. (Art. 14-RomII)**, Rn. 6.

¹⁴²³ “Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.””

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere MÖHUK m.39/2'nin düzenleniş biçimi yanlış yorumlanmaya gebedir. Eğer taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişki varsa ve ilgili kanunlar ihtilafı düzenlemeleri zımni hukuk seçimine olanak veriyorsa taraflar pekala zımni hukuk seçiminde bulunabilecektir. Örneğin, taraflar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuk ilişki bir eser sözleşmesi ise taraflar pekala zımni hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Yukarıda hukuk seçiminin sonradan olması şartına ilişkin belirttiğimiz kaideler aynen bu şart açısından da geçerli olacaktır.

5.3.3 Üçüncü Kişilerin Haklarının Saklı Kalması Kaydı

MÖHUK sisteminde sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimi bakımından MÖHUK m.24/3 c.2'de sonradan hukuk seçiminde üçüncü kişilerin haklarının saklı olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık sözleşme dışı borç ilişkilerinde hem haksız fiile uygulanacak hukuk seçimi hem de sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk seçimi bakımından bu husus ilginç bir şekilde vurgulanmamıştır. Halbuki Roma II m.14'te ve EGBGB Art. 42/1 c.2'de bu husus temel bir kıtas olarak somut bir şekilde belirtilmiştir. Bize göre bu husus kanun koyucu tarafından atlanmıştır ve bir bakıma da kanun koyucu tarafından yukarıda ifade ettiğimiz üzere tarafların ilk defa zenginleşmeye sebebiyet veren olay ile karşı karşıya gelebilecekleri düşüncesinin göz önünde bulundurularak MÖHUK m.39/2'nin düzenlendiğinin göstergesidir.

Yalnız belirtmemiz gerekir ki, MÖHUK m.39/2'de MÖHUK m.24/3 c.2'den farklı olarak açıkça üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağına yer verilmemiş olması, üçüncü kişilerin haklarının saklı kalmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin haklarının saklı kalması kanunlar ihtilafı hukukunun temel prensiplerindendir ve seçim sadece taraflar arasında etkilidir¹⁴²⁴. Nitekim Alman doktrininde somut bir hüküm yokken bile bu husus dikkate alınmıştır¹⁴²⁵. Mevcut düzenlemede ise MÖHUK m.24 açısından kanun koyucu hukuk

¹⁴²⁴ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 120.

¹⁴²⁵ Bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 62.

güvenliği açısından somut bir biçimde bu prensibe yer vermişken, MÖHUK m.39/2’de bu hususu sadece atlamıştır.

6. Atıf

MÖHUK m.2/3’de uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılmasının sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacağı açıkça belirtilerek, borçlar hukuku alanına giren sebepsiz zenginleşme isteminde atıf Türk kanun koyucusu tarafından kabul edilmemiştir.

Türk kanun koyucu kişinin hukuku ve aile hukuku alanları dışında atfı kabul etmemesi ve bunun sonucu olarak borç ilişkilerine ilişkin olarak atfın kabul edilmemesine ilişkin tartışmalar ayrı bir araştırma konusu olabileceğinden ve konumuzun dışına çıkmamak adına, bu başlık altında salt karşılaştırmalı olarak diğer hukuk nizamlarında yer alan kanunlar ihtilafı hukuku düzenlemelerini kısaca ele alabiliriz.

İlk olarak İsviçre IPRG’de MÖHUK m.2/3 ile aynı düzenleme yer almakta olup; İsviçre kanunlar ihtilafı hukukunda da kişinin hukuku ve aile hukuku dışındaki alanlarda atıf kabul edilmemiştir¹⁴²⁶. Aynı şekilde Roma II Tüzüğü m. 24’te açıkça tüzükte “maddi hukuk atfı”nın (*Sachrechtsverweisung*) kabul edildiği vurgulanmıştır. EGBGB açısından ise Alman hukukunda Roma II Tüzüğü uygulamasından evvel, atıf hususunun daha tartışmalı bir halde olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Zira mülgâ EGBGB Art. 35’de¹⁴²⁷ somut bir şekilde salt olarak sadece sözleşmesel borç ilişkileri açısından “atfa” yer verilmeyip, “maddi hukuk atfı”nın (*Sachrechtsverweisung*) kabul edildiği vurgulanmıştır¹⁴²⁸. “Renvoi”nin kabul edilip

¹⁴²⁶ Bkz. Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 548.

¹⁴²⁷ Roma I Tüzüğü’nün uygulanmasıyla birlikte bu hüküm artık yürürlükte değildir.

¹⁴²⁸ Ayrıca bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 320 v.d

edilmediği Alman kanunlar ihtilafı hukukunda tartışmalı bir konu haline gelmişti. Burada tartışmalar EGBGB Art. 38'in sistematik olarak edimden ötürü zenginleşmeler (1. fıkra), *lex loci actus* olarak *müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun bağlama noktası olduğu* müdahaleden ötürü zenginleşmeler (2. fıkra) ve zenginleşmenin gerçekleştiği yerin bağlama noktası olarak tespit edildiği diğer zenginleşme halleri açısından (3. fıkra) ayrı ayrı olarak gerçekleşmiştir¹⁴²⁹. Edimden ötürü zenginleşmelerde fer'i bağlama noktası kabul edildiğinden ötürü zenginleşmenin ardında yatan hukuk ilişkiye ilişkinin “renvoi”nin kaderini belirleyeceği belirtilmektedir¹⁴³⁰. Örneğin, geçersiz bir sözleşme sebebiyle gerçekleşen bir sebepsiz zenginleşme isteminde EGBGB Art. 35 gereği “renvoi”ye olmayacaktır. V. Bar, EGBGB Art. 38/2'de müdahaleden ötürü zenginleşmeler açısından ise “renvoi”yi kabul etmiştir¹⁴³¹ ve bu görüş de hakim görüş olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴³². V. Bar diğer 3. Fıkra'da belirtilen zenginleşme halleri açısından da “renvoi”yi kabul etmiştir¹⁴³³ ve bu da hakim görüş olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴³⁴. Diğer zenginleşme halleri açısından *Schlechtriem* ise “renvoi”yi kabul etmemektedir. Zira ona göre zenginleşmenin gerçekleştiği yerin ağırlığından dolayı o yerin maddi hukuk kurallarının uygulanması gerekmektedir¹⁴³⁵. Bu haller açısından “renvoi” kabul edenler açısından en tutarlı görüş ise, zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun hakkında zenginleştiği iddia edilen tarafı koruma amacı olduğundan dolayı ve istisnai hallerde zenginleşenin kendi eylemi veya zorlamaya kaldığı haller açısından “renvoi”ye yer verilmemesi olmuştur¹⁴³⁶. Anglo-amerikan

¹⁴²⁹ Christian v. Bar, **Internationales Privatrecht Zweiter Band**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, s. 538 vd. ;Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 320 vd.

¹⁴³⁰v.Bar, **a.g.e.** s. 539.

¹⁴³¹ A..e. s. 539.

¹⁴³² v.Bar, **a.g.e.** s. 539; Plassmeier, **a.g.e.**,s. 329 vd. ; Heldrich,**a.g.e.**, s. 2567;; Busse,**a.g.e.**,s. 212-213;

¹⁴³³v.Bar, **a.g.e.** s. 539.

¹⁴³⁴ v.Bar, **a.g.e.** s. 539; Plassmeier, **a.g.e.**,s. 329 vd. ; Heldrich,**a.g.e.**, s. 2567;; Busse,**a.g.e.**,s. 213; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 325 (ve ayrıca dipnot 1444'te yazan eserler).

¹⁴³⁵ Schlechtriem, **a.g.e.**,s. 70.

¹⁴³⁶ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 324-325.

hukukunda da sebepsiz zenginleşme istemlerinde “renvoi”ye yer verilmemektedir¹⁴³⁷.

7. Kamu Düzeni Açısından

Kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeninin müdahalesi açısından genel prensiplerin uygulanacağını tartışma dışı olduğunu öncelikle belirtmemiz gerekir ¹⁴³⁸ . Bu bakımdan konumuz dışına çıkmamak adına; kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak doktrindeki tartışmalara ayrıca değinmeyeceğiz.

8. Doğrudan Uygulanan Kurallar Açısından

Yalnız bize göre TBK m.81 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığını ele almamız önem arz etmektedir. Bu bakımdan maddi hukuk alanında bilhassa söz konusu normun amacı hakkındaki açıklamalarımız önem arz etmektedir. Tekrar etmeliyiz ki: *Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*’ın¹⁴³⁹ istisna hali olarak düzenlenen ve tarihsel gelişimini detaylı olarak ele aldığımız “hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın” gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğinin düzenlendiği TBK m.81 c.1 hükmünün amacı tarafları cezalandırmak değildir¹⁴⁴⁰. Hukuka veya ahlaka aykırı olarak edimde bulunan tarafın hukuki korumaya layık olmadığı kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir ve onun sebepsiz zenginleşme isteminden yararlanmaması amacıyla kanun koyucu tarafından bu düzenlemeye yer verilmiştir¹⁴⁴¹. Nitekim, sözleşme serbestisi gereği de bu hükmün dar olarak yorumlanması gerektiğini de belirtmiştik. Türk kanun koyucunun bu tercihi hilafına MÖHUK m.39 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bir sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanan yabancı hukukta pekala aksi bir tercih ile istisnasız olarak *Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*’ın uygulanması kabul edilmiş

¹⁴³⁷ Bkz. Panagopoulos, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁴³⁸ Bkz. Spickhoff, **a.g.e.** s.2995; Huber, **a.g.e. (Art. 38)**, s.2442.

¹⁴³⁹ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No.lar 1.2. ve 5.1.1.2.4.

¹⁴⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No.8.3.’te yer alan detaylı açıklamalarımız.

¹⁴⁴¹ Looschelders, **a.g.e.**,s. 402; Schwab, **a.g.e. (§ 817)**, Rn. 10; Koppensteiner/. Kramer, **a.g.e.**,s. 63;

olabilir ve bu durum da kamu düzeni müdahalesini gerektirmediği gibi; TBK m.81 c1 de doğrudan uygulanan bir kural olarak da kabul edilemez.

Yalnız yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda bahsetmiş olduğumuz üzere, mehz kanun ile ilgili olarak İsviçre doktrinde v. *Tuhr* tarafından 20. Yüzyılın başlarında ileri sürülmüş, fakat özel hukukta müsadereye yer verilmemesi gerektiğinden İsviçre doktrinde kati surette karşı çıkılmış ve kökeni Prusya hukukuna dayanan “hakime hukuka ya da ahlak aykırı amaçla verilen şeyi devlete mal etme yetkisi”ne TBK m. 81 c.2 hükmünde yer verilmiştir¹⁴⁴². Detaylı olarak açıkladığımız üzere hem hatalı hem de anayasamıza aykırı olan bu hükmün¹⁴⁴³ TBK’da getirilmesinin amacı da Türk doktrinde EBK zamanında yer alan eleştiriler çerçevesinde edimi alanın mükâfatlandırılmamasıdır¹⁴⁴⁴ ve *Lex causae*’de pekala aksine o hukukun kanun koyucusu tarafından farklı bir tercihte bulunulmuş olabilecektir. Bu bakımdan TBK m.81 c.1 ve c.2 amacı itibari ile Türkiye Cumhuriyeti’nin ekonomik ve sosyal politikasına ilişkin olmadığından doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemez.

¹⁴⁴² Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 8.3. altında yer alan detaylı açıklamalar.

¹⁴⁴³ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 8.3. altında yer alan detaylı açıklamalar.

¹⁴⁴⁴EBK zamanında “devlete .. geçmesi gerekir” eleştirisi hakkında bkz Ataay, **a.g.e.**, s. 390;von Tuhr/Peter,**a.g.e.**, s. 491; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**362.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM : İKİDEN FAZLA KİŞİNİN BULUNDUĞU HUKUKİ İLİŞKİLERDE SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME TALEPLERİ VE BU TALEPLERDE UYGULANACAK HUKUK

1. Genel Açıklamalar

Maddi hukuk alanında bilhassa Alman doktrininde sebepsiz zenginleşme hukukunun en tartışmalı alanı olarak üç veya daha fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerdeki (*Mehrpersonenverhältnisse*) sebepsiz zenginleşme istemleri olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁴⁵. Gerçekten de hukuk, toplumsal yaşam düzeni olarak toplumsal ihtiyaçlara göre şekillenir. Gelişmekte olan teknoloji ve ekonomik gereksinimler neticesinde üçüncü kişiler hukuki ilişkiye dâhil olmuş; edimlerin üçüncü kişilerin malvarlıklarından gerçekleştirilmesi¹⁴⁴⁶ artık günümüz ekonomik koşullarında olağan hale gelmiştir. Bu durumlar da, maddi hukuklarda zenginleşme ilişkisinin hangi hallerde kimler arasında olacağı gibi birçok hukuki tartışmaya sebebiyet vermiştir. Nitekim TBK’da da, mehzaz kanun olan İsviçre BK’da da bu gibi durumlara ilişkin olan somut bir düzenleme yoktur.

İlk olarak maddi hukuk alanında üçüncü kişilerin taraflar arasındaki hukuki ilişkilere girmesi açısından, dolaysız temsilcinin ya da diğer ifa yardımcılarını açısından birer sorun olmayacağını belirtebilir¹⁴⁴⁷. Zira bunlar borçluya bağlı kişiler olup; borçlu ile alacaklı arasındaki zenginleşme istemi açısından bir sorun yaratmayacaklardır. Buna mukabil taraflardan bağımsız olan üçüncü kişilerin

¹⁴⁴⁵ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 443.

¹⁴⁴⁶ Rona Serozan , **a.g.e.**,s. 810.

¹⁴⁴⁷ Rona Serozan , **a.g.e.**,s. 810.

devreye girdiği durumlarda söz konusu hukuki tartışmalar cereyan edecektir¹⁴⁴⁸. Yukarıda rüçû hakkı veren zenginleşmelere¹⁴⁴⁹ ilişkin açıklamalarımızda ifade etmiştik: Kendini borçlu sandığı için bir başkasının borcunun ödeyen üçüncü kişinin, “borçlanılmamış edimin ifası” sebebiyle alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecekken, ifasını geçmişe etkili olarak borçlunun edimine ilişkin sayıp borçluya karşı rüçû hakkı veren zenginleşme talebinde bulunması bu tarz üçlü veya daha fazla ilişkilere güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Maddi hukuka ilişkin açıklamalara detaylı olarak yer vermemizin bir diğer özel sebebini de burada belirtmemiz gerekir. Bu istemlerin maddi hukuk açısından kimi hallerde “edim dışı zenginleşme” olarak kabul edilmesinden dolayı, yabancılık unsurunun söz konusu olduğu hallerde MÖHUK m.39/1 c.1’in mi veya c.2’nin uygulanacağını ayrıntılı olarak ele almamız için maddi hukuka ilişkin tartışmaları da göz önünde bulundurmak gereklidir.

Maddi hukuk açısından zaten tartışmalı olan bu alan, kanunlar ihtilafı hukuku açısından da paralel olarak birçok tartışmayı içermektedir. Nitekim doktrinde de, bu husus birçok yazar tarafından vurgulanmakta ve ayrı başlıklar altında ele alınmaktadır¹⁴⁵⁰. Buna karşılık Türk doktrinde bu husus detaylı ele alınmamıştır. Öte yandan, kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde de tıpkı MÖHUK’ta olduğu gibi ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme sistemine uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenlemeler olmayıp ilgili düzenlemelerin sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kuralları bu özel haller açısından uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁵¹ ve bu durumun söz konusu tartışmaları daha da arttırmakta olduğunu belirtmemiz yanlış olmayacaktır. MÖHUK açısından ele

¹⁴⁴⁸ Rona Serozan , **a.g.e.**,s. 810.

¹⁴⁴⁹ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.4.

¹⁴⁵⁰ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 552 vd. ; Kneller ,**a.g.e.**, s. 960 vd. ; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438vd.; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 66; Behrens, **a.g.e.**, s.37 vd.

¹⁴⁵¹ Behrens, **a.g.e.**, s. 160; Junker,**a.g.e.**, s. 912.

aldığımızda “hukuki ilişkinin tarafları” başlığında belirttiğimiz üzere¹⁴⁵² m. 39/1 c.1’de yukarıda “taraflar arasındaki” gibi bir ibareye yer verilmemiş; salt olarak “zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuk” ibaresine yer verilmiştir. Aşağıda ele aldığımız üzere “üç veya daha fazla köşeli ilişkilerde” taraflar arasında ayrı ayrı ilişkiler mevcuttur ve kazandırmanın sonucu olarak zenginleşene karşı ileri sürülecek sebepsiz zenginleşme istemine hangi ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu tarz sorunlara örnek olarak havaleden doğan ihtilafları şimdilik verebiliriz. Havale ilişkisinde havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişki değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*); havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*); havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasındaki ilişki havale ilişkisi (*Anweisungsverhältnis*) olarak adlandırılmaktadır. Yabancılık unsuru içeren bir olayda, havale edenin talimatından caymasına rağmen hatayla havale ödeyicisinin havale alıcısına ödeme bulunması durumunda, havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı istemine hangi hukuk uygulanacaktır? İşte bu başlık altında bu örneğe benzer durumlarda taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerine hangi hukukun uygulanması gerektiğini tespit etmeye çalışmaktayız.

Ayrıca, ikiden fazla kişinin bulunduğu bu hukuki ilişkiler arasındaki ayrıma yer vermemiz gerekmektedir ve burada iki grup karşımıza çıkmaktadır. İlk grup, edim ilişkilerinin birden fazla olması durumudur. Bu gruptakiler, ya *edimler zinciri* (*Leitungskette*) şeklinde ifade edilen birbirini takip eden edim ilişkileri ya da birbirleriyle bağlı olarak üçüncü kişilerin aracılığıyla edimde bulunması durumunda -*üç köşeli ilişkilerde*- meydana gelirler¹⁴⁵³. İkinci grup ise edim ilişkisi ile edim dışı bir hukuki ilişkinin özellikle müdahaleden doğan sebepsiz zenginleşme ilişkisinin çakıştığı durumlardır¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.6.

¹⁴⁵³ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**,s. 444.

¹⁴⁵⁴ **a.g.e.**,s. 444.

2. Edim İlişkilerinin Birden Fazla Olması

2.1 Birbirini Takip Eden Edim İlişkileri (Edimler Zinciri) ve Temsile İlişkin İlişkin Açıklamalar

2.1.1 Maddi Hukuka İlişkin Açıklamalar

Burada borçlu alacaklıya ifada bulunduktan sonra, alacaklının da ifa konusu şeyi üçüncü kişiye olan borcuna istinaden devrederse ortada edimler zinciri söz konusudur¹⁴⁵⁵. Doktrinde bu durumu açıklamak için şu örneğe yer verilmiştir. (A) satış sözleşmesine binaen malını (B)'ye satar ve ona devreder; (B) de (C)'ye satış sözleşmesine binaen aynı malı devreder¹⁴⁵⁶. Bu durumlar da (B) ile (C) arasındaki satış sözleşmesi geçersiz ise, (B)'nin (C)'ye karşı edimden ötürü sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği aşikârdır. (A) ile (B) arasındaki satış sözleşmesi geçersiz ise, (A) da kural olarak ancak (B)'ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecek olup; (C)'ye karşı kestirmeden bir istemde bulunamaz. Bu durumda (B) malı elinden – ivazlı olarak- çıkardığı için (A) ancak (B)'den eşya yerine bedel talebinde bulunabilecektir.

Gerek İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde gerek Alman borçlar hukuku sisteminde, yukarıda belirttiğimiz örnekler kapsamındaki temel kurallar aynıdır. Taraflar geçersiz olan temel ilişkiden kaynaklı itirazları ancak birbirlerine karşı sürebilir; hukuki ilişkinin bir tarafı, diğer tarafın üçüncü kişi ile olan hukuki ilişkiden doğan itirazlara karşı korunurlar ve tüm taraflar hukuki ilişkinin tarafı olarak seçtikleri diğer kişinin ödeme güçsüzlüğü/iflas rizikosunu taşırlar¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁵ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 444; Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 273.

¹⁴⁵⁶ Rona Serozan , **a.g.e.**, s. 810 ; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 444.

¹⁴⁵⁷ Claus-Wilhelm Canaris, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag** (ed. by Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München , 1973, s 802 vd. ; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 444; Sprau, **a.g.e.**, s. 1169; Althammer, **a.g.e.**, s. 274-275 ; Looschelder, **a.g.e.**, s. 433; Hahn, **a.g.e.**, s. 1371; Andreas von Tuhr/ Hans Peter, **a.g.e.**, s. 477; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 677; Volker Wiese, , "**§ 812**", Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.22 beck-

Burada ayrıca **temsil hallerine** ilişkin açıklamalara da yer vermemiz yararlı olacaktır. İkiiden fazla kişinin, sebepsiz zenginleşmenin temelini oluşturan hukuki ilişkinin doğmasına katkıda bulundukları hallerde sebepsiz zenginleşme borçlusunun tespiti açısından üzerinde durulması gereken bir durum da, temsil ilişkileridir. Eğer hukuki işlem *doğrudan temsilci* vasıtasıyla doğmuş ise ortada bir sorun olmayacaktır ve sebepsiz zenginleşme istemleri temsil olunan ile hukuki ilişkinin diğer tarafı olan üçüncü kişi arasında cereyan edecektir¹⁴⁵⁸. Salt üçüncü bir kişi adına kendisine edimde bulunulan temsilci, zenginleşme talebinin muhatabı olmayacak; aynı durum üçüncü bir kişinin taraflarca tediye edilecek şahıs olarak belirlenmesi durumlarında da geçerli olacaktır¹⁴⁵⁹. Nitekim bu husus açısından İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları da aynı yöndedir¹⁴⁶⁰. *Dolaylı temsil* açısından ise, dolaylı temsilci kendi adına fakat başkasının hesabına işlemde bulunduğundan, TBK m. 40/2 uyarınca sorumluluk, TBK m. 40/2 c. 2'de yer alan istisnalar (ancak karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan bir ile yapması farksız olması) mevcut olmadığı sürece yetkisiz temsil edene ait olacaktır¹⁴⁶¹. Böylece, yetkisiz temsilci sebepsiz zenginleşme isteminin muhatabı olacaktır. *Yetkisiz temsil* açısından ise, TBK m. 47/3'te açık bir şekilde sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklı tutulmuş ; fakat sebepsiz zenginleşme alacaklarının kimler arasında cereyan edeceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Eğer bir kişi bir başkasının mal varlığı üzerinde üçüncü kişiye karşı tasarrufta bulunursa ya da üçüncü kişinin edimini alırsa, yukarıda yazılı ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde uygulanan genel prensipler uygulanacaktır. Eğer yetkisiz temsil olunan işlemi onar ve işlem de geçersiz ise, edimden ötürü

online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 813; Sieber Lorenz, “**Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten**”, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Zurich, 2015, s. 58 vd.

¹⁴⁵⁸ Hahn, **a.g.e.**, s. 1372.

¹⁴⁵⁹ bkz. **Yarg. 13. HD. 20.02.2020T. 2017/8697E. 2020/2449 K.**

¹⁴⁶⁰ **BGE 117 II 404; BGE 92 II 225**

¹⁴⁶¹ Hahn, **a.g.e.**, s. 1372.

sebepsiz zenginleşme isteminin tarafları temsil olunan ile üçüncü kişi olacaktır. Yalnız, üçüncü kişi yetkisiz temsil edeni taraf olarak görmüş ve temsil olunanı bilebilecek durumda değil ise, yetkisiz temsil olunanın sebepsiz zenginleşme istemini üçüncü kişiye karşı yöneltemeyeceği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir¹⁴⁶². Bu durumda, yetkisiz temsil olunan yetkisiz temsilciye karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir. Bununla birlikte yetkisiz temsil olunan davranışlarıyla yetkisiz temsilcinin temsilde bulunabileceği izlenimi vermişse, bu durumda yetkisi temsil olunanın üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceği belirtilmiştir¹⁴⁶³. Tabi bütün bu hususlar, mülkiyet hakkına dayanan istihkak talebinin varlığı olmadığı, bir başka ifade ile mülkiyet naklinin gerçekleştiği durumlarda mevcut olacaktır. Örneğin yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki tasarruf işlemi sonucunda mülkiyet nakli gerçekleşmemiş ve yetkisiz temsil olunan malik ise; yetkisiz temsil olunan üçüncü kişiye karşı istihkak talebinde bulunabilecektir.

Yukarıda belirttiğimiz genel kuralların istisnaları var mıdır? Bu hususun irdelenmesi gerekmektedir ve kimi hallerde istisnalara yer verilmiş olup; bu hususlara aşağıda (üç köşeli ilişkiler açısından) değinmekteyiz.

Edimler zinciri açısından, her iki temel hukuki ilişkin geçersiz olması durumunda da genel prensipler geçerli olacaktır¹⁴⁶⁴. Somutlaştıracak olursak; (A)'nın (B) ile yaptığı ve (B)'nin de (C) ile yaptığı (A)'dan aldığı taşınır ile ilişkin satış sözleşmeleri geçersiz olsun. Bu durumda da, (taşınır devirlerinde sebepten soyutluk ilkesinin kabul edilmesi durumunda) (A) (C)'ye karşı talepte bulunamayacaktır ve (A) (B)'nin ödeme (güçsüzlüğü) rizikosunu onu sözleşme tarafı olarak gördüğü için taşıyacaktır¹⁴⁶⁵. Yalnız bu durumda da tartışıla gelmiş husus, sebepsiz zenginleşmeden doğan istemin muhtevasının ne olacağı olmuştur. Eğer (B) sözleşme

¹⁴⁶²BGE 106 II 29- Hahn, **a.g.e.**,s. 1372'den nakledilmiştir.

¹⁴⁶³ Bkz. Hahn, **a.g.e.**,s. 1372.

¹⁴⁶⁴ Dirk Looschelders, **a.g.e.**,s. 433.

¹⁴⁶⁵ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**,s. 445.

konusu edimi elinde bulunduruyorsa, o şeyi (A)'ya iade etmekle yükümlü olacaktır. Bir başka ifadeyle (A)'nın talebi, (B)'ye verdiği şeyin iadesi olacaktır. Fakat (B)'nin artık elinde edim konusu mevcut değilse ve (C)'nin elindeyse, Alman doktrininde zamanında (B)'nin (C)'den olan sebepsiz zenginleşme talebinin devriyle kısa yoldan (A)'nın (C)'ye karşı iade isteminde bulunabileceği yukarıda belirttiğimiz genel prensiplere aykırı olarak kabul edilmekteydi ¹⁴⁶⁶ . Bu çözüm “sebepsiz zenginleşmeden doğan sebepsiz zenginleşme” olarak ifade edilmektedir (*Kondiktion der Kondiktion*). Bu çözümün yukarıda belirtili genel prensiplere aykırı olmasının sebepleri de, (A)'nın sözleşmesel bir ilişkisi olmayan (C)'nin ödeme güçsüzlüğü rizikosunu taşıması, (C)'nin (B)'ye karşı itirazları (*Einwendungen*) ileri süremeyecek olması ve ancak (A)'ya karşı ileri sürebilecek olmasıdır ^{1467 1468} . Bu bakımdan gerek İsviçre gerek Alman doktrininde hakim görüş, genel prensiplere aykırı olan çözümlerin kabul edilemeyeceği yönündedir ¹⁴⁶⁹ .

¹⁴⁶⁶ Açıklamalar için bkz. Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445; Sprau, **a.g.e.**, s. 1173; Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7** , 8. Auflage, München, 2020 ,n. 86-89., beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020 **BGH , Urteil vom 15-03-1990 - III ZR 248/88**beck-online.beck.de(çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

¹⁴⁶⁷ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁴⁶⁸ Ayrıca, Kredi kartı ilişkileri açısından da buna benzer bir çözüm ileri sürülecek, hem kredi kartı kuruluşu ile kart hamilinin arasındaki sözleşmenin hem de kart hamili (alıcı) ile üye işyeri (satıcı) arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda, Alman doktrininde kredi kartı hamilinin (alıcının) üye işyerine (satıcıya) karşı olan sebepsiz zenginleşme talebinin kredi kartı kuruluşuna geçmesi gerektiği ileri sürülmüştür. (Gerd Nobbe, “Bereicherungsausgleich bei Zahlungen mittels Universalkreditkarte”, **Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004**, ed by : Franz Häuser / Horst Hammen vd. , Berlin , 2004, s. 1023-1024)Yalnız bu görüş doktrinde yukarıda belirtmiş olduğumuz genel prensiplere aykırı olduğu; satıcı ile arasında olan bedel ilişkisinde (*Valutaverhältnis*) üye işyerine (satıcıya) ödeme amacıyla olduğu ve bir anlamda öncelikle ödenen parayı eline alıp, satıcıya aktarır şekilde hareket ettiği gerekçeleri ile kabul edilmemektedir. (bkz. Schwab, **a.g.e.**, n. 89)

¹⁴⁶⁹ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1372.

2.1.2 Kanunlar İhtilafı Hukukuna İlişkin Açıklamalar

Birbirini takip eden edim ilişkilerinde yukarıda ifade edeceğimiz genel kaidelerin geçerli olacağı tartışmadan varestedir. Zira birden fazla edim ilişkisi söz konusu olduğunda, ilgili edim ilişkisinin tarafları arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerine o edim ilişkisinin hakim olduğu hukuk uygulanacaktır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz örnekte olduğu gibi ele alalım: (A)'nın (B) ile yaptığı geçersiz sözleşmeye ilişkin olarak Alman hukukunun ve (B)'nin de (C) ile yaptığı geçersiz sözleşmeye ilişkin olarak İngiliz hukukunun geçerli olacağına ilişkin geçerli hukuk seçimleri söz konusuysa, (A) ile (B) arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde Alman hukuku, (B) ile (C) arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde İngiliz hukuku uygulanacaktır.

Temsil halleri açısından da durum aynı olacak, genel kaideler uygulama alanı bulacaktır. Örneğin yetkisiz temsildeki talepler açısından MÖHUK m.30/2 c.2 uyarınca temsilcinin işyeri hukuku uygulanacak, bu yoksa temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkinin fiilen kullanıldığı devlet hukuku hakim olacaktır¹⁴⁷⁰.

Edimler zinciri açısından, her iki temel hukuki ilişkin geçersiz olması durumunda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımıza yukarıda yer vermiştik. Bu haller açısından ise yabancılık unsuru söz konusu olduğunda yukarıda vermiş olduğumuz örneği yenileyelim: Alman vatandaşı (A)'nın Fransız vatandaşı (B) ile yaptığı ve (B)'nin de Türk vatandaşı (C) ile (A)'dan aldığı taşınıra ilişkin satış sözleşmeleri geçersiz olsun ve her iki sözleşmede de geçerli olarak farklı hukuk seçimleri söz konusu olsun. Burada (A)'nın (C)'ye karşı direkt istemde bulunup bulunamayacağının hangi hukuka tabi olacağını belirtmemiz gerekecektir. Burada da

¹⁴⁷⁰ Araştırma konumuzun dışında olduğu için temsil ve temsilden doğan hukuki ilişkiye ilişkin açıklamalara yer vermemekteyiz.

(A) ile (C) arasında bir hukuki ilişki bulunmadığı için tarafların ortaklaşa olarak öngörebildikleri bir hukuktan bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan taraflardan birinin menfaatini daha ön plana atarak onun korunmasına yönelik bir sebep de kabul edilemeyeceğinden ve (C)'nin (B)'den gerçekleşen kazandırmada ancak onunla arasındaki hukuki ilişkiyi dikkate alabileceğinden, (A)'nın (C)'ye karşı direkt istemi olup olmayacağı MÖHUK m. 39/1 c.2 uyarınca zenginleşme yeri hukukuna göre belirlenebilecektir¹⁴⁷¹. Tabi burada tarafların müşterek mutad meskenleri gibi daha sıkı bağlantılı bir hukuktan bahsetmek mevcut MÖHUK m.39 düzenlemesi uyarınca mümkün olmayıp, bu hususa ilişkin eleştirimizi de tekrar etmemizde yarar var¹⁴⁷².

2.2 Üç ve Daha Fazla Köşeli İlişkiler

2.2.1 Maddi Hukuka İlişkin Açıklamalar

2.2.1.1 Genel Prensiplerin Kural Olarak Bu İlişkilerde Geçerli Olması ve Genel Açıklamalar

Bu alt başlık altında ise öncelikle, maddi hukuk alanında yukarıda belirtmiş olduğumuz genel prensiplerin istisnası olarak kabul edilebilecek hususları üç köşeli ilişkileri açısından ele alabiliriz. “Edimler zincirinde” tasarruf işlemleri borçlandırıcı (sebepsel) işlemleri takip etmekte ve bunlar yukarıda belirtildiği üzere sadece işlemlerin tarafları arasında hüküm doğururken, “üç köşeli ilişkiler” açısından durum farklı olup tasarruf işlemlerine üçüncü kişiler dâhil olmaktadır¹⁴⁷³.

¹⁴⁷¹ Bu husus ayrıntılı olarak yabancı doktrinde kaleme alınmasa da, bu durum ivazsız kazanımda bulunan üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme istemleri ile benzerlik göstermektedir ve bu durumlarda da Roma II m.10 açısından konuyu ele alanlarca taraflarca dayanılabilecek bir hukuki ilişkiden bahsedilemediğinden *lex causae conditionis*’in uygulama dışı olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. (Bkz. Limbach, **a.g.e.**, s. 434, Fischer, **a.g.e.**, s. 161.) Bu konuda görüş birliği olmadığını şimdiden belirtelim.

¹⁴⁷² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.4.

¹⁴⁷³ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445.

Borçlunun alacaklının yönlendirmesi ile alacaklı ile ayrı bir hukuki ilişkiye dayanarak onun alacaklısı olan üçüncü kişiye edimde bulunması durumunda da genel kuralları geçerli olacaktır. Örnek vermek önem arz etmektedir:

(B), (A)'dan satın aldığı taşınır malı devralmadan (C)'ye satar ve (A)'ya malı (C)'ye teslimde bulunması talimatını verir ve (A) da bunu kabul eder¹⁴⁷⁴.

Bu örnekte de (*Durchlieferung – Direktleistung*) genel prensipler geçerli olacaktır ve taraflar ancak tarafları olduğu hukuki ilişkilerdeki diğer tarafa, üçüncü kişi pozisyonundaki kişiye karşı kısa yoldan bir istemde bulunamayacaktır¹⁴⁷⁵. Daha da detaylandırarak olursak; (A), (B) ile arasındaki satış sözleşmesinin geçersiz olduğu savıyla (C)'den iade talebinde bulunamayacaktır. Yalnız, taşınmaz satışı açısından bu örnek geçerli olmayacaktır. Zira mülkiyet TMK m.1021vd uyarınca tescil edilmeden geçmeyeceği için, bu örnek taşınmazlar için gerçekleşmeyecektir¹⁴⁷⁶. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, bu durumlar açısından aşağıda ele aldığımız Alman Medeni Kanunu'nda özel olarak § 822 BGB hükmünde özel bir düzenleme ile, sebepsiz zenginleşenin sebepsiz zenginleşmeye konu şeyi üçüncü bir kişiye ivazsız kazandırması durumunda ve bunun sonucunda sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünün sona ermesi durumunda; malı ivazsız kazanan üçüncü kişinin, tıpkı hukuki bir temel olmaksızın bizzat sebepsiz zenginleşme alacaklısından almış gibi ona iade yükümlülüğünün olduğu düzenlenmiş olduğundan, şartların gerçekleşmesi halinde direkt istemin varlığı Alman hukukunda kabul

¹⁴⁷⁴ Benzer örnek için bkz. Serozan, **a.g.e.**,s. 811-812; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁴⁷⁵ Volker Wiese, "**§ 812**", Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.25 beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020 Serozan, **a.g.e.**,s. 811-812; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445.; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁴⁷⁶ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**,s. 445: BGB §873 uyarınca Alman hukukunda da aynı durum mevcuttur. Ayrıca konusu bir mal olmayan, "hizmet" vs. gibi edimlerde de bu hususun uygulanması mümkün değildir.

edilmektedir¹⁴⁷⁷. Türk Hukuku açısından da aşağıda Alman hukukundaki söz konusu hükmü ele alırken bahsedeceğiz¹⁴⁷⁸.

Aynı doğrultuda, taraflarca üçüncü bir kişinin edimin tediye edileceği (*Zahlstelle*) taraflarca belirlenirse, genel prensipler geçerli olacak ve üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulamayacaktır¹⁴⁷⁹. Yargıtay'ın yakın zamanda verilmiş bir kararında bu husus isabetli olarak vurgulanmıştır. Yargılama konusu olayda, oğlunun banka hesabı bulunmadığı için oğlunun tarafı olduğu sözleşme ilişkisi çerçevesinde kendi banka hesabına sözleşmenin diğer tarafınca yollanan paradan banka hesabı sahibi babanın havalelerden sorumlu olmadığı ve havale edilen meblağın sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir¹⁴⁸⁰.

Asıl tartışmalı ve çözümü zorlu durumlar, kendilerini edimin ifasına üçüncü kişilerin girdiği hukuki ilişkilerde göstermektedir. Bunlar bilhassa havale ilişkilerinde ve banka havalelerinde kendini göstermektedir. Burada derhal belirtmeliyiz ki; TBK m. 555 vd.'de düzenlenen havale ile banka havalelerinin hukuk tekniği bağlamında aynı nitelikte olup olmadığı çok tartışmalıdır. Hatta banka havalesi bakımından da banka ile müşteri arasındaki ciro sözleşmesi ve bankalar arası gerçekleşen havaleler bakımında da bankalar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de tartışmalıdır. Bu tartışmalara havalelere ilişkin açıklamalarımızda ayrıca ele alacağız. Burada ise bu tartışmalardan bağımsız olarak; üç köşeli ilişkiler açısından yukarıda ifade edilen temel esasların ister havale ister banka havalesi isterse de ikiden fazla kişinin dâhil olduğu diğer ödeme enstrümanları (kredi kartı, debit vs.)

¹⁴⁷⁷ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.435.

¹⁴⁷⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

¹⁴⁷⁹ ayrıca bkz. Cumhuriyet Özakman “ **Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kuyumetli Evrak Hukukundaki Görünüşü**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 41 , İstanbul 1975, s. 258; Hahn, **a.g.e.**, s. 1373.

¹⁴⁸⁰ **Yarg. 13. HD. 20.02.2020T. 2017/8697E. 2020/2449 K.** ; İsviçre Federal Mahkemesi kararları da bu yöndedir: **BGE 117 II 404 , 92 II 335**) <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 16 Haziran 2020

açısından da geçerli olacağını ve hangi ilişkide geçersizlik söz konusu ise sebepsiz zenginleşme isteminin de o ilişkinin tarafları arasında kural olarak cereyan edeceğini belirtmeliyiz¹⁴⁸¹.

Konuyu ifade etmek adına örneklendirmek (banka havalelerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara şimdilik girmeden) yararlı olacaktır:

(B), (A) ile arasındaki satış sözleşmesinden dolayı (A)'ya 1000-TL borçludur. (B) , (H) bankasına arasındaki ciro sözleşmesine dayanarak kendi hesabından (A)'nın aynı bankadaki hesabına havale talimatını verir.

Burada üçlü ilişkinin köşeleri : edimde bulunan/havale eden (B), banka (H) ve havale alıcısı/alacaklı (A)'dır. Havale eden (B) ile banka (H) arasındaki ilişki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*); alıcı-borçlu (B) ile satıcı-alacaklı (A) arasındaki ise değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*) ; (A) ile (H) arasındaki ilişki ise kazandırma ilişkisidir (*Zuwendungsverhältnis*)¹⁴⁸². Burada görüleceği üzere ortada iki edim vardır: ilki Banka (H)'nin karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) bağlamında müşterisi (B)'nin havale talimatına uygun olarak hareket etmesi; ikincisi ise (B)'nin edimde bulunan olarak değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*) kapsamında banka (H) kanalıyla alacaklı (A)'ya ödemede bulunmasıdır¹⁴⁸³. Burada gerek karşılık ilişkisi (B-H arasındaki) gerek bedel ilişkisi (B-A arasındaki) açısından kural olarak sebepsiz zenginleşme istemleri salt bu işlemlerin tarafları arasında ileri sürülebilecek

¹⁴⁸¹ Volker Wiese, **a.g.e.**, p. 27.

¹⁴⁸² Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 277; Rona Serozan , **a.g.e.** ,s. 810 vd.; ayrıca bkz. Cumhuriyet Özakman “ **Havale İlişisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kuyumetli Evrak Hukukundaki Görünüşü**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 41 , İstanbul 1975, s. 255 vd.

¹⁴⁸³ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, , **a.g.e.** ,s. 446.

olup; her iki hukuk ilişkisinin problemlili olması durumunda da sonuç aynı olacaktır¹⁴⁸⁴. İsviçre yargı kararları da aynı yöndedir¹⁴⁸⁵.

Örneği değiştirecek olursak, ödeme havale ile değil de, başka bir ödeme enstrümanı (örn. kredi kartı-debit vs.) ile yapılmış olsaydı yine ortada ikiden fazla kişinin dâhil olduğu hukuki ilişkilerde hangi hukuki ilişkide geçersizlik varsa, tasfiyesi de o ilişkinin tarafları arasında gerçekleşecektir. Türk doktrinde bu çözüm “edim ilişkisi = tasfiye ilişkisi” olarak adlandırılarak ancak edim ilişkisinin tarafları arasında sebepsiz zenginleşme uyarınca tasfiye olacağı şeklinde belirtilmiştir¹⁴⁸⁶. Bu durum, yukarıda belirtmiş olduğumuz tarafların problemlili olan temel ilişkiden kaynaklı itirazları ancak birbirlerine karşı sürebileceklerinin, hukuki ilişkinin bir tarafının diğer tarafın üçüncü kişi ile olan hukuki ilişkiden doğan itirazlara karşı korunmaları gerektiğinin ve tüm taraflar hukuki ilişkinin tarafı olarak seçtikleri diğer kişinin ödeme güçsüzlüğü/iflas rizikosunu taşıyacakları şeklinde ifade edilen genel prensiplerin gereğidir¹⁴⁸⁷. Fakat bu temel prensiplerin aşağıda üzerinde duracağımız üzere istisnaları vardır.

¹⁴⁸⁴ Christoph Althammer, **a.g.e.**, s. 277; Astrid Stadler, “§ 812”, **Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**, 17. Bası, 2018 , p. 23 www.beck-online.beck.de (çevirimiçi) 15 Ekim 2019 ; Volker Wiese, , “§ 812”, Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar), Ed: Reiner Schulze, 2019, n.25 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020; Martin Schwab, “§ 812”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6** , 8. Auflage, München, 2020,p. 70beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020; Hahn , **a.g.e.**, s. 1372 ; **BGE 121 III 109 (14.03.1995); BGE 117 II 404 (22.09.1991)** <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 15 Ekim 2019 ; Thomas Koller, “Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen - Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (**BGE 121 III 109 ff.**)” , Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Heft 11 , Bern, 1995, s. 798; Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, **Lehrbuch des Schuldrechts Band 2 – Halbband 2** , München, 1994, s. 197-198 vd.

¹⁴⁸⁵ **BGE 117 II 404 (22.09.1991)** ; **BGE 121 III 109** <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 15 Ekim 2019.

¹⁴⁸⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 813; Aynı doğrultuda Turgut Öz, **Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme**, s .145 ; Von Tuhr/ Peter, **a.g.e.**, s.478.

¹⁴⁸⁷ Alman Federal Mahkemesi kararları da bu yöndedir. Bkz. BGH, 29.04.2008 - XI ZR 371/07 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçlü ilişkiler de aynı yönde olduğu için yukarıdaki temel prensipler tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulur¹⁴⁸⁸¹⁴⁸⁹. Burada, tıpkı havale ilişkisinde olduğu gibi; taahhüt ettiren ile üçüncü kişi lehdar arasındaki bedel ilişkisi(*Valutaverhältnis*) ve taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) birbirinden bağımsız olacağından, bedel ilişkisindeki geçersizlik karşılık ilişkisine (tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye) sirayet etmeyecektir. Böylece bedel ilişkisinde bir geçersizlik söz konusu olursa ve karşılık ilişkisi geçerli ise tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile üçüncü kişinin kazandığı alacak hakkı sebepsiz olacak; taahhüt ettiren üçüncü kişiye (lehdara) karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir¹⁴⁹⁰. Taahhüt ettiren tarafından lehdara (üçüncü kişiye) ortada

¹⁴⁸⁸ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 448 ; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.440 (p.1156-1157); Schwab, **a. g.e.**, p.230vd.; Johannes Köndgen, “**Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr Überlegungen zum Entscheid des Bundesgerichts Vom 14. März 1995 BGE 121 III 113 = Pra 84/1995 Nr. 274**”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 1996, s. 31-32; Claus-Wilhelm Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag** (ed. by Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München , 1973, s. 828-829 . ; Hahn, **a.g.e.** , s.1372.;BGH, urteil vom 20.03.1952 – IV ZR 111/51OLG Celle vom 17.04.1951 beck-online.beck.de (**çevirimiçi**) 29 Ekim 2020.

¹⁴⁸⁹ Doktrinde karşılık ilişkisindeki bir problem sebebiyle üçüncü kişiye ifada bulunan vaadedenin kime karşı iade talebinde bulunabileceği tartışıla gelmiştir.. Doktrinde iade talebinin üçüncü kişiye – lehdara- karşı ileri sürülmesini kabul edenlere göre(bkz. Heinrich Dörner, **Dynamische Relativität**, München, 1985, s. 343 ,) vaadeden tarafından edimin doğrudan lehdara ifa edilmesi şeklinde cereyan eden edim ilişkisi (Leistungsverhältnis) asli nitelikte olup; karşılık ilişkisindeki ifa bunun yansıması niteliğindedir. Fakat bu görüşler kabul edilemez. Taahhüt edenin karşılık ilişkisinden kaynaklı itirazlarının muhatabı, taahhüt eden ile karşılıklı sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişi olamaz ve taahhüt eden karşılık ilişkisi olarak taahhüt ettireni hukuki ilişkinin tarafı olarak seçtiği için kural olarak onun ödeme güçsüzlüğü/iflas risikosunu taşıması gerekir. (aynı yönde Schwab, **a.g.e.**, (**§812**), p.230vd.)

ayrıca doktrindeki tartışmalar ve görüşler için bkz. Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 285-286 (n.589) Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.**, s. 291vd..

¹⁴⁹⁰ Aynı yönde bkz. Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul , 2008, s. 145; Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.**, s. 293.

dolaylı bir kazandırma söz konusu¹⁴⁹¹ olduğundan, kanımızca ortada edimden ötürü zenginleşme konusu olacaktır.

Karşılık ilişkisinin – tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kendisinin-geçersiz olması durumunda, tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde edimi yerini getiren- taahhüt eden- diğer iki tarafa da edim yükümünü getirdiğinden¹⁴⁹² dolay, doktrindeki hakim görüş karşılık ilişkisinin geçersizliği durumunda sebepsiz zenginleşme istemi taahhüt eden ve taahhüt ettiren arasında olacak olup; üçüncü kişiye (Edimi alana) karşı sebepsiz zenginleşme istemine başvurulamayacaktır¹⁴⁹³.

Her iki ilişkinin de geçersiz olması durumunda (hem bedel hem de karşılık ilişkileri); yine temel prensiplerin geçerli olması gerekecektir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken, üçüncü kişi (lehdar) vaad edene karşı bir alacak hakkı sahip olmayacağından, kendisine edim ifa edilmediği sürece onun malvarlığında bir zenginleşme söz konusu olmayacaktır¹⁴⁹⁴. Yukarıda ifade ettiğimiz genel prensipler uyarınca istisnai durumlar dışında, taahhüt edenin her halükarda lehdara karşı istemde bulunabileceği ve taahhüt edeni kendi sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişinin ödeme güçsüzlüğü rizikosuna sokacağı gibi bir görüş kabul edilemez. Ayrıca, taahhüt edenin seçimlik yetkisine bağlı olarak ister lehdara ister taahhüt ettirene karşı sebepsiz zenginleşme istemi sunulabileceği ya da hem taahhüt eden hem de taahhüt ettirenin lehdardan talepte bulunabileceği şeklindeki görüşler¹⁴⁹⁵ de tutarsız olup, belirsizliklere ve problemlere gebe dir. Zira, örneğin taahhüt edenin birbirlerinden habersiz ve tarafları oldukları ilişkilerin geçerliliğini savunan lehdar ile taahhüt

¹⁴⁹¹ Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.**, s. 293.

¹⁴⁹² Martin Shwab, "**§ 812**", **a.g.e.**, p. 229: Burada vaad edenin iki taraflı bir ifa amacı vardır. Vaad eden, hem vaad ettirenle arasındaki karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüğünü hem de üçüncü kişiye karşı borcunu ifa etmektedir.

¹⁴⁹³ Volker Wiese, **a.g.e.**, p. 29; Serozan, **a.g.e.**, s. 815; ayrıca doktrindeki diğer görüşler için bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme (yayınlanmamış doktora tezi)**, Ankara, 2020, s. 298 vd ; Sprau, **a.g.e.**, . 1172 (p.57)

¹⁴⁹⁴ Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.**, s. 306.

¹⁴⁹⁵ Bkz. Şener Akyol, **a.g.e.**, s. 230 ; Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.**, s. 309 vd.

ettirene ayrı ayrı talebini yönelterek (ve hatta dava ikame ederek) tahsil etmesi durumu gibi adil olmayan bir sonuç muhtemeldir. Bu durumda, adeta sebepsiz zenginleşme istemleri ile yepyeni bir sebepsiz zenginleşme durumunun ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Bu çözüm, hakkaniyet düşüncesine dayanılarak ortaya bağımsız bir borç kaynağı olarak çıkan sebepsiz zenginleşme kurumunun ruhuna aykırıdır.

Alacağın temliki açısından açıklamalarımızı ise alt başlıkta istisnalar kısmında ele almamızda yarar var.

Bir sonraki başlıkta ise, yukarıda genel prensipleri ifade ettiğimize göre, istisnaları ele alabiliriz.

2.2.1.2 Havale ve Banka Havalelerindeki İstisnalar

2.2.1.2.1 Havale ve Banka Havalelerinin Hukuki Nitelikleri Üzerine Bir Bakış

Bu gruptaki istisnalara yer vermeden evvel havale ve banka havalesinin hukuki nitelikleri üzerinde kısaca durmamız gerekir¹⁴⁹⁶.

Öncelikle havale kurumunu açıklayabiliriz. TBK m. 555 vd.'de düzenlenen havale, kanun koyucu tarafından havale edenin kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere havale bir sözleşme olmayıp¹⁴⁹⁷;

¹⁴⁹⁶ Önemle belirtmeliyiz ki, bu başlık altında, havale ve banka havalesi konuları başlı başına birer araştırma ve tez konusu olduklarından, Sebepsiz zenginleşme ve sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından önemli olan hususlara özetle yer verilmeye çalışılmıştır.

¹⁴⁹⁷ Bkz. Ahmet Türk ,**Hukuki Yönden Banka Havalesi** ,Ankara, 2007, s.37 vd.

üçlü ilişkiye dayalı¹⁴⁹⁸ tek taraflı bir hukuki işlemdir¹⁴⁹⁹. Doktrinde, havalenin bir hukuki işlem olarak iş görme borcu doğurmadığı belirtilmektedir¹⁵⁰⁰.

Havalenin hukuki niteliği ise, tarihsel süreçte tartışıla gelmiştir. Bu görüşlerden ilki havalenin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğudur. Özetle bu görüşü savunanlara göre, havalenin kabulü durumunda havale eden ile havale ödeyicisi arasında vekalet sözleşmesi olup; bu sözleşme aynı zamanda üçüncü kişi olarak havale alıcısı yararına bir sözleşme niteliğindedir¹⁵⁰¹. Diğer görüş ise temsil yetkisi görüşü olup; bu görüş taraftarları ise havale edenin hem havale ödeyicisine hem de havale alıcısına temsil yetkisi verdiğinden dolayı bu kişilerin herhangi bir sözleşmesel yükümlülük altına girmediklerini savunurlar¹⁵⁰². Bu görüş taraftarları içerisinde de, kabul edilen temsil yetkisinin doğrudan temsil mi dolaylı temsil mi olduğu da tartışılmıştır. Dolaylı temsil yetkisi görüşünü savunanlar havale ödeyicisinin havale eden adına ödemede bulunmadığına ve havale alıcının da havale konusu şeyi kendi adına kabz ettiğini ileri sürmektedirler¹⁵⁰³. Günümüzde ise ağırlıklı olarak hem Türk-İsviçre hem de Alman doktrinde kabul edilen görüş “*çift yetki görüşü*”dür. Bu görüş uyarınca havale eden havale ödeyicisine ödeme yetkisi, havale alıcısına ise ödemeyi kabul - ifayı kabz yetkisi vermektedir ve (*doppelte*

¹⁴⁹⁸ Hartwig Sprau, “§783”, **a.g.e.**, 1143 (p.1).

¹⁴⁹⁹ Gülşah İslamoğlu, “**Havale**”, EÜHFD 2019 C. 14 Sayı 2., Kayseri, 2019 , s. 527 ; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 919.

¹⁵⁰⁰ Bkz. Gülşah İslamoğlu, “**Havale**”, EÜHFD 2019 C. 14 Sayı 2., Kayseri, 2019 , s. 528.

¹⁵⁰¹ Açıklamalar için ayrıca bkz. ve karşı. Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 39 ve Arif B Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, 2. Baskı, Ankara, 2020, s.33-34; Türk doktrinde ayrıca, Hatemi tarafından havalenin havale ödeyicisine yönelen bir vekalet icabı olduğu savunulmuştur. (bkz. Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku – Özel Bölüm**, İstanbul , 1992 , s.474vd.)

¹⁵⁰² Bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 41; Arif B. Kocaman, “**Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine**”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ankara, 1994, s. 296 vd. , <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5283.pdf> (çevirimiçi) 19 Eylül 2019; Gülşah İslamoğlu, **a.g.e.**, , s. 529.

¹⁵⁰³ Görüşleri için bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 43; Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s. 37. çifte dolaylı temsil görüşü için bkz. Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul, 2000, s.37.

Ermächtigung) Bu görüşe göre bu yetkilerin niteliği ne vekalet sözleşmesi ne de temsil yetkisidir¹⁵⁰⁴.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun m.457 hükmünde havalenin hukuki niteliğine ilişkin bir tanım yapılmamış ve “akit” olarak nitelendirilmiş olması¹⁵⁰⁵; Türk doktrininde de havalenin hukuki niteliği- bilhassa sözleşme olduğu yönündeki çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur¹⁵⁰⁶. Bu duruma mukabil TBK m. 555’de açıkça havalenin hukuki işlem olduğu vurgulanmış ve artık havaleden sözleşme olarak bahsedebilmek sırf bu açık düzenleme sebebiyle dahi mümkün değildir. Bu somut düzenleme olmasaydı dahi, kendisine verilen ödeme yetkisi ile havale ödeyicisi ödeme yükümlülüğüne sokulmayacağı gibi havale alıcısının da kabul yükümlülüğü doğmayacaktır¹⁵⁰⁷. Ayrıca vekalet akdi sürekli borç ilişkisi

¹⁵⁰⁴ Bkz. Gülşah İslamoğlu, **a.g.e.**, s. 529vd. ; Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 44 vd.; Hartwig Sprau, “§783”, **a.g.e.**, 1143 (p.1); Arif B. Kocaman, **a.g.e.**, s. 298.

¹⁵⁰⁵ İsviçre OR’da Almanca metinde sözleşme olarak nitelendirilmeyen havalenin sözleşme olduğuna ilişkin bir düzenleme yoktur; mehzaz kanun Fransızca metinden çevrilmiş olduğu için eski düzenlemede akit kelimesi kullanılmıştır. Ayrıca bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 46. Ayrıca belirtmeliyiz ; Alman Medeni Kanunu’nun etkisinin hissedildiği İsviçre düzenlemesinde de 1911 yılında yürürlüğe girdiği vakit İsviçre Kanun koyucusu tarafından bilerek, , “beauftragt” (görevlendirme) yerine “ermächtigt” (yetkilendirme) kelimesine yer verildiği ifade edilmektedir. Aslında havalenin hukuki niteliği üzerindeki tarihi tartışmalar Pandekt hukukçuları arasında mevcuttu. Fakat Alman Medeni Kanunu’nun etkisinde OR 466’da “yetkilendirme” ibaresi yer almıştır. Detaylı bilgiler için bkz. Georg Gautschi, **Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse**, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/6,Bern, 1962, s. 486 vd.

¹⁵⁰⁶ Görüş için bkz. Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku – Özel Bölüm**, İstanbul , 1992 , s.474vd.

¹⁵⁰⁷ Hartwig Sprau, “§783”, **a.g.e.** , 1143 (p.4);Gülşah İslamoğlu, **a.g.e.** , s. 528; H. Cumhur Özakman, “**Havale İlişisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü**”, İstanbul Üniverstiesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 41, Sayı 1-2 (s. 255-297), s. 263. ; İsviçre Federal Mahkemesi kararları da aynı yöndedir ve açıkça havalenin sözleşme niteliği taşımadığı vurgulanmaktadır. (BGE 132 III 609)

doğururken ve müvekkil vekili her zaman azledebilmekteyken; havalede bir kerelik para ve havale konusu şeylerin tedavülü sağlanmaktadır¹⁵⁰⁸. Havale eden ile havale ödeyicisinin arasındaki temel ilişki ise havaleden bağımsızdır ve bu temel ilişki herhangi bir sözleşmeye dayanabilir¹⁵⁰⁹. Bir başka ifade ile havale soyut bir ilişkidir¹⁵¹⁰ ve eğer temel ilişki bir vekalet sözleşmesine dayanıyorsa, bu havalenin vekalet sözleşmesi olduğu anlamına gelmez.

Çift temsil yetkisi verilen görüşler de, kanunun açık düzenlemesi karşısında kabul edilemez. Nitekim eski düzenlemede de havale alıcının kendi adına hareket ederek ifayı kabul ettiği için burada doğrudan temsilin söz konusu olmayacağı aşikardır¹⁵¹¹. Nitekim doktrinde doğrudan temsilde tediye borçlu tarafından alacaklıya veya tediye almaya yetkili bir şahsa bulunulması, edanın borcun itası amacına hizmet etmesi ve hiçbir şekilde başka bir amaca hizmet etmemesi üzerinde taraflarca anlaşılmış olması gerektiği; bu anlaşmanın ise makbuzla ifadesini bulacağı ve böylece borçlunun alacaklıdan (ya da onun temsilcisinden) makbuz isteyebileceği; havalede ise havale alıcısının ancak havale üzerine havale konusu bedeli kabzettiğinden ve böylece borcun ifa edilip edilmediğini hususunda havale alıcısının bilgi sahibi olmadığından itfayı gösteren bir makbuz veremeyeceği ifade edilerek ortada böylece temsil ilişkisinin olmayacağı haklı olarak ifade edilmiştir¹⁵¹². Dolaylı temsil açısından ise, havale alıcısı bakımından zaten kendi adına kabz yetkisi mevcut düzenlemede de verildiğinden temsilden bahsedilemeyecek olup; dolaylı temsil yetkisinin olup olmadığı ancak havale ödeyicisi açısından tartışılabilir¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁸ Gülşah İslamoğlu, **a.g.e.**, s. 528 ; Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 40; Arif B. Kocaman, **a.g.e.**, s. 295.

¹⁵⁰⁹ Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁵¹⁰ Hartwig Sprau, “§783”, **a.g.e.**, 1143-1144 (p.5-8).

¹⁵¹¹ Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 46 ;Sprau, “§783”, **a.g.e.**, 1143 (p.1); Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s. 37

¹⁵¹² Bkz. Arif B. Kocaman, **a.g.e.**,s. 297-298;Ahmet Türk , **a.g.e.**, s. 42 ; H. Cumhur Özakman, “**Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü**”, İstanbul Üniverstiesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 41, Sayı 1-2 (s. 255-297), s. 265 ve 266,

¹⁵¹³ Bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 43.

Doktrinde *Türk* tarafından borç üzerine havale durumunda alıcıya yapılan ödeme borcu yasa gereği sonlandırdığından ve dolaylı temsilde ise iç ilişkideki haklarla borçların devrinin gerekli olduğundan dolayı, dolaylı temsilden bahsetmenin de mümkün olmadığı isabetli olarak ifade edilmiştir¹⁵¹⁴.

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere havale, üç köşeli bir hukuki ilişki çerçevesinde taraflarının aralarındaki iç ilişkilerden bağımsız ve soyut çift yetkilendirme içeren tek taraflı¹⁵¹⁵ bir hukuki işlemdir. Bu yetkilendirmeler, havale edenin havale ödeyicisine verdiği ödeme yetkisi ve havale alıcısında verdiği ödemeyi kabul (kabz) yetkisidir¹⁵¹⁶. Böylece havale bir hukuki işlem olarak sadece bir edimin sağlanmasını dolaylı bir biçimde sağlayan araç görünümündedir¹⁵¹⁷ (bir başka ifade ile dolaylı bir ödeme aracıdır¹⁵¹⁸), bir borç ikrarı niteliğinde değildir ve taraflar arasında üç köşeli ilişki söz konusu olmaktadır: Havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişkideğer ilişkisi (*Valutaverhältnis*); havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*); havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasındaki ilişki havale ilişkisi (*Anweisungsverhältnis*) olarak adlandırılmaktadır. Havalenin konusu madde metnine bakıldığında “para, kıymetli evrak ya da diğer bir mislî eşya” şeklinde yazılıdır. (Banka havalesinin hukuki niteliği açısından ise bu hususu ayrıca ele alacağız.) Havale herhangi bir sözleşmeden bağımsız olarak bir iş görme ilişkisi kurar ve İsviçre-Türk sisteminde şekle tabi değildir¹⁵¹⁹. Havale, havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisinden bağımsızdır.

¹⁵¹⁴ Bkz. **a.e.**, s. 43.

¹⁵¹⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2020, s. 930vd. ; Karin Bayeler, “**Art. 466**” “**Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**”, Zurich, 2016 , s. 730.

¹⁵¹⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2020, s. 930vd.; Nitekim Yargıtay da (EBK döneminde dâhil) aynı görüşü kabul etmiştir.

¹⁵¹⁷ Ahmet Türk, **a.g.e.**, , s. 52.

¹⁵¹⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2020, s. 933.

¹⁵¹⁹ Ahmet Türk, **a.g.e.**, , s. 57; Alman Hukukunda şekle tabi olarak düzenlenmiş olup; havale senedi kıymetli evraktır. (Hartwig Sprau, **a.g.e.**, s. 1144. Türk hukukunda senede bağlansa dahi (TTK’da

Havalenin çift yetkilendirme içeren bir hukuki işlem olmasının karşısında; asıl tartışmalı olan banka havalesinin niteliğidir. Banka havalesinin (*Überweisung*) niteliği halen çok tartışmalıdır¹⁵²⁰.

Hatta bundan da evvel, nakdi banka havalesi-gayri nakdi banka havalesi ayırımından da söz etmek gerekir. Banka havalesinde de üçlü ilişki olup; Bilindiği üzere banka havalesine konu tutarın aktarımı çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir¹⁵²¹ :

-Havale eden ile banka arasındaki ilişkide: a)havale eden bankaya nakit ödemede bulunabilir ya da b) banka tarafından, havale konusu tutar havale edenin banka hesabından kayden düşürülür.

düzenlenen emre ve hamiline yazılı havaleler haricinde) nama yazılı havalelerin kıymetli evrak niteliği taşımadığına ilişkin olarak bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, , s. 57; H. Cumhur Özakman, **a.g.e.**, , s. 262. Bu hususa ilişkin görüşler için bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**, , s. 89vd.

¹⁵²⁰ Alman Hukukunda bu tartışmalar, somut düzenlemeler karşısında mümkün değildir ve Alman Hukuku'nda mevcut düzenlemede banka havalesi, diğer geyri nakdi ödeme araçları ile beraber düzenlendiğinden “§§ 675c- 676c”, havale hükümleri uygulama alanı bulmamaktadır. Yalnız bu aradaki üçlü ilişkinin “geniş anlamda havale” olarak nitelendirilmesine engel bir durum değildir. (bkz. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, s. 446 ; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.436 (p.1151)) Mevcut düzenlemeden bahsedecek olursak, iki defa değişikliğe uğrayarak son halini almıştır. 01.01.2002 tarihinde AB 97/5 yönergesine uygun olarak yapılan düzenleme 17.7.17 tarihli değişiklik ile 13.01.2018'de yürürlüğe girmek suretiyle değişikliğe uğramıştır. Bunun sebebi de AB2deki 2015/2366 no.lu yönergesi olmuştur. Mevcut düzenlemede özetle bütün gayri nakdi ödeme hizmetleri açısından ortak düzenlemeler yer almaktadır. Tıpkı 01.01.2002 tarihli değişikliklerden sonra olduğu gibi; mevcut düzenleme uyarınca Alman Hukukunda banka havalesi vd. ödeme hizmeti sözleşmeleri nitelikleri üzerinde tartışmalar olmakla beraber iş görme sözleşmeleri olarak kabul edinilmektedir. Bkz. Matthias Casper, “§675f”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6, Munich, 2020, Rn..5-7 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 01Kasım 2020

¹⁵²¹ Ayrıca bkz. Kazım Ali Sonat, **Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi (doktora tezi- Galatasaray Üniversitesi)**, İstanbul , 2010, s. 14 vd. Hans Schulte-Nölke,

-Banka ile havale alıcısı ile olan ilişkide: a)banka, havale alıcısına nakit ödemede bulunabilir; b) havale alıcısının bankası tarafından, havale alıcısının bankadaki hesabına alacak kaydedilmesi sağlanır.

Eğer her iki aktarım da nakdi olarak sağlanırsa, bir başka ifade ile gerek havaleci ile banka gerek ise banka ile havale alıcısı arasındaki aktarım bu şekilde gerçekleşirse ortada nakdi banka havalesi söz konusudur. Bizim görüşümüze göre, ortada bir gerçek anlamda bir havale söz konusu olup; bu durumda havale hükümleri direkt uygulama alanı bulur¹⁵²².

Eğer her iki aktarım da, banka hesaplarına alacak veya borç kaydedilmesi şeklinde kaydi işlemlere dayanıyorsa; *gayri nakdi banka havalesi* söz konusu olmaktadır. Bu durumda da havalenin konusunun “para” olup olmadığı tartışmaya değerdir ve aşağıda bu hususa ayrıca değinmekteyiz.

Bazı hallerde ise, nakdi banka havalesi ile gayri nakdi banka havalesi iç içe geçer. Bu durumlarda iki ihtimal söz konusudur: Banka; a)havale edenden nakit alıp havale alıcısının banka hesabına alacak kaydeder(ya da bunu – eğer alıcı başka banka müşterisi ise- sağlar) , b) müşterisi olan havale edenin banka hesabından havale konusu kaydı tutarı düşüp, havale alıcısına nakdi ödemede bulunur. Bize göre, bu durumda da ortada gayri nakdi banka havalesi söz konusudur¹⁵²³. Bu durumda da havalenin konusunun, taraflardan birinin banka hesabında kayden aktarım söz konusu olduğundan, “para” olduğundan söz edilemez.

¹⁵²² Aynı yönde Ahmet Türk , **a.g.e.** ,s. 198; Aksi görüşte Krş. Turgut Öz, “ **Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 Sayı 1, İstanbul, 2017 , s.142: Yazar tarafından bu durumda da, daima para yatıranla banka arasında bir anlaşma olduğundan hareket TBK m.555 hükmüne uygun olmadığını belirtmektedir. Fakat, karşılık ilişkisinin temelinde herhangi bir sözleşme olması havale hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

¹⁵²³ Ayrıca bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.**,s. 16 :Yazar, “karma nitelikli banka havalesi” olarak tanımlamıştır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere gayri nakdi banka havalelerinin hukuki niteliği konumuz açısından ilk olarak tartışmaya değerdir. Öncelikle, öğretideki görüşleri sırayla belirtmemizde yarar var:

- 1)banka havalesinin sözleşmesel nitelik taşıdığına ilişkin görüşler
- 2)banka havalesinin havalenin konusunun; kabul işleminin olmaması bakımından banka havalesinden ayrıldığından havalenin özel türü olarak nitelendirilmesi ve ilgili hükümlerin kıyasen uygulanmasını kabul edilmesi ve
- 3)Banka Havalesinin TBK m. 555 açısından havale niteliğinde olduğunun kabul edilmesi.

İlk görüşe göre hukukumuzda banka havaleleri hakkında somut bir borçlar hukuku düzenlemesinin olmadığı ve havale hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir¹⁵²⁴. Bu görüşe göre çifte yetkilendirme işlemi olarak¹⁵²⁵üçlü ilişkide havale ödeyicisi havale alıcısına bir taşınır veya kıymetli evrakı vermekle karşı bir edimi ifa etmekteyken, banka havalelerinde bankanın alıcıya bir şey vermesi değil, bankanın hesabına para yatırılan müşterisine karşı borca girmesi söz konusudur ve bu bakımdan banka havalelerinde havale hükümleri uygulanamaz¹⁵²⁶. Burada dikkat edinilecek husus, bu görüşü savunanlara göre bankaya (veya posta havalelerinde posta idaresine)¹⁵²⁷ verilen bir yetkiden ziyade, sözleşmesel ilişki çerçevesinde (havale eden ile havale ödeyicisi arasında) bir zorunluluktan bahsedilmektedir. Bu görüş taraftarları da bu yükümlülüğü doğuran sözleşmenin niteliğinin üçüncü kişi

¹⁵²⁴ Turgut Öz, “ **Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 Sayı 1, İstanbul, 2017 , s.144 ; Posta Havaleleri Açısından bkz. H. Cumhur Özakman, **a.g.e.**, , s. 259.

¹⁵²⁵ Bkz. Gülşah İslamoğlu, “**Havale**”, ERÜHFD, C. XIV, S. 2, Kayseri ,2019, s. 529 : “*Çifte yetki görüşüne göre, havale eden havale ödeyicisine ifada bulunma yetkisi verirken, havale alıcısına da havale ödeyicisi tarafından yapılan ifayı kabz (kabul) yetkisi vermektedir. Bu sebeple havale ilişkisi bir sözleşme olmayıp, havale ödeyicisine havale eden tarafından verilen yetki, havale ödeyicisi tarafından kabul edilmediği takdirde ifada bulunma yükümlülüğünü meydana getirmemektedir.*”

¹⁵²⁶ Açıklamalar için bkz. Turgut Öz, “ **Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme**”,s. 143vd.

¹⁵²⁷ Özakman, **a.g.e.**,s. 259.

yararına sözleşme¹⁵²⁸ ya da vekalet sözleşmesi olduğu konusunda ayrılırlar¹⁵²⁹. Türk doktrinde, Öz tarafından ileri sürülen bu görüşe özetle yer vermemiz yerinde olacaktır. Yazara göre, ister aynı banka hesapları arasında ister ise farklı banka hesapları arasında iki veya daha fazla bankanın araya girdiği durumlarda olsun ortada dolaylı bir kazandırma mevcut olup; ortada belli bir miktar paranın mülkiyenin devrinden ziyade bir tarafın(banka havalesinde bulunanın) bankaya olan alacağı azalmaktayken, diğer taraf alıcının kendi bankasına (aynı banka veya kendi bankasına) karşı alacağı artmakta olduğundan, banka iş görme borcu altına girmektedir. Bu bakımdan, ortada havale söz konusu olmadığından havale hükümleri uygulanamaz. Biz bu görüşlere katılmamaktayız. Zira üçlü ilişkide bankanın diğer taraflarla (müşterileri) ile olan temel borç ilişkisinin – ciro sözleşmesini-¹⁵³⁰ hukuki nitelendirilmesi ayrı bir durumdur ve bize göre, bu görüşleri savunanlarca bu temel ilişkinin hukuki nitelendirilmesi, üçlü ilişkinin söz konusu olduğu banka havalesinin hukuki nitelendirmesi ile karıştırılmaktadır¹⁵³¹.

¹⁵²⁸ Banka havalesini bu şekilde tanımlamak mümkün değildir. Zira tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi vadedene karşı derhal bağımsız bir alacak hakkına sahip olur. Ayrıca, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, vaaden vaadettiren karşı olan defî ve savunmalarını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir. Halbuki banka havalesinde havale alıcısının böyle bir durumda değildir. (bkz. Sonat, **a.g.e.**, s. 19)

¹⁵²⁹ Bkz. görüşler için bkz. Sonat, **a.g.e.**, s. 19 vd. (Alacağın Temliki ve Borcun Nakli Görüşleri de mevcut olup, görüşler için bkz. **A.e.**, s.21-22.)

¹⁵³⁰ Ciro sözleşmelerinin konumuzun dışına çıkmamak adına hukuki niteliğinden de kısaca bahsedecek olursak, bizim görüşümüze göre ciro sözleşmesinin tanımı yapılacak olunursa sürekli olsun ya da olmasın arasında iki tarafa (banka ile müşterisi ya da zincirleme havale ilişkileri bakımından dâhil olanlar arasında) borç yükleyen bir vekalet sözleşmesidir. Doktrinde isimsiz sözleşme , eser sözleşmesi, Alman hukukuna ilişkin olarak hizmet sözleşmesi gibi farklı görüşler de mevcuttur. (bkz. Ahmet Türk , **a.g.e.**, s. 216vd. ; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** ,30 vd.; Arif B. Kocaman, **a.g.e.**, s. 102vd.)

¹⁵³¹ Aynı yönde bkz. Ahmet Türk ,**a.g.e.** , s. 198; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.**, s. 19-20. Ayrıca, Sonat tarafından bankanın ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünden bağımsız olarak banka havalesinin sözleşmesel niteliği kabul edilirse, münferit havale talimatının yerine getirilmesi için havale işleminde de ayrı bir kabul açıklamasının banka tarafından verilmesi gerekli olacağı ve bankanın keyfi olarak talimatı kabul etmesinin mümkün olabileceğinden vekalet sözleşmesi görüşü haklı olarak eleştirilmiştir.

Peki banka havalesi gerçek anlamda havale midir? Bu husus da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, banka havalesine niteliği gereği havale hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir¹⁵³². Bunun gerekçesi de geniş anlamda havale olarak tanımlanan banka havalesinin dar anlamda –mutat-¹⁵³³ havaleden farklılıklar içermesidir. Bu görüştekilere göre: 1) dar anlamda –mutat- havaleden farklı olarak banka havalesi ciro sözleşmesine ya da münferit bir havale sözleşmesine dayanmakta ve banka bu sözleşme uyarınca müşterisinin hesabına gelen havalelerde onun lehine alacak kaydettirmektedir¹⁵³⁴ ve böylece banka havalesi bankaya havale konusu bedeli havale alıcısının hesabına alacak kaydetme (ya da alıcının başka bankada hesabı varsa onun hesabına aktarımın sağlanması) şeklinde yükümlülük doğuran ciro sözleşmesi çerçevesinde verilen bir talimat olup, tek taraflı varması gerekli bir hukuk işlemidir. Buna karşılık dar anlamda havale ise, havale eden ile ödeyicisi arasında bir sözleşme ilişkisi olup olmamasından bağımsızdır ve temelde yatan bir sözleşmenin olmasına gerek olmayan, varsa da ondan münferit niteliktedir; ayrıca yüküm doğurmaz. 2) Banka havalesi konu bakımından bir alacak hakkının tesisine yönelik olup; dar anlamda havaleden olduğu gibi havale konusu misli şeyler değildir 3) dar anlamda –mutat- havaleden havale alıcısının kabulü gerekliken, banka havalesinde havale talimatı doğrudan banka tarafından icra edilmektedir¹⁵³⁵. Bunlara karşılık ise, havale alıcısının alacağının soyut olmasının ve bankanın havale talimatını yerine getirmesinin aynı anda hem karşılık ilişkisinden hem de bedel ilişkisine ilişkin edada bulunması (eş zamanlı eda) hususları dar anlamda havale ile banka havalesinin ortak

¹⁵³² Bkz. Kazım Ali Sonat, **Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi**, İstanbul , 2010, s. 72 vd. ; Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s .101; Özakman, **a.g.e.**,s. 259.

¹⁵³³ Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s .101.

¹⁵³⁴ Bkz. Türk,**a.g.e.**, s. 188.

¹⁵³⁵ Görüşler hakkında bkz. Türk,**a.g.e.**, s. 188-189 ve 198: (yazar bu kıyasen uygulama şeklinde görüşü ileri sürenlerin Alman Hukuku’ndaki terminolojiden esinlendiklerini belirtmektedir. Özakman, **a.g.e.**, s. 259. Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s .101.

noktaları olduğu belirtilmektedir¹⁵³⁶. Böylece bu görüşü savunanlar uyarınca havale hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir.

İsviçre-Türk doktrininde ve yargı kararlarında hakim görüş ise, banka havalesinin hukuki niteliğinin, doğrudan havale şeklinde gerçekleşen havale olduğu yönündedir¹⁵³⁷. Bu görüşe göre ortada çift yetkilendirme, bankaya havale eden müşteri tarafından verilen havale talimatı ile zaten gerçekleşmektedir¹⁵³⁸. Ortada *indirekt* “doğrudan” havale söz konusu olup¹⁵³⁹; havale edenin havale alıcısına kabz yetkisini bildirmede bulunulmadan banka tarafından (ya da alıcının bankası bir başka banka ise onun tarafından) doğrudan alıcının banka hesabına alacak kaydedilmekte ve banka aracılığıyla, havale alıcısı konumundaki banka hesabı sahibine bu sayede ihbarda bulunmaktadır¹⁵⁴⁰.

Biz de hakim görüşe katılmaktayız. Öncelikle banka havalelerinin temelinde ciro sözleşmesi (ya bir defalık banka havalesi için yapılan ciro sözleşmesi) olması;

¹⁵³⁶ Arif B. Kocaman, **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, s.101.

¹⁵³⁷ Martin Céline, **Das Konrokorrent im Schweizerischen Bankgeschäft**, Zürich, 2020, s. 192; Karin Bayeler, “**Art. 466**” “**Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**”, Zurich, 2016, s. 734; bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.**, s.22; Fikret Eren, **a.g.e.**, 930; Ahmet Türk, **a.g.e.**, s. 199; Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2009, s. 663; **BGE 126 III 20**, **BGE 121 III 109**, ; **BGE 132 III 609**; Eric Buis, “**Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 3. Juli 2001, X. S.A. c. Y. SpA (4C.128/2001), BGE 127 III 553 = SemJud 2002 I 216 = Pra 2002 Nr. 43, Berufung.**”, **Aktuelle Juristische Praxis**, Zürich 2002, s.1107 www.swisslex.ch (çevirimiçi) 10 Haziran 2020; Martin Hess, “**Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen - Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?**”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, Bern, 1996, s. 148.

¹⁵³⁸ Karin Bayeler, “**Art. 466**” “**Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**”, Zurich, 2016, s. 734; **BGE 126 III 20 (17.12.1999)** www.swisslex.ch (çevirimiçi) 10 Haziran 2020.

¹⁵³⁹ Türk, **a.g.e.**, s. 198; Karin Bayeler, **a.g.e.**, s. 734.

¹⁵⁴⁰ Karin Bayeler, **a.g.e.**, s. 734.

ortada çift yetki veren bir hukuki işlem olduğu gerçeğini değiştirmemektedir¹⁵⁴¹. Ayrıca, banka havalelerinde havale alıcısının kendi bankası ile yapmış olduğu ciro sözleşmesine binaen hesap açtırması, onun ileride kendi hesabına aktarım yapacak kişilerin kendisine vereceği kabz yetkisine öncesinden rıza göstermesi niteliğindedir. Gerçekten de bu durum doğrudan havale kavramı ile açıklanabilmektedir. Yalnız, bu durum TBK m. 556/3 kapsamında havaleyi kabul etmeme serbestisini de ortadan kaldırmamaktadır. Yalnız, esas tartışmaya değer husus havalenin konusudur. Banka havalesinin konusu nedir ve TBK m. 555'te belirtilen “para, kıymetli evrak, ya da diğer misli eşya” kavramına girer mi? Banka havalesinde yukarıda izah ettiğimiz üzere ortada “kaydi bir aktarım” söz konusudur ve eşyadan ziyade banka havalesinin konusu havale alıcısının hesabına para alacağına ilişkin bir alacak kaydedilmesiyle oluşan “kaydi para”dır (*Buchgeld*). Nitekim kaydi para havale alıcısının talebi – hesaba aktarılması ile muaccel olduğundan- ile derhal nakde dönüştürülebilir niteliktedir^{1542 1543}. Ortada alacak hakkının sağlanması yoluyla aktarımın gerçekleşmesi, havalenin konusunun TBK m. 555 kapsamında “para” olmadığı anlamına gelmez¹⁵⁴⁴¹⁵⁴⁵. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere de Türk-İsviçre sisteminde de hakim görüş bu yöndedir. Ayrıca, tarihsel süreçte Alman doktrininde havale hükümlerinin banka havalelerine kıyasen uygulanması şeklindeki görüşün temelinde de, BGB’de havalenin şekil şartı bağlanmasıyla yetkilendirmeyi kabulün havale senedinin (*Anweisungsurkunde*) ekseninde ele alınarak şekle bağlanmasındandır¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴¹ Aynı yönde bkz. Türk, **a.g.e.**,s. 200.

¹⁵⁴² Ahmet Türk, **a.g.e.**,s. 168.

¹⁵⁴³ Aynı yönde; Karin Bayeler, “**Art. 466**” “**Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**”, Zurich, 2016 , s. 734 ; **BGE 92 II 335 ; BEGE 73 II 43.**

¹⁵⁴⁴ Bkz. Ahmet Türk, **a.g.e.**,s. 168; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.**, s. 25:” ... *BK m. 457'deki düzenleme, havalenin konusunu kaydi paranın teşkil etmesine engel değildir. Her ne kadar bu hüküm kapsamına, tarihi sebeplerle kaydi paranın dâhil olmadığı ifade edilse dahi, bugün için söz konusu hükümdeki para ifadesinin, kaydi parayı da kapsayacak şekilde fonksiyonel anlamda para olarak anlamlandırılmasına herhangi bir engel görülmemektedir*”

¹⁵⁴⁵ Bkz. Karin Bayeler, **a.g.e.**, s. 734.

¹⁵⁴⁶ Bkz. Georg Gautschi,**a.g.e.**,s. 512.

2.2.1.2.2 Havale ve Banka Havalesindeki İstisnalar ve Görüşlerimiz

İlk istisnadan bahsedebiliriz: Bu istisna yukarıda ifade ettiğimiz üzere banka havaleleri hukukumuzda da havale niteliğinde olduğundan hem havale hem de banka havalesi için geçerlidir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki; Alman doktrininde ve yargısı tarafından da ele alacağımız istisnalar da aynı şekilde hem havale hem de banka havaleleri için geçerli kabul edilmektedir.

Eğer havale ödeyicisi ya da banka, *kendisine yüklenemeyecek* şekilde¹⁵⁴⁷ geçersiz ya da var olmayan bir havaleye/banka havalesine dayanarak, yanlış ya da fazla ödemedede bulunmuşsa, kendisinin direkt olarak edimi alana –havale alıcısına– karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁴⁸¹⁵⁴⁹. Bu

¹⁵⁴⁷ Claus-Wilhelm Canaris,,**a.g.e.**, s. 821 vd. ; Berthold Kupisch, **Gesetzpositivismus im Bereicherungsrecht**, Berlin, 1978, s.73; Swab, **a.g.e.** "§ 812", p. 94.

¹⁵⁴⁸ Volker Wiese, **a.g.e. (§812)**, n.27; Hahn, **a.g.e.**,s. 1372; **BGE 132 II 609**; Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 815; Berthold Kupisch, **Gesetzpositivismus im Bereicherungsrecht**, Berlin, 1978, s.78-79; Schwab, **a.g.e.**, p.94.

¹⁵⁴⁹ Çek açısından da durum Alman doktrininde ve yargı kararlarında aynı görülmektedir. Gerçekten de çek ilişkisinde havale niteliği göz önüne alındığında sonucun aynı yönde olması gerekir. Çek havale niteliği taşıdığından ve malum üçlü(veya daha fazla) ilişki söz konusu olduğundan; geçersiz bir çekin banka tarafından ödenmesi durumunda direkt sebepsiz zenginleşme istemi Almanya'da hem doktrinde hem de uygulamada kabul edilmektedir. (**BGH, Urteil vom 20. 3. 2001 - XI ZR 157/00**

durum, havale/banka havalesi talimatının hileyle değiştirildiği¹⁵⁵⁰, ehliyetsiz¹⁵⁵¹ ya da yetkisiz biri¹⁵⁵² tarafından işlem yapıldığı, ya da havale ödeyicisi (ya da banka) tarafından yanlışlıkla fazla ödeme yapıldığı durumlarda meydana gelir¹⁵⁵³¹⁵⁵⁴. Burada

(KG) "NJW 2001, 1855" ; BGH, Urteil vom 3. 2. 2004 - XI ZR 125/03 (OLG Karlsruhe) "NJW 2004, 1315"; bkz. Ayrıca Sprau, a.g.e., s. 1171.) Örneğin (A)'nın lehdar (L) emrine keşide ettiği çekte sahtecilik yapılmışsa -aynı o uygulamada olduğu gibi- , Banka (B) meşru hamil olarak gördüğü (L)'ye de ödeme yaptıysa . Ortadaki üçlü ilişki şu şekilde (A) ile (L) arasında "değer ilişkisi" , (B) ile müşterisi (A) arasında " karşılık ilişkisi" (B) ile (L) arasında " kazandırma ilişkisi" mevcuttur. Normalde olması gereken, ilişki tarafları kimse sebepsiz zenginleşme istemi onlar arasında olması gerekir. Fakat bu durumda şu istisna vardır . Banka (B), çeki ilişkin ödemede bulunduğu anda (A)'ya karşı özen yükümlülüğünden karşı dolayı borçlu oluyor. Bir başka ifade ile (A)'nın (B)'ye karşı alacak hakkı doğuyor. Bu bakımdan dolayı (L), banka (B)'nin sırtından zenginleştiğinden dolayı (bankanın "rücu hakkı" zaten saklı kalıyor) direkt sebepsiz zenginleşme istemi kabul ediliyor. Kısacası zaten müşterisine karşı sorumlu olan banka, zaman kaybetmeden edimde bulunduğu kişiye talepte bulunabilmesinin kabulünün gerektiği görüşündeyiz.

¹⁵⁵⁰ BGH, Urteil vom 21. 6. 2005 - XI ZR 152/04 (OLG Karlsruhe) (NJW 2005, 3213, beck-online)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.İmzasız çeki ilişkin ödemede de aynı prensiplerin geçerli olduğu yönündeki karar için bkz. BGH, Urteil vom 31. 5. 1976 - VII ZR 218/74 (Hamm) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

¹⁵⁵¹ BGH, Urteil vom 20-06-1990 - XII ZR 98/89 (Braunschweig)(NJW 1990, 3194, beck-online)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020 ; Christoph Hirsch, a.g.e., s. 429 ; BGE 121 II 113; vonTuhr/Peter, a.g.e. , s. 478; Larenz/Canaris, a.g.e., s.225 ; Claus-Wilhelm Canaris,, a.g.e., s. 821.

¹⁵⁵² BGH, Urteil vom 2.6.2015 – XI ZR 327/14 (NJW 2015, 2725, beck-online)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020 : Söz konusu kararda bankanın müşteri eski eşini , bankacılık işlemleri için verdiği vekaletname açısından azlettiğini bankaya bildirmiştir. Bunu bilmeyen eski eş banka hesabından 900 Euro çekmek istemiş ve bunu sisteme kaydetmeyen banka, ödemede bulunmuştur. Bunu gören hesap sahibinin hesabına çekilen 900 Euro'luk tutar banka tarafından geri kaydedilmiştir. Söz konusu kararda bankanın edim dışı zenginleşme istemiyle hesap sahibinin eski eşinden bu istemde bulunulabileceği karara bağlanmıştır.

¹⁵⁵³ Hahn, a.g.e., s. 1372; Nathalie Voser, **Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen**, Basel, 2006, s. 345,346; Medicus, a.g.e., s. 447 (p. 1221).

¹⁵⁵⁴ Yalnız, banka havale işlemini gerçekleştirmesine rağmen işlemin gerçekleşmediği yanılgısıyla ; hem hesap sahibi müşterisine iadede bulunup hem de müşterisinin talimatına uygun şekilde üçüncü kişiye havaleyi gerçekleştirirse, ortada havale işlemi gerçekleştiği için, banka müşterisine karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir. **YHGK 29.04.1998t. 1998/11-294E. , 1998/304 K. :**

havaleyi alanın aslında sözleşme tarafı olmadığı üçüncü kişi konumundaki havale göndericisi / banka ile neden muhatap olduğunu izah etmek gerekmektedir. Burada görünüşte havale eden (Banka müşterisi) kendisi tarafından neden olunan bir durum olmadığı için, sebepsiz zenginleşme istemine muhatap olmayacak¹⁵⁵⁵; havale ödeyicisi/banka, ancak havale alıcısına başvurabilecektir. Aksi düşünülerek havale ödeyicisi/bankanın havale alıcısına direkt talepte bulunamayacağının kabul edilmesi durumunda, havale edenin havale alıcısına karşı edimden ötürü sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi anlamına gelecek olup; havale edenin kendisinin öngöremeyeceği bir durumun içine sokulması gibi adaletsiz bir çözüm söz konusu olacaktır¹⁵⁵⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe göre bu hallerde edimden ötürü bir zenginleşme söz konusu olmayıp; edim dışı zenginleşme söz konusu olacaktır¹⁵⁵⁷. Direkt istemin - “*condictio indebiti*” temelli- borçlanılmamış edimin ifası olduğu savunulamaz. Zira banka, müşterisi olan havale eden adına edimde bulunarak onun edimine aracılık etmektedir ve ortada havale eden ile havale alıcısı ile arasında bir bedel ilişkisi (*Valutaverhältnis*) yoktur. Havale ödeyicisi ya da Banka da, kendisinin olan bir

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından, havale gönderilen üçüncü kişinin kredi kartının kapalı olduğu yanılışıyla, edim alıcısına ödeme yapılmasına rağmen aynı zamanda havale talimatını veren müşteriye iade yapıldığı somut olayda, ilk derece mahkemesinin sadece edimi alanın sorumlu olacağından müşteriye karşı talepte bulunulamayacağı şeklindeki yanlış direnme kararı bozulmuştur.

¹⁵⁵⁵ Looschelders, **a.g.e.**, s. 437 (p. 1152.)

¹⁵⁵⁶ Thomas Koller, **a.g.e.** , s. 799.

¹⁵⁵⁷ Stephan Lorenz, “**Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen**”, **Juristische Schulung (JuS)**, München, 2003, s. 840 ; Volker Wiese, **a.g.e.** (§812), n.27 ; **BGH, Urteil vom 5. 11. 2002 - XI ZR 381/01 (LG München II)**; Medicus, **a.g.e.**, s. 447 (p. 1221); Schwab, **a.g.e.**, p.100; Johannes Köndgen, “**Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr Überlegungen zum Entscheid des Bundesgerichts Vom 14. März 1995 BGE 121 III 113 = Pra 84/1995 Nr. 274**”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 1996, s. 39.

(JuS 2003, 499, beck-online) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020; Looschelders, **a.g.e.** s. 437. Direkt istemin -“*condictio indebiti*” temelli- borçlanılmamış edimin ifası olduğu savunulamaz ve buna katılmak mümkün değildir. Zira banka müşterisinin adına edimde bulunarak onun edimine aracılık etmektedir. Kendisinin olan bir borcun ifası amacıyla hareket etmemektedir.

borcun ifası amacıyla hareket etmemektedir. Havale ödeyicisi/Banka burada müşterisine iade ile yükümlü olacağı için, aslında havale alıcısı ile sözde havale göndericisi konumuna düşen müşteri arasında geçerli bir bedel ilişkisi bulunmadığından; isteminin harcamadan ötürü¹⁵⁵⁸ zenginleşme olarak kabul edilmesi gereklidir¹⁵⁵⁹. Bu farkın sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk açısından bağlama noktasında farklılık doğurup doğurmayacağının ele alınması gerektiğini şimdilik belirtmemizde yarar olup; bu hususu aşağıda ele almaktayız¹⁵⁶⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; havale alıcısının havaledeki geçersizliği bilip bilmemesinin bir öneminin olup olmayacağı konusunun üzerinde çok tartışılmıştır¹⁵⁶¹. Almanya’da önceleri Alman Federal Yüksek mahkemesi edimi alanın iyiniyetinin korunacağı görüşünü kabul etmekteydi¹⁵⁶². Alman Federal Mahkemesi’nin bu doğrultuda verdiği eski görüşünü içeren bir karardan bahsetmek konuyu açıklamak adına yerinde olacaktır: Alıcı taksitle taşınmaz satış sözleşmesinde bankasından kredi almış ve satıcıya ödeyeceği taksitleri ödemek üzere bankaya talimat vermiştir. Taşınmazı satın alan/havale eden, son taksidi ayıp iddiasından dolayı eksik ödemek üzere bankaya taksit bedelinden daha az bir bedeli (6976 Euro yerine 4476 Euro) ödemesi talimatı vermesine rağmen; banka yanlışlıkla taksit bedeli olan 6976 Euro’yu ödemiştir. Bankanın, havale alıcısına – yani satıcıya- açtığı sebepsiz zenginleşme istemli davası kabul edilememiştir; bunun gerekçesinin de havale alıcısının iyi niyetli olduğu ve onun bakış açısına göre – son kalan taksitin- ödenmiş olduğu karara bağlanmıştır¹⁵⁶³. Özetle bankanın iyi niyetli olarak edimi alan havale alıcısına karşı bir talepte bulunamayacağına hükmedilmiştir. Ayrıca, verilen havale talimatının geri alınmasına rağmen, bankanın yanlışlıkla

¹⁵⁵⁸ Bkz. Birinci Bölüm Başlık No. 5.1.2.3.

¹⁵⁵⁹ Aynı yönde, Schwab, **a.g.e., (§812)**, p.100 ; bkz. Johannes Köndgen, **a.g.e.**, s. 33,34.

¹⁵⁶⁰ Bkz. Başlık No. 2.2.2.1.3.

¹⁵⁶¹ Bkz. Schwab, **a.g.e., (§812)**, München, 2020, p.129 vd.; Volker Wiese, **a.g.e. (§812)**, n.27.

¹⁵⁶² Bkz. Volker Wiese, **a.g.e. (§812)**, n.27 ; BGH, Urteil vom 20. 3. 2001 - XI ZR 157/00 , [beck-online.beck.de](https://online.beck.de) (çevirimiçi) 31 Ekim 2020.

¹⁵⁶³ BGH, Urteil vom 29. 4. 2008 - XI ZR 371/07 (LG Bonn)(NJW 2008, 2331, [beck-online](https://online.beck.de))[beck-online.beck.de](https://online.beck.de) (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

havale işlemini gerçekleştirmesinde de aynı çözümle, ödemeyi alan eğer bakış açısına göre eğer iyi niyetli ve bu havale talimatından cayıldığını bilmiyorsa ona karşı istemden bulunulamayacağı kabul edinilmekteydi¹⁵⁶⁴. Fakat bu görüş Alman Federal Mahkemesi'nce artık kabul edilmemektedir¹⁵⁶⁵ ve Alman doktrinde bu durum halen tartışmalıdır¹⁵⁶⁶. Bu çözüme de, burada edimi alanın zenginleşmenin elinden çıktığı savunması ile yeterince korunduğu¹⁵⁶⁷ ve ödeme işleminin ödemede bulunan - görünüşte havale eden müşteri- açısından bir ifa olarak görülemeyeceğinden dolayı alıcının bakış açısının önemli olmadığı gerekçeleriyle varılmaktadır¹⁵⁶⁸. Ayrıca, bankanın hatasından kaynaklı olarak (görünüşte)havale edenin hiçbir şekilde külfet altına sokulmaması gerektiği¹⁵⁶⁹ belirtildiği gibi; bu görüş, havale talimatının geri alınmasına rağmen banka tarafından havale işleminin gerçekleştirilmesinin, havale talimatının baştan itibaren geçersiz ya da var olmamasından farkı olmadığı gerekçeleri ile savunulmaktadır¹⁵⁷⁰.

İsviçre'de ise federal mahkeme tarafından, havale talimatının geçerli bir şekilde geri alınmasına rağmen, banka tarafından havale işleminin gerçekleştirilmesinde ilk olarak havaleyi alıcısının iyi niyetli olup olmadığına bakılması ve iyi niyetli ise havale eden ile havale alıcısı arasında “bedel ilişkisi” uyarınca edimi alan havale alıcısının gerçekte alacaklı olup olmadığının bakılması

¹⁵⁶⁴ Benzer karar için bkz. BGH, Urteil vom 16-06-1983 - VII ZR 370/82 (Hamm)(NJW 1983, 2499, beck-online) beck-online.beck.de(çevirimiçi) 31 Ekim 2020.Havaleden cayma bildiriminde bulunulmasına rağmen bankanın ödemede bulunması durumunda, bunu bilen edim alıcına ancak talepte bulunulabileceği vurgulanmaktadır.

¹⁵⁶⁵ BGH, Urteil vom 16.6.2015 – XI ZR 243/13 (NJW 2015, 3093, beck-online); BGH, Urteil vom 2.6.2015 – XI ZR 327/14 (NJW 2015, 2725, beck-online) beck-online.beck.de(çevirimiçi) 31 Ekim 2020.

¹⁵⁶⁶ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221 ;Volker Wiese, **a.g.e. (§812)**, n.27; Hirsch, **a.g.e.** , s. 431 ; karş. Bkz. Schwab, **a.g.e. (§812)**, München 2020,p. 130vd. ve 137 (çevirimiçi) 31 Ekim 2020..

¹⁵⁶⁷ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221.

¹⁵⁶⁸ Volker Wiese, **a.g.e. (§812)**, n.27.

¹⁵⁶⁹ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221.

¹⁵⁷⁰ Bkz. Shwab, **a.g.e.**,München , 2020, p.130.

gerektiği şeklindeki görüş kabul edilmiştir¹⁵⁷¹. Eğer bedel ilişkisinde (havale eden ile alıcı hesap sahibi arasında) gerçekten bir borç var ise, banka ödediği bedel üzerinde ancak müşterisine (gönderene) karşı rücu (hakkı veren) zenginleşmesi (*Rückgriffkondition*) ile hak iddia edebilecektir ve bu durumda müşterisinin (havale eden) de var olan bir borcun ödenmesinden dolayı havale alana sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamayacağı sonucu çıkmaktadır. Eğer bedel ilişkisi bakımından banka hesabı sahibinin hesabına para gönderilene- havale alıcısına - bir borcu yoksa, bu durumda banka ancak hesabına para gönderilene (havale alıcısına) karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecek ve bu durumda bankanın müşterisine karşı sözleşmeden doğan bir alacağı olmayacaktır. Federal Mahkeme'ye göre, bankanın alıcıya karşı direkt istemi, bedel ilişkisindeki (*Valutaverhältnis*) hesap sahibi müşterinin gönderilene/havale alıcısına karşı olan sebepsiz zenginleşme alacağından (Edimden ötürü) türemektedir. Bu durum doktrinde “*Kondition der Kondition*” şeklinde tabir edilmekte olup¹⁵⁷²; görüldüğü üzere bu durumda banka hesabına gönderilenin/havale alıcısının defi ve savunmalarıyla karşı karşıya bırakılmakla birlikte, sözleşme tarafı olarak görmediği hesabına gönderilenin ödeme güçsüzlüğü rizikosunu ile karşı karşıya bırakılmaktadır. İsviçre doktrinde de, bu çözüm hakkında fikir birliği yoktur¹⁵⁷³.

Görüldüğü üzere ve tekrar özetlersek; geri alınan havale talimatına rağmen bankanın havale işlemini gerçekleştirmesi durumunda gerek Alman doktrinde gerek İsviçre doktrinde iki ayrı temel görüş mevcuttur. Bunlardan ilki havale alıcısının iyi niyetli olup olmadığına ilişkindir. Bu görüşe göre havale alıcısı havaledeki geçersizliği biliyor ise, havaleyi alan iyi niyetli sayılamayacaktır. Buna karşılık havale alıcısının havaledeki geçersizliği bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması durumunda; havale alıcısı gerçekte görünürdeki havale edenden alacaklı

¹⁵⁷¹ Bkz. Hahn, **a.g.e.**,s.1372; BGE 121 III 109.

¹⁵⁷² Hahn, **a.g.e.**,s.1372 ; Ayrıca Alman doktrinde de azınlıkta kalan görüş uyarınca bu çözümü ileri sürenler olmuştur. bkz. Joseph Esser, **Schuldrecht Besondereil**, Karlsruhe, 1971, s. 346vd.

¹⁵⁷³ Bkz. Hahn, **a.g.e.**, s. 1373 ; ; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.**, s. 134-135.

ise; banka iyi niyetli havale alıcına karşı istemde bulunamayacaktır¹⁵⁷⁴. Bu görüşe göre, havale eden konumundaki hesap sahibi tarafından ödeme süreci başlatıldığından ötürü ve havale alıcısının bundan habersiz olması, havaledeki diğer geçersizlik durumlarından farklıdır¹⁵⁷⁵. Diğer görüş ise, bankanın havale alıcısına karşı her halükarda sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceğidir. Bu görüşün gerekçelerini özetleyebiliriz: Baştan geçersiz bir havale ile geri alınan bir havalenin arasında bir fark yoktur. Havale talimatı veren müşterinin bunu almakla, havale ilişkisinin ortada olmadığından¹⁵⁷⁶ kazandırma/havale ilişkisinin (Zuwendungsverhältnis/Anweisungsverhältnis) geçersiz olduğu ve böylece zenginleşmenin elinde kalmadığı savunmasıyla yeterince korunan havale alıcısının havaledeki geçersizliği bilip bilmesinin önemi olmadığıdır¹⁵⁷⁷.

Bizim görüşümüz ise, bankanın hesabına havale yapılan kişiye (havale alıcısına) karşı doğrudan edim dışı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceği ve hesabına havale yapılan kişinin (havale alıcısının) havaledeki geçersizliği bilip bilmesinin bir öneminin olmadığı yönündedir. Bankanın hesabına havale yapılan kişiye (havale alıcısına) karşı istemi, müşterisinin borcunu ödeme amacıyla gerçekleştirdiği bir edim söz konusu olmadığından ortada edimden ötürü zenginleşme söz konusu olamaz. Ayrıca bankanın havale eden konumundaki müşterisi ile hesabına havale yapılan kişinin arasındaki bedel ilişkisine taraf olmayan banka, hesabına havale yapılan kişinin bedel ilişkisinin diğer tarafı olan müşteriye

¹⁵⁷⁴ Bruno Schmidlin, “ **Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR**” , Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Ed: Heinrich Honsell, Basel, 2004, s. 679 ; bkz. Thomas Koller, “**Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen - Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (BGE 121 III 109 ff.)**” , Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Heft 11 , Bern, 1995, s. 797 vd. ; bkz. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, **Lehrbuch des Schuldrechts Band 2 – Halbband 2** , München, 1994, s. 197-198 vd.; Martin Schwab, **a.g.e.** “**(§812)**, München 2020, p.137.

¹⁵⁷⁵ Bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 138 ve 139.

¹⁵⁷⁶ Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 137.

¹⁵⁷⁷ Görüşler için bkz. Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221; Volker Wiese, **a.g.e.** **(§812)**, n.27; Thomas Koller, **a.g.e.**, s. 799vd. ; Hirsch, **a.g.e.** , s. 431.

karşı olan savunmaları ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Hesabına havale yapılan kişi (havale alıcısı) zenginleşmenin elinde kalmadığı savunmasına sahip olduğu için onun ayrıca korunmasına da gerek yoktur¹⁵⁷⁸. Ayrıca her ne kadar hata ile banka tarafından işlem gerçekleştirilmiş olsa da, müşterisinin gerçekte hesabına havale yapılan kişiye karşı borcu olup olmadığını bilebilmesi (aksi halde, ayrıca ispat külfeti bankaya yüklenecektir) burada bankadan beklenemez¹⁵⁷⁹. Aksi düşünüldüğünde, bankanın havale alıcısına karşı yargı yoluna başvurusu durumunda hesabına havale yapılan kişinin (havale alıcısının) aslında alacaklı olduğu savunması ile karşı karşıya bırakılacaktır. Nitekim hesabına havale yapılan havale alıcısı konumundaki kişi, bankanın müşterisinden gerçekte alacaklı olsa bile, bankanın burada açıkça başkasının borcunu ifa amacı olduğundan da söz edinilemeyecektir. Bir başka ifade ile üçlü ilişkide karşılık ve bedel ilişkisine karşılık banka ile havale alıcısının arasındaki kazandırma/havale ilişkisinde banka ifa amacıyla hareket etmemektedir¹⁵⁸⁰. Bu durumda ayrıca, hesabına havale yapılan kişi(havale alıcısı) bankanın müşterisi ile arasında olan bedel ilişkisinden dolayı borçlusunun ödememe rizikosunu zaten onunla borç ilişkisine girerek taşımaktadır ve talebini yöneltebileceği taraf bellidir. Buna mukabil İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Alman Federal Mahkemesi’nin önceki görüşünde ise, havale ödeyici (banka) adeta istemini kime yöneltebileceğini bilemeden belirsizliğe ve ispat külfetine mahkum edilmektedir¹⁵⁸¹. Bu bakımdan banka, hesabına havale yapılan havale alıcısı konumundaki kişiye karşı onun havaledeki geçersizliği bilip bilmemesinden ya da gerçekte alacaklı olup olmadığından bağımsız olarak sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilmelidir. Yalnız bu durumda bankanın elinde başka bir seçenek olan yapılan “para transferini” geçerli sayıp buna icazet vererek, müşterisine karşı ancak “rücu zenginleşmesi” talebinde –müşterisinin hesabına havale yapılan kişiye karşı geçerli

¹⁵⁷⁸ Aynı yönde Dieter Medicus/Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s.447/ p. 1221.

¹⁵⁷⁹ Aynı yönde Thomas Koller, **a.g.e.**, s. 800 ve 801.

¹⁵⁸⁰ Hahn, **a.g.e.**, s. 1373.

¹⁵⁸¹ Bankanın , görünüşte havale yollayan müşterisine karşı Rückgriffkondiktion rücu hakkı veren sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceği durumda da, belirsizlik içerisine sokulan bankanın ispat külfeti doğmaktadır. Bkz. Thomas Koller, **a.g.e.**, s. 800 ve 801.

ve defi ile karşı karşıya kalmayacak bir borcu olduğunu ispat etmesi şartıyla bulunabilecektir¹⁵⁸². Buna ilişkin kanuni bir engel de yoktur. Eğer banka ile müşterisi arasında bu tarz hatalar önceden öngörülerek sözleşmede özel bir düzenleme varsa ve bu düzenleme –bilhassa TBK m. 27 TBK m.20vd. süzgecinden geçmesi şartıyla- geçerli ise, bankanın sözleşmeye dayalı istemde doğal olarak bulunabileceğini ihtimalini de belirtmemizde yarar var.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz hangi ilişki arasında problem söz konusu ise, sebepsiz zenginleşme istemi de o ilişkinin tarafları arasında kural olarak cereyan edeceği şeklindeki temel prensip hem aynı banka hesapları arasındaki havaleler hem de değişik bankaların hesapları arasındaki havale ilişkileri (zincirleme banka havalesi)¹⁵⁸³ açısından geçerlidir. Edim ilişkisi kimin arasında ise tasfiye ilişkisi de onlar arasında olacaktır. Peki yukarıda belirtmiş olduğumuz istisnalar bakımından çözümler farklı olacak mıdır? Araya bir başka bankanın girmesi, gönderici bankanın havaleyi alan kişiye mi yoksa havaleyi alan kişinin bankasına mı karşı direkt sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir? Konuyu açıklığa kavuşturmak için örneklendirmemiz yararlı olacaktır:

(G) müşterisi olduğu bankası (B) 'ye, (A) 'nın (Ü) bankasındaki hesabına havale göndermek için verdiği talimattan caymasına rağmen, (B) yanlışlıkla havale işleminde bulunsun.

Eğer (G)'nin ortada geçerli bir havale talimatı olsaydı :

¹⁵⁸² Bankanın müşteriye karşı herhangi bir talepte bulunamayacağı da ileri sürülmektedir. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹⁵⁸³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eric Buis , “**Das Stornorecht der Bank im Überweisungsverkehr Bemerkungen zu BGE 127 III 147**” , Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich, 2002, s. 122-123 www.swisslex.ch (çevirimiçi) 10 Haziran 2020; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 85vd.; Ahmet Türk ,**Hukuki Yönden Banka Havalesi** ,Ankara, 2007, s.163vd.; Karin Bayeler, “**Art. 466**” “**Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**”, Zurich, 2016 , s. 734..

- 1- Banka (B), (G) ile arasındaki ciro sözleşmesi (karşılık ilişkisi) uyarınca ona karşı havale alıcısı (A)'nın (Ü) bankasına karşı alacaklı olmasını sağlama yükümlülüğü altında olacaktır;
- 2- banka (B) , (G)'ye olan yükümlülüğünü banka (Ü) ile arasındaki doğrudan ciro sözleşmesi veya bu bankalar arasındaki üçüncü kişi aracılığıyla (bu bir muhabir banka veya bankalar arasındaki karşılığın aktarılmasına hizmet eden bir “clearing” kuruluşu olabilir.¹⁵⁸⁴) ciro sözleşmeleri yerine getirmektedir
- 3- banka (Ü) de, hem banka(B) ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca hem de kendi müşterisi (A) ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca ; (A)'ya karşı borç ikrarında bulunarak onun hesabına alacak kaydecektir.

Görüleceği üzere banka (B) ile banka (Ü) arasındaki (ya da diğer bankaların araya girmesiyle tüm bunların birbirleri ile olan sözleşmeler) ciro sözleşmesi¹⁵⁸⁵, (G) ile (A) arasındaki bedel ilişkisinden ; (G) ile banka (B) arasındaki karşılık ilişkisinden, taraflarca aksine bir sözleşme olmadığı sürece bağımsızdır¹⁵⁸⁶. Burada (B) , aynı şekilde (G)'nin havale talimatını geri almasına rağmen hesabını eksiltmiş ise (G) aradaki ciro sözleşmesi uyarınca (B)'den alacaklı olmaya devam edecektir. Banka (Ü) de banka (B) ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca, onun talebi uyarınca işlemi gerçekleştirdiğinden, aralarındaki ciro sözleşmesindeki yükümlülüğüne uyacağından banka (B)'ye karşı sözleşmeden doğan bir alacak hakkına sahip olur. Bu bakımdan da banka (B), ancak (Ü)'ye karşı alacaklı durumuna geçen (A)'ya- yani havale alıcısına- karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir. Bir başka ifade ile havale alıcının bankası ya da araya giren diğer banka/kuruluşlar arasındaki ciro sözleşmeleri geçerli olacağından, malvarlığında eksilme meydana gelen havale edenin bankası, sebepsiz olarak kendi bankasından alacaklı olan havale alıcısına karşı direkt istemde bulunabilecektir. Bu durumda da bizim görüşümüze göre ortada

¹⁵⁸⁴ Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 95 vd.;

¹⁵⁸⁵ Konumuzun dışında olduğu için bu sözleşmelerin hukuki nitelikleri açısından bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 96 vd.

¹⁵⁸⁶ Bkz. Ahmet Türk ,**Hukuki Yönden Banka Havalesi** ,Ankara, 2007, s.165-166.; alt havale olduğu görüşü için bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 98 vd

edimden ötürü bir zenginleşmeden ziyade edim dışı zenginleşme söz konusu olacaktır. Zira banka havalelerinde bankalar bedel ilişkisindeki yükümleri ifa etmek amacıyla hareket etmemektedirler.

Peki banka tarafından hata ile hesabından bakiyesi düşülen hesap sahibinin bankaya isteminin kökeni olacaktır? Bir başka ifade ile, banka tarafından yukarıda belirttiğimiz üzere geçersiz bir havaleden dolayı üçüncü kişiye kazandırmada bulunulursa ve banka eksilen meblağı düzeltmekten imtina ederse, müşterinin isteminin temeli ne olacağının tespiti gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere banka hesabında yazan bakiye, müşterinin bankadan olan alacak hakkı olup; banka havalesinde ise, aradaki ciro sözleşmesine istinaden müşterinin bankaya karşı alacağın artması ya da azalması söz konusudur¹⁵⁸⁷. Bu bakımdan, bankanın müşterisinin hesabında banka tarafından hata ile bir eksilme yapılması, müşterinin bankadan alacağının azaldığı anlamına gelmemekte olup; müşteri bankaya karşı arasındaki sözleşmeye dayanarak istemde bulunabilecektir¹⁵⁸⁸ ve böylece havale talimatı veren müşteri, talimatın hilafına başka biri hesabına kazandırmada bulunan bankaya karşı sözleşmesel istemde bulunabilecektir¹⁵⁸⁹. Zira banka kendisine verilen

¹⁵⁸⁷ Detaylı açıklamalar için bkz. Turgut Öz, **Banka Havalelerinde Sebepsiz zenginleşme**, s. 141 vd. ve s.144: “*Şu haliyle, havalede bulunanın cari hesabından alacak azaltılması , TBK m. 132 çerçevesinde bir ivazlı ibra anlaşması olarak değerlendirilebilir. Zira banka ile anlaşarak, bir başkasına bankadan alacak kazandırma karşılığı bu oranda bankadan olan alacağını sonar erdirmektedir.*”

¹⁵⁸⁸ Turgut Öz, **Banka Havalelerinde Sebepsiz zenginleşme**, s. 145, 146 ; Kazım Ali Sonat, **a.g.e.,s.** 134-135 : Ayrıca bu durumda banka, müşterisinden masraf talebinde bulunamayacağı şeklinde doğru tespitte bulunulmuştur.

Ayrıca, banka tarafından havale için hizmet bedeli “kesilmiş” – daha doğru ifade ile banka hesabından alacak görünüşte eksiltilmiş ise- hesap sahibi müşterinin gerçekte bankadan olan alacağından bir eksilme söz konusu olmadığından; hizmet bedeli altındaki kesintinin iadesi istemi sebepsiz zenginleşme olmayıp; ciro sözleşmesine dayalı bir istem olacaktır. Ciro sözleşmesinin hukuki niteliği konumuz dışında olduğundan ayrıca bu hususu ele almamaktayız. Görüşler için bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.,s.** 38 vd.

¹⁵⁸⁹ Turgut Öz, **Banka Havalelerinde Sebepsiz zenginleşme** s. 146: Yazar tarafından, gönderenin bankadan aralarındaki cira sözleşmesinden doğan bir aynen ifa talebi ile bildirdiği kişiye havale

talimata aykırı gelerek, müşterisi ile arasındaki ciro sözleşmesine aykırı olarak , müşterinin talimat verdiği hesaba değil bir üçüncü kişi hesabına aktarımda bulunacağından, bankanın sözleşmesel sorumluluğundan bahsetmek gerekmektedir. Aynı çözüm havalenin aynı bankadaki bir hesaba yapıldığı durumda olduğu kadar, bir başka bankadaki hesaba havale (*zincirleme banka havalesi*)¹⁵⁹⁰ durumunda da aynı olacak olup; müşteri bankasına sözleşmesel istemde bulunacaktır¹⁵⁹¹.

2.2.1.3 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler'deki İstisnalar

2.2.1.3.1 Doktrinde ve Uygulamadaki Görüşler

Yukarıda, banka tarafından kabul edilmiş bir havalede olduğu gibi tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde de ancak taahhüt eden ve taahhüt ettiren arasında sebepsiz zenginleşme istemi olacağını; üçüncü kişiye (Edimi alana) karşı sebepsiz zenginleşme istemine başvurulamayacağını belirtmiştik. Kısacası eğer taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki karşılık ilişkisinin geçersiz ya da var olmaması söz konusu ise, bunun tasfiyesi üçüncü kişi buna dâhil edilmeksizin, taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasında vuk'u bulacaktır.

Alman doktrinde, ivazsız tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde eğer taahhüt ettiren ile üçüncü kişi arasındaki bedel ilişkisi ivazsız bir kazandırma şeklinde ise, Alman Medeni Kanunu § 822'nin kıyas yoluyla uygulanması ile taahhüt edenin üçüncü kişiye karşı direkt sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁹². Bu görüşe göre, edimin ekonomik sonucunun

yapmasını talep etme ve bunun ihlali sonucu uğranılan zararın talep edilebileceği bizim de katıldığımız üzere ifade edilmiştir.

¹⁵⁹⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kazım Ali Sonat, **a.g.e.** s. 85vd.

¹⁵⁹¹ Turgut Öz, **Banka Havalelerinde Sebepsiz zenginleşme**, s. 147.

¹⁵⁹² Bkz. Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 440 ; Stephan Lorenz, **“Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen”**, **Juristische Schulung (JuS)**, München, 2003, s. 841; Christoph Althammer, **a.g.e.**,

ağırlık merkezinin karşılık ilişkisinde mi bedel ilişkisinde mi olduğu göz önünde alınmalıdır¹⁵⁹³. Bunda da temel örnek olarak doktrinde ve yargı kararlarında bakım amaçlı akdedilen ivazsız tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler (en temel örnek

s. 286 (n.589); Schwab, **a.g.e. (§812)**, p.232; Walter Bayer, **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Tübingen, 1985, s. 355 (Türkçe açıklamalar için bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.** , s. 302)

¹⁵⁹³ Christoph Althammer, **a.g.e.**,s. 286 (n.589); BGH, Urteil vom 24. 2. 1972 - VII ZR 207/70 (Hamburg) (NJW 1972, 864 Rn. ,) **beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019** : Söz konusu Alman Federal Mahkemesi Alman doktrininde hararetli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Söz konusu kararda bir inşaat firmasının (İ) asistanı (S) tarafından temsil edildiği; bu asistanın firma adına, alıcı (A) ile taşınmaz satış niyetini öngören ve alıcının üçüncü bir firma olan (X)'e komisyon ücreti verileceği hükmünün (C) tarafından eklendiği bir sözleşme yapmışlardır. Komisyon ücreti alıcı (B) tarafından (X)'e ödenmiş, fakat (X)'in arkasında olan ismin aslında sözleşmeyi bizzat satıcının temsilcisi olan asistan (S)'nin olduğu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine (A), sözleşmeyi hile sebebiyle (BGB §123'e dayanarak) iptal etmiş ve ödediği bedeli bizzat (S)'den talep etmiştir. Alman Federal Mahkemesi taraflar arasındaki (İnşaat Firması İ ile Alıcı (A) arasındaki) sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmünde olduğunu karar vermiştir. Böylece tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınan asistan (S)'ye karşı (A)'nın sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir. Alman doktrininde bu sözleşmenin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olmadığı ortada iki hukuki işlem olduğu, bunlardan da birinin (X'e ödenecek komisyon bedeline ilişkin sözleşme hükmü) komisyon sözleşmesi hükmünde olduğu; sözleşmeyi iptal eden (A)'nın bu hüküm açısından (X) ve onun arkasında kişi olan (C) ile iki taraflı bir hukuki ilişkide olduğu ve bunun çerçevesinde iade talebine karar verilmesinin doğru olacağı belirtilmiştir. (bkz. Schwab, , **a.g.e., (§812)**, p. 237; Canaris NJW 1972,1196 **beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019**) Söz konusu karar, aradaki sözleşmenin nitelendirilmesi her ne kadar yanlış yapılmış olsa da, taahhüt edenin ediminin ekonomik sonucunun merkezinin bedel ilişkisinde olduğu durumlarda (söz konusu kararda (A)'nın karşılık ilişkisinden ziyade sözleşmede (X)'e olan yükümlülüğünü yerine getirme amacının ağır bastığı vurgulanmıştır) direkt istemde bulunabileceği kabul edildiğinden önemli görülmektedir. Hatta tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin tıpkı hatalı havalelere nitelik olarak benzediği; örnek kararda taahhüt ettiren konumunda görülen inşaat firması (İ)'nin (C) tarafından sözleşmeye eklenen (X)'e komisyon ödenmesi hükmünü bilemeyeceği ve burada durumunun havale edene benzediği ve (A)'nın da taahhüt eden olarak havale ödeyicisinin durumuna benzediği belirtilmektedir. Nasıl bankanın yanlışlıkla müşterisinin hesabından ortada geçerli bir havale olmamasına rağmen üçüncü bir şahsın hesabına aktarım yapması durumunda (bkz. Başlık 2.7.2.2.2.1.2) bu şahıstan direkt istemde bulunabilecekse, bu durumlarda da taahhüt eden de lehbara karşı direkt istemde bulunabilecektir. (bkz. Schwab, , **a.g.e., (§812)**, p. 238)

olarak hayat sigortaları ¹⁵⁹⁴) gösterilmektedir ¹⁵⁹⁵ . Burada edime daha yakın olduğundan taahhüd edenin doğruca edimi alan üçüncü kişiye talepte bulunulabileceği Türk doktrinde *Serozan* tarafından ifade edilmektedir¹⁵⁹⁶ .

İfade edildiği üzere bu çözüm Alman doktrinde ifade edilmekte olup; Türk doktrinde de bu çözüm *Serozan* tarafından kabul edilmektedir. Fakat bu çözüme Alman Medeni Kanunu § 822 hükmünün kıyasen uygulanması ile varılmaktadır. Acaba Türk hukukunda bu çözüm kabul edilebilir mi?

Alman Medeni Kanunu § 822 BGB hükmünü kısaca ele almamızda yarar var. Bu hükümde özel bir düzenleme mevcuttur. Bu hükümde sebepsiz zenginleşenin sebepsiz zenginleşmeye konu şeyi üçüncü bir kişiye ivazsız kazandırması durumunda ve bunun sonucunda sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünün sona ermesi durumunda; malı ivazsız kazanan üçüncü kişinin, tıpkı hukuki bir temel olmaksızın bizzat sebepsiz zenginleşme alacaklısından almış gibi ona iade yükümlülüğünün olduğu düzenlenmiştir¹⁵⁹⁷ . Bu düzenlemeye göre, sebepsiz zenginleşme alacaklısının hangi sebepsiz zenginleşme türünden doğan bir alacağının olduğunun önemi yoktur¹⁵⁹⁸ . En önemli şart ise, söz konusu madde metninden de anlaşıldığı üzere üçüncü kişinin ivazsız (*unentgeltlich*) kazanımında bulunmasıdır. Tabi burada önemli olarak doktrinde belirtilen husus, üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşme borçlusunun temsilcisi konumunda olmaması gerektiğidir. Karma bağış sözleşmelerinde ise ne olacağı da tartışılmış; burada üçüncü kişinin bağışlama konusu olan bölümle sorumlu

¹⁵⁹⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 815; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 440.

¹⁵⁹⁵ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 440; BGH, Urteil vom 24. 2. 1972 - VII ZR 207/70 (Hamburg) (NJW 1972, 864 Rn. ,) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; Martin Schwab, **a.g.e.**,(§812), p. 232 vd.. .

¹⁵⁹⁶ Rona Serozan, **a.g.e.**,s. 815.; karşı görüşte bkz. Antalya , **a.g.e.** s. 598.

¹⁵⁹⁷ **§822 Herausgabepflicht Dritter**: “Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.”

¹⁵⁹⁸ Sprau, **a.g.e.**,s.1198.

tutulacağı ifade edilmiştir¹⁵⁹⁹. Madde metninden anlaşılan diğer şart da, asıl sebepsiz zenginleşme borçlusunun iade yükümlülüğünün sona ermesidir.

2.2.1.3.2 Görüşümüz

Bize göre de üst paragrafta ele aldığımız bu görüş isabetlidir ve Türk hukukunda da uygulanabilir¹⁶⁰⁰. Üçüncü kişinin hiç bir sebep olmaksızın; kendisi ile sözleşme tarafı olmayan ve kendisine göre üçüncü kişi konumundaki taahhüt edenin sırtından –bir karşı edim yükümlülüğüne girmeksizin- zenginleşmesi kabul edilebilir bir çözüm olmayacaktır. Bu husus kanunda düzenlenmemiştir ve bu durum açısından kanunda bir boşluk vardır. Bize göre bu çözümün uygulanması da TMK m. 1/2 ve 1/3 uyarınca mümkündür¹⁶⁰¹. Türk doktrininde *Antalya*, TBK'nın kabul ettiği esaslara ve özellikle nisbilik ilkelerine uygun olmadığı ve sebepsiz zenginleşme kurumu ile bağdaşmadığı iddiası ile bu çözümü eleştirmektedir¹⁶⁰². Biz yazarın görüşüne katılmamaktayız. Zira aşağıda da ayrıntılı olarak belirtmiş olduğumuz üzere üçüncü kişiye onun ivazsız kazanımından dolayı yönelen istem edimden ötürü zenginleşme kökenli olmayıp; edim dışı zenginleşme kökenlidir. Bu bakımdan da hususun nisbilik ilkesi ile de alakası olmadığı aşıkardığından, söz konusu görüşe katılmamaktayız.

Havale ilişkileri ile karşılaştıracak olursak; bizim görüşümüze göre, taahhüt ettirenin konumu havale edenden , taahhüt edenin konumunun havale ödeyicisinden,

¹⁵⁹⁹ Sprau, **a.g.e.**,s.1199.

¹⁶⁰⁰ Aynı yönde Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.** , s. 304-305.

¹⁶⁰¹ Bkz. *Antalya* , **a.g.e.** s. 598. Türk doktrininde *Antalya*, TBK'nın kabul ettiği esaslara ve özellikle nisbilik ilkelerine uygun olmadığı ve sebepsiz zenginleşme kurumu ile bağdaşmadığı iddiası ile üçüncü kişiye karşı istem taleplerini mümkün olmadığını savunmaktadır. Biz yazarın görüşüne katılmamaktayız. Zira üçüncü kişiye onun ivazsız kazanımından dolayı yönelen istem edimden ötürü zenginleşme kökenli olmayıp; edim dışı zenginleşme kökenlidir. Bu bakımdan da bu hususun nisbilik ilkesi ile de alakası olmadığı aşıkardığından, söz konusu görüşe katılmamaktayız.

üçüncü kişi lehdarın konumunun havale alıcısından üçlü ilişki bakımından farkı yoktur. Bu bakımdan havale ödeyicisinin havale ödeyicisi ya da banka, *kendisine yüklenemeyecek* şekilde geçersiz ya da var olmayan bir havaleye/banka havalesine dayanarak, yanlış ya da fazla ödemedede bulunmuşsa, kendisinin direkt olarak edimi alana –havale alıcısısna- karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulabileceği kabul ediliyorsa; tam üçüncü kişi yararında sözleşmelerde de taahhüt eden de, sözleşme sırasında ehliyetsizlik, yetkisiz temsilci tarafından yapılması gibi geçerliliği etkileyen durumlarda kişi lehbara karşı gerçekleştirdiği edimlerin iadesini direkt olarak lehdardan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde isteyebilmelidir¹⁶⁰³. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçlü ilişkiler de aynı yönde olduğu için yukarıdaki temel prensipler tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulur¹⁶⁰⁴.

2.2.1.4 Alacağın Temlikî Bakımından İstisnalar

2.2.1.4.1 Doktrinde ve Uygulamada Ele Alınan İstisnalara İlişkin Görüşler

Bir tasarruf işlemi olan alacağın temlikinde de şu durum karşımıza çıkar: aslında olmayan (baştan itibaren olmayan ya da gerçekleşmesi umulup da doğmayan) bir alacağın temlike konu edilmesinde görünüşte borçlu olan şahıs borçlu olduğunu

¹⁶⁰³ Aynı yönde bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, **a.g.e.** , s. 304-305: Yazar, havale ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin taraflarının konumlarını ele almadan aynı sonuca varmaktadır.

¹⁶⁰⁴ Medicus/Lorenz, **a.g.e.** s. 448 ; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s.440 (p.1156-1157); Schwab, **a. g.e.**, p.230vd.; Johannes Köndgen, “**Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr Überlegungen zum Entscheid des Bundesgerichts Vom 14. März 1995 BGE 121 III 113 = Pra 84/1995 Nr. 274**”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 1996, s. 31-32; Claus-Wilhelm Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag** (ed. by Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München , 1973, s. 828-829 . ; Hahn, **a.g.e.** , s.1372.;BGH, **urteil vom 20.03.1952 – IV ZR 111/51OLG Celle vom 17.04.1951** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

zannederek (görünüşte) “temlik alana” ödemede bulunursa, görünüşte borçlu olan kime karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunacaktır?¹⁶⁰⁵

Burada ilk görüş, temlik edene (görünüşte alacaklıya) karşı istemin söz konusu olacağıdır¹⁶⁰⁶. Bunun gerekçesi olarak da, görünüşte borçlunun temlik edene

¹⁶⁰⁵Görüşlere geçmeden evvel belirtmemiz gerekir ki; TBK m. 27 uyarınca konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu bir tasarruf sözleşmesi olan alacağın temliki için de geçerlidir. (Peter Reetz,/Christof Burri , “ **OR 164**” , **Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, (ed. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder) , Zurich , 2016, s. 936) Konusu imkansız olması durumunda da, var olmayan veya sahip olunmayan bir hakkın devri söz konusu olamayacaktır. (Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 373) Buna karşılık ise doğmuş fakat vadesi gelmemiş ya da geciktirici şarta bağlanmış alacakların ve hatta daha doğmamış olmasına rağmen temlik eden tarafından doğması beklenen müstakbel alacakların devri de mümkündür. (bkz. Peter Reetz,/Christof Burri, **a.g.e.** , s. 938; Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 373; Mustafa Arıkan, “**Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki**”, **SÜHFD, Cilt 13 Sayı 1** , Konya, 2005, s. 146vd.)

Alacağın temliki kural olarak borçlandırıcı işleme “ pactum de cedendo”ya dayalıdır. Bu bakımdan da her iki sözleşme açısından; alacağın temlikinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğu hem İsviçre hem Türk doktrininde tartışmalıdır. (tartışmalar için bkz. Mustafa Arıkan, “**Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki**”, **SÜHFD, Cilt 13 Sayı 1** , Konya, 2005, s. 135vd. ;) Federal Mahkeme kararlarında daha evvel (**BGE 71 II 169 ; BGE 67 II 127**) sebepten soyutluk kabul edilmekteyken , daha yakın tarihli kararlarda bu sorunun cevabı uçuk bırakılmıştır. (Peter Reetz,/Christof Burri, **a.g.e.** , s. 938.) Yargıtay ise soyutluk görüşünü kabul etmektedir. (**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu , 21.03.2019 T. 2017/2630E., 2019/328 K**) Konumuzun dışında olduğu için burada ancak kısaca ifade edebiliriz ki; sebepten soyutluk görüşü kabul edilirse, alacağın temliki “ pactum de cedendo”daki geçersizlikten etkilenmeyecek; temlik alan alacaklı duruma geçecektir. Bu durumda temlik eden, temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Buna mukabil sebebe bağlılık kabul edilir ise, ortada bir alacağın devri olmayacak ve temlik eden halen alacaklı olacağı için ortada sebepsiz zenginleşme talebi doğmayacaktır. Temlik edenin sebepsiz zenginleşme talebi ; borçlunun ancak borcunu ifa etmiş sayılacak bir şekilde temlik alana ya da temlik alanın da iyi niyetli üçüncü bir şahsa temlik etmesi (temlik alınan borcun temliki) gibi üçüncü kişinin iyi niyetinin korunduğu hallerde gündeme gelir. (**a.e.**,s. 938.)

¹⁶⁰⁶ Althammer, **a.g.e.**, s. 287 ; Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 441 (p. 1159); Stephan Lorenz, “**Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen**”, **Juristische Schulung (JuS)**, München, 2003, s. 842; Schulze, **a.g.e.**, (§812), p.28 beck-online.beck.de (çevirimiçi) **21 Mart 2019** ; ayrıca bkz.Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 816;

olduğuna inandığı borç ilişkisinde doğan bir borcun ifası amacıyla hareket ettiğidir ve bundan dolayı da ancak temlik edene istemde bulunabilecektir¹⁶⁰⁷. Bu görüŖe göre, üçlü ilişki havaledeki durumla özdeş olup; havale edenin konumunun temlik edenle aynı, havale ödeyicinin de görünüşte borçluyla aynı, havale alıcısının da temlik alanla aynı pozisyonudur. Tıpkı havale ilişkisinde olduğu gibi, görünüşte borçlu olan ancak sözleşme tarafı olarak görmüş olduğu görünüşte alacaklı olan temlik edene karşı istemde bulunabilecektir¹⁶⁰⁸. Yalnız bu durumun istisnası da, temlik alanın alacağına kavuşmak için görünüşte borçluyu zorladığı hallerdir. Aynı doğrultuda, borçlu kendi inisiyatifiyle , temlik edene yüklenemeyecek bir biçimde görünüşte temlik alana ödemedede bulunursa direkt istemde bulunabilecektir¹⁶⁰⁹.

Diğer görüŖe göre ise, ancak temlik alana karşı istem söz konusu olmalıdır¹⁶¹⁰. Bunun sebebi de alacağın temliki ile alacaklının yerine temlik alan geçtiğinden; borçlunun geçerli bir borcun temlikinde yükümlülüğünden kurtulmak için temlik alana karşı ifade bulunma istenci söz konusudur. Bu görüŖe göre, alacağın temlikindeki üçlü ilişki, temlik alanın alacaklının yerine geçmesinden dolayı ve alacak hakkının bizzat sahibi haline gelmesinden dolayı “havale” ile karşılaştırılmaz¹⁶¹¹. Bu görüşü savunanlardan *Schwab*, borçlunun sözleşme tarafı

Alman Federal Mahkemesi de aynı görüşü kabul etmektedir : bkz.BGH, Urteil vom 19. 1. 2005 - VIII ZR 173/03 (OLG Düsseldorf) NJW 2005, 1369 BGH, Urteil vom 02-11-1988 - IVb ZR 102/87 (München) NJW 1989,900 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; BGH, Urteil vom 20.3.2019 – VIII ZR 88/18 (NJW 2019, 2608) (çevirimiçi) 22 Aralık 2020

¹⁶⁰⁷ Schulze, **a.g.e.**, (§812), p.28 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ;Sprau, **a.g.e.**, (§812), s. 1173 (p.67)

¹⁶⁰⁸ Claus-Wilhelm Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag** (ed. by Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München , 1973, s 835; bkz. Schwab, **a.g.e.**, (§812), p.241.

¹⁶⁰⁹ Bkz.Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 816.

¹⁶¹⁰ Walter Bayer , **Bereicherungsausgleich nach Zession einer unwirksamen Forderung, Juristische Schulung**, München, 1990 , s.887- 888; Heinrich Dörner , “Kondiktion gegen den Zedenten odere gegen den Zessionar?”,NJW 1990,473, beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; Martin Schwab , **a.g.e.**, (§812), p.246-249.

¹⁶¹¹ Martin Schwab , **a.g.e.**, (§812), p.248.

seçimi ile değil edimin ifası ile edimde bulunduğu tarafın ödeme (güçsüzlüğü) rizikosunu üstlendiğini de ileri sürmektedir¹⁶¹². Böylece edimde bulunan borçlu edimde bulunduğu temlik alandan istemde bulunabilmelidir.

2.2.1.4.2 Görüşlerimiz

Bizim görüşümüze göre; ortada olmayan bir alacağın temlikine ilişkin olarak görünüşte borçlu olan şahıs, kendini borçlu sanarak temlik alana edimde bulunursa istemini temlik alana karşı yöneltip TBK m. 78 şartlarıyla “*condictio indebiti*” talebinde bulunabilmelidir. Dikkat edilirse, alacağın temlikindeki üçlü ilişki gerek havaleden gerek ise üçüncü kişi yararına sözleşmeden farklı cereyan etmektedir. Şöyle ki, alacağın temlikinde borçlunun durumu ne havaledede havale ödeyicisine ne de tam üçüncü kişi yararına sözleşmede taahhüt edenin durumuna benzer. Zira alacağın temlikinde borçlu kendi istemi dışında, -eğer alacaklısı ile aksine temlik yasağı öngören bir sözleşme yapmamışsa- kanun gereği alacaklıya verilmiş bir temlik hakkı çerçevesinde üçüncü kişiyle yasa gereği muhatap olmaktadır. Halbuki havaledede havale ödeyicisinin ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmede taahhüt edenin, kendi öz istençleri ile üçüncü kişilere karşı edimde bulunmaları durumu söz konusudur. Temlik alanın pozisyonu da son derece önem taşımaktadır. Temlik alan, alacağı zaten “*pactum de cedendo*” da ivaz karşılığı temlik alıyorsa; temlik edene karşı, temlik edenin TBK m. 191 çerçevesinde zaten temlik edenin temlik sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü sahip olduğunu –aksine anlaşma yapılmaz ise- garanti etmiş olmasından ötürü istemde bulunabilecek pozisyonundadır. Temlik alan bunun aksine anlaşılarak, temlik edenin garanti sorumluluğunu bertaraf edilmesine razı olursa, bunun rizikosunu sözleşme serbestisi çerçevesinde zaten üstlenmiş olur. Temlik alan alacağın temliki ile adeta rotasını temlik edenin borçlusuna yönelterek, ondan gelen karşı def'i ve itirazlara karşı karşıya kalmayı

¹⁶¹² Martin Schwab, , a.g.e., (§812), p.248.

kabullenmekte olduğundan da, borçlunun kendisine ifa edilen edime ilişkin sebepsiz zenginleşme istemine de muhattap olmalıdır.

Görüşümüzü ve konuyu anlatabilmek için örneklendirmede yarar vardır :

(D) A.Ş., (X) şirketi tarafından üretilen (X) markalı medikal ürünleri münhasıran Ege Bölgesi'ndeki şehirlerde satma yetkisine ve söz konusu malların satımı için Ege Bölgesi'nde üçüncü kişilerle bayilik anlaşması yapma hakkına sahiptir. (D) A.Ş., (X) markalı ürünlerin bu şehirlerde satımını kolaylaştırmak amacıyla üçüncü firmalarla da belli yerler açısından bayilik sözleşmesi yapmaktadır. (D) A.Ş. Manisa Merkezli (A) A.Ş. ile 01.03.2019 anlaşarak, (A)'ya (X) ürünlerinin Manisa il sınırları içerisinde satması bakımından tek satıcılık yetkisi vermiştir. Bu tek satıcılık sözleşme uyarınca ; (D) tarafından (A)'ya teslim edilecek ürünlere karşılık; (A) (D)'ye 100.000-TL'lik ödemeyi ürünlerin teslimi olarak belirlenen 01.06.2019 tarihinden önce ödemeyi kabul etmiştir. 01.03.2019 – 01.06.2019 tarihleri arasında finansal sıkıntıya düşen (D), (X) firmasından ürün tedarik edebilmek adına 100.000-TL'lik alacağını (X)'e devretmiş ve (A)'ya da bu ödemenin (X)'e yapılmasını bildirmiştir. Buna karşılık (A) da 100.000-TL'lik ödemeyi (X) firmasına yapmıştır. (X) firmasının ürünleri (D) tarafından teslim alınmış; fakat (D)'nin kaybetmiş olduğu bir davanın sonucunda (D)'nin alacaklısı (Ü)'nün başlattığı ilamlı bir takip çerçevesinde haczedilmiştir. Bu sırada (A) tarafından, (D) ile yaptıkları sözleşmede (D)'nin ana sözleşmesinde belirtildiği şekilde yazılı kişiler tarafından temsile yetkili iki yönetim kurulu üyesinin müşterek imzaları ile temsil edinilmediği anlaşılmıştır. Buna mukabil (D) ile (X) arasında gerçekleşen alacağın temliki sözleşmesinde temsil açısından bir sıkıntı ise yoktur. İşte bu durumda, (D) ile akdettiği bayilik sözleşmesi geçersiz olan (A); (X)'e olmayan bir borcun -100.000-TL'nin- ifasından kaynaklı olarak; edimde bulunduğu (X)'e mi yoksa (D)'ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir?

Bizim görüşümüze göre, yukarıda belirttiğimiz üzere, ilk olarak temlik alan (X)'in bakış açısını ele almak gerekmektedir. (X) , (D) ile akdettiği alacağın temlik sözleşmesi ile adeta rotasını istençli olarak (A) 'ya yöneltmiştir ve zaten alacağın temlik sözleşmesinden dolayı da TBK m. 191/1 uyarınca da (D)'nin (alacağın varlığını garanti ettiğinden) garanti yükümlülüğünden dolayı da (D)'ye başvurma hakkına sahiptir. (X) alacağın temlik sözleşmesi yapmak yerine bunu kabul etmeyerek talebini (D)'ye yöneltme serbestisine sahiptir. Böylece, (X) tarafından, kendi sözleşmesinin tarafı (D)'ye karşı edimini isteyip ona karşı ilerlemek yerine, (D)'nin (A)'dan olan görünüşte alacağını temlik alarak alacağın geçerli olmaması rizikosunu üstlenmektedir. Zaten (X)'in elinde ayrıca (D)'ye karşı TBK m. 191/1'den doğan garanti yükümlülüğünden doğan istemi de saklıdır. Bu durumda, görünüşte borçlu olan (A)'nın (X)'e edimde bulunmasına rağmen sadece temlik eden (D)'ye karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği kabul edilemez. Aksi görüşte ise, zaten elinde asıl sözleşme tarafı olarak gördüğü (D)'ye karşı garanti yükümlülüğünden kaynaklı talepte bulunabilme hakkı saklı olan (X)'in pozisyonu sebepsiz olarak güçlendirilmektedir ki; bu kabul edilemez bir çözümdür. (X), (D) ile geçerli bir sözleşme yaparken onun ödeme güçsüzlüğü rizikosunu taşıırken; (A) açısından böyle bir durum söz konusu değildir. (X), (A)'ya iade ile yükümlü olup; (D) ile aralarında geçerli bir sözleşme olduğundan onunla hesap görmesi gerekir. Kısacası, görünüşte borçlu olan (A) edimde bulunduğu temlik alan (X)'e karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilir. Ayrıca (A)'nın pozisyonu açısından da bakıldığında her ne kadar gerçekte borçlu olmasa da ; kendi istenci ile edimde bulunması, mevcut olduğunu sandığı borcun temlik edildiği inancıyla. Doğmamış alacağın temlik sebebiyle aralarında gerçekleşen (X-D-A arasında) en çok korunması gereken (A) olacaktır.

Buna karşılık eğer (D) ivazsız olarak, (A)'ya karşı görünüşte olan alacağını bir başka üçüncü şahsa (Ü)'ye temlik etmiş olsaydı, çözümün ne olacağını da irdelemeliyiz. Bu durumda da (Ü), zaten ivazsız olarak (A)'ya karşı bir istemde bulunma istenciyle hareket etmiş olacağı için, onun konumunun zayıflatılması gibi bir durum zaten hiç oluşmayacaktır. Burada (Ü) aldığı edimi (A)'ya iade etmekle

yükümlü olmalıdır. Bir başka ifade ile görünüşte borçlu (A) edimi ifa ettiği (Ü)'ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilmelidir.

Savunduğumuz görüşümüze göre sebepsiz zenginleşme isteminin temlik alana karşı ileri sürülebileceğinden dolayı, üzerinde çok durulması gereken bir diğer husus da görünüşte alacaklının alacağını kötü niyetle temlik ettiği durumlarda ne olacağıdır. Örneğin borçlunun temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceğini bilen görünüşte alacaklı, kendine avantaj sağlamak amacıyla bu yola gidebilir. Bu durumlarda görünüşte borçlunun görünüşte alacaklıya edimde bulunmamasına rağmen ona karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilmesi kabul edilmelidir. Tabii bu durumda, ispat yükü edimde bulunan borçluda olacak ve ayrıca haksız fiilden doğan bir istem var ise bu sebepsiz zenginleşme istemi ile yarışacaktır.

2.2.1.5 Yabancı Bir Borcun İfası Durumundaki İstisnalar

2.2.1.5.1 Doktrinde ve Uygulamada Ele Alınan İstisnalara İlişkin Görüşler

Yabancı bir borcun ifası durumu da ele alınmalıdır. Bu hallerde de doktrinde istisna olduğu tartışmalı üç sorunsal karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunsallardan ilk ikisi mevcut olmayan bir borca ilişkin olarak üçüncü kişi tarafından edimde bulunulması, diğeri ise üçüncü kişinin mevcut olan bir borcu kendi borcu sanarak ödemesine ilişkindir. Bu sorunsallara ilişkin tartışmaları sırası ile ele alalım:

Sorunsallardan ilki: üçüncü kişinin, borçlunun bilgisi dâhilinde- ondan kaynaklı olarak- aslında borçlunun mevcut olmayan bir borcuna ilişkin olarak görünüşte alacaklıya edimde bulunması durumudur¹⁶¹³. Bu duruma şu örnekleri

¹⁶¹³ Martin Schwab, , a.g.e., (§812), p.192..

verebiliriz: Sigorta şirketinin, sorumluluk sigortası kapsamında sigortalının mesleki faaliyeti dolayısıyla vermiş olduğu sanılan zarardan, sigortalının yönlendirmesiyle görünüşte alacaklıya edimde bulunması; çocuğunun mevcut olduğunu sandığı fakat gerçekte batıl olan bir sözleşmeden doğduğuna inanılan görünüşte borcun borçlunun babası tarafından bir karşılık beklemeden ifa edilmesi. Alman Federal Mahkemesi ilk örneğe ilişkin kararında, burada sigorta şirketinin ediminin üçüncü kişi olarak görünüşte alacaklıya edimde bulunduğu ve böylece ondan iade talebinde bulunabileceğine karar vermiştir^{1614 1615}. Bu karara karşı görüş ise, bu durumun geçerli bir havaleye benzediğinden dolayı; tıpkı karşılık ilişkisinin tarafları arasında olduğu gibi edimde bulunanın görünüşte borçludan, görünüşte borçlunun da görünüşte alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği şeklinde ifade edilmiştir¹⁶¹⁶.

Peki ifa amacı olmakla birlikte ifanın amaçlandığı –alacaklı olduğu inanılan kişi yerine bir başka üçüncü kişiye edimde bulunulursa ne olacaktır? Yukarıda verdiğimiz örnekten farklı olarak, mevcut olmayan bir borca ilişkin olarak görünüşte borçlunun görünüşte alacaklıya ifade bulunmak amacıyla –hatayla görünüşte alacaklının hesabına edimi almaya yetkili sandığı- üçüncü kişiye görünüşte borca konu edimi yerine getirmesinde ne olacağı sorunu Almanya’da tartışıldığını görmekteyiz¹⁶¹⁷. Daha somut bir şekilde örneklendirmemiz daha yararlı olacaktır:

¹⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 28-11-1990 - XII ZR 130/89 (Celle) NJW 1991, 919. [beck-online.beck.de](https://www.beck-online.beck.de) (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; karar hakkındaki eleştiriler için bkz. Michael Martinek , “Der Bereicherungsausgleich bei veranlaßter Drittleistung auf fremde nichtbestehende Schuld — Besprechung des BGH-Urteils vom 28. 11. 1990 — XII ZR 130/89”, Juristenzeitung, Tübingen, 1991, s. 397 vd. <https://www.jstor.org/stable/20821986>(çevirimiçi) 21 Mart 2019.

¹⁶¹⁵ Schwab tarafından BGH’nin bazı kararlarının da aksi yönde olduğunu belirtmekte ve BGH ‘nın kararları arasında tutarlılık olmadığını ifade etmiştir. (bkz. Schwab, **a.g.e.**, (§812), p. 193’te ve 546 no.lu dipnottaki karar)

¹⁶¹⁶ Manfred Lieb, “§267”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- Band 5** , München, 2004, Rn. 116 [beck-online.beck.de](https://www.beck-online.beck.de) (çevirimiçi) 1 Nisan 2020. ; aynı yönde Martin Schwab, **a.g.e.**, (§812), Rn. 194.

¹⁶¹⁷ Bu konu Schwab, **a.g.e.**, (§812), Rn. 198’te ele alınmıştır.

Baba (B) ’nin oğlu (O), doktor (D) tarafından (H) şirketine ait hastanede tedavi görür. (O), normalde sosyal sigorta kapsamına girmeyen¹⁶¹⁸ bir tedavi için doktor (D) ile özel olarak anlaşır. Taraflar arasındaki özel sözleşme uyarınca tedaviye ilişkin ücret (H) ’nin de bilgisi dâhilinde (D) ’ye ödenmesi kararlaştırılmıştır. (O) ’ya (H) tarafından gönderilen fatura üzerine baba (B), doktor (D) ’ye ödenmesi üzere (H) ’ye ödemedede bulunur. Sonrasında sözleşmenin geçersiz olduğu anlaşılır. Bu durumda, Baba (B) ’nin (H) ’ye karşı istemde bulunması mümkün olup olmadığı ve mümkünse bunun niteliğinin ne olacağı tartışmaya değerdir.

Benzer bir örnekte Alman ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir kararda (B) ’nin (H) ’ye karşı edim dışı zenginleşme talebinde bulunabileceği – müdahaleden ötürü zenginleşme karakterli olduğunu belirterek- kabul edilmiştir ¹⁶¹⁹ . Buna mukabil,; Schwab tarafından edim dışı zenginleşme olgusu kabul edilmekle birlikte (B) ’nin edim amacının aslında doktor (D) ’ye yöneldiği, (H) ’ye karşı bir edim amacı olmadığından ve edimi alan (H) ’nin bakış açısından da bunun anlaşılır olduğundan ortada harcamadan ötürü zenginleşme olduğu iddiasındadır¹⁶²⁰ . Bununla birlikte eline hiç bir şey geçmeyen, zenginleşmeyen (D) ’ye karşı bir istemde bulunulamayacağı da tartışma dışıdır.

¹⁶¹⁸ Almanya ’da belli durumlarda Hastane Ücretlendirme Kanunu ’nun (*Krankenhausentgeltgesetz*) § 17. Maddesi uyarınca “Wahlleistungsvereinbarung” kapsamında özel bir hekimin seçilmesi, olağan tedavi hizmetlerinden farklı ek hizmetlerin alımında sigorta kapsamına girmeyen hizmetlerin hastaya sağlanması amacıyla anlaşma sağlanabilmektedir. Bu madde kapsamına girmeyen durumlara ilişkin sözleşme yapılması durumunda sözleşmelerin § 134 BGBgeçersiz olacağı kabul edilmektedir. **BGH, Urteil vom 19.02.1998, Az. III ZR 169/97; AG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2017 - 5 C 193/14**beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019

¹⁶¹⁹ **AG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2017 - 5 C 193/14**beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019; Schwab, **a.g.e., (§812)**, Rn. 198.

¹⁶²⁰ Schwab, **a.g.e., (§812)**, Rn. 198.

Ayrıca bu başlık altında bahsetmeliyiz ki, borcun üstlenilmesi durumunda da olmayan bir borcu üstlenerek edimde bulunan üstlenen, edimden ötürü zenginleşme istemini direkt olarak görünüşte alacaklıya iletebilecektir. Zira üstlenen kendi borcunu itfa amacıyla hareket etmektedir¹⁶²¹. Burada aynı zamanda “condictio indebiti” söz konusu olacağından TBK m. 78/1 hükmü uygulanacaktır ve ispat yükü edimde bulunan üstlenen de olacağı tartışmadan uzaktır. TBK m. 201 uyarınca borca katılma durumunda da borca katılan görünüşte alacaklıya edimde bulunursa, çözüm aynı olacak ve borca katılan görünüşte alacaklıya karşı direkt istemde bulunabilir¹⁶²².

İkinci sorunsal da, edimde bulunanın borçlunun talimatı dışında onun hesabına hareket ederek onun aslında mevcut olmayan bir borcun konusu edimini yanılarak görünüşte alacaklıya yerine getirirse ne olacağıdır¹⁶²³. Görüleceği üzere ilk sorunsaldan farklı olarak, bu durumda edimde bulunan üçüncü şahıs borçlunun haberi olmadan adeta “başına buyruk” hareket etmektedir¹⁶²⁴. Burada Alman doktrininde ve yargısında hakim görüş edimi alana karşı, görünüşte borçludan ziyade, edimde bulunanın görünüşte alacaklıya karşı iade talebinde bulunacağıdır¹⁶²⁵¹⁶²⁶. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, (tıpkı diğer üç köşeli ilişkilerde bilhassa havalade olduğu gibi) üç köşeli bir ilişki mevcut olduğundan edimde bulunan borçluya karşı; borçlu da alacaklıya karşı istemde bulunabilmelidir¹⁶²⁷.

¹⁶²¹ Martin Schwab, **a.g.e.**, (§812), p. 209; Lieb, **a.g.e.**, (§812), p. 158.

¹⁶²² Martin Schwab, **a.g.e.**, (§812), Rn. 212.

¹⁶²³ Örnek için bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 816 (n.64).

¹⁶²⁴ Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 816 (n.64).

¹⁶²⁵ Bkz. Martin Schwab, **a.g.e.**, (§812), p. 187; ;Claus-Wilhelm Canaris,**a.g.e.** , s 847-848; **BGH, Urteil vom 28-11-1990 - XII ZR 130/89 (Celle)** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019; aksi görüşte ise Stefan Schneider, **Rückgriffskondiktion**, Frankfurt, 2008, s. 194 vd.; Michael Martinek , “**Der Bereicherungsausgleich bei veranlaßter Drittleistung auf fremde nichtbestehende Schuld — Besprechung des BGH-Urteils vom 28. 11. 1990 — XII ZR 130/89**”, Juristenzeitung, Tübingen, 1991, s. 397 vd. <https://www.jstor.org/stable/20821986>(çevirimiçi) 21 Mart 2019.

¹⁶²⁶ Martin Schwab, **a.g.e.**,p. 187

¹⁶²⁷ Bkz. Eike Schmidt, “**Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter: Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem gleichnamigen Werk von Walther Hadding**” Juristenzeitung,

Fakat hakim görüşü savunanlarca borçlu bir şey edinmediği için ona karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamayacağı belirterek buna karşı çıkmaktadırlar¹⁶²⁸ ve hatta ilk sorunsalda da bu görüş savunularak olmayan bir borç için ister borçlunun haberi dâhilinde ondan kaynaklı ister ise onun haberi olmaksızın “başına buyruk” bir şekilde edimde bulunan üçüncü şahsın görünüşte alacaklıya karşı iade talebinde bulunabileceği savunulmaktadır. Ayrıca edimde bulunanın borçlu tarafından belirlenmiş bir itfa amacıyla (*Tilgungsbestimmung*) hareket etmediğinden -tıpkı havalede olduğu gibi kendi kendine borçlunun talimatı olmaksızın hareket etmesinden- dolayı onun alacaklıya karşı direkt isteminin olacağı ileri sürülmektedir¹⁶²⁹. Bu istemin karakterinin, edimden ötürü zenginleşme mi edim dışı zenginleşme olduğu da tartışmalıdır. Azınlıktaki görüşe göre burada tıpkı havalede havale ödeyicisinin talimat olmaksızın edimde bulunduğu hallerde arada bir sözleşmesel bir ilişki olmadığı için edim dışı zenginleşme karakterli bir istem olacağı ileri sürülmektedir¹⁶³⁰. Baskın görüşe göre ise edimde bulunan üçüncü kişi kendi itfa amacıyla hareket etmekte olduğundan; bunun havalede havale ödeyicisinin itfa amacının havale edenin olduğunu varsaydığı itfa amacıyla paralel olduğu gerekçesiyle farklı olduğundan ve üçüncü kişinin mevcut olduğunu düşündüğü borcun ifasına ilişkin olarak kendi itfa amacıyla hareket ettiğinden dolayı ortada edimden ötürü zenginleşmenin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁶³¹.

Tübingen, 1971, s. 606-607 <https://www.jstor.org/stable/20812426>(çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; bkz. Stefan Schneider, **Rückgriffskondiktion**, Heidelberg, 2008, s. 194vd.

¹⁶²⁸ Martin Schwab, **a.g.e.**, (§812), p. 187; Heinrichs, **a.g.e.**, (§267), s. 324; Wolfgang Krüger, **§267, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- Band 2**, München, 2019, p. 22 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 1 Nisan 2020; .

¹⁶²⁹ Martin Schwab, **a.g.e.**, p. 187 ; ayrıca Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 816.

¹⁶³⁰ Hans-Georg Koppensteiner/ Ernst A. Kramer, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, 1. Bası. 1975, § 6 VII 3, 59) Martin Schwab, **a.g.e.**, p. 188’den aktarılmıştır. .

¹⁶³¹ Bkz. Martin Schwab, **a.g.e.**, p. 187; Michael Martinek, **a.g.e.**, s. 397

İsviçre doktrinde de yukarıda belirtili iki sorunsal açısından durum tartışmalı olup görüş birliği yoktur¹⁶³². İsviçre doktrindeki bir görüşe göre, yabancı bir borcu ifa eden kişinin, borçlu tarafından yetkilendirilmemiş olsa dahi, kazandırması ile borçlunun malvarlığını etkileme istencinde olduğundan borçlunun temsilcisi gibi ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶³³. Böylece bu görüşe göre edimde bulunanın bir istemde bulunması mümkün görülmemektedir. Bir başka ifade ile bu görüşe göre, edimde bulunan başına buyruk biçimde, borçlunun bilgisi dışında hareket ederek olmayan ya da itfa edilmiş bir borca ilişkin (tekrar) edimde bulunsada dahi borçlu adına hareket etmiş olduğundan; sebepsiz zenginleşme istemini ancak borçlu ileri sürebilecektir. Diğer görüş ise, burada edimde bulunan üçüncü kişinin alacaklıya karşı direkt bir sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabileceğidir¹⁶³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi ise, somut olaydaki şartlara göre hakimin karar vermesi gerektiği ve tıpkı Alman doktrindeki hakim görüşte olduğu gibi edimi alanın bakış açısının- “*Empfängershorizont*”un - ön planda olduğunu vurgulamıştır¹⁶³⁵. Buna göre, edimde bulunan üçüncü kişinin hareketlerinden objektif olarak alacaklı tarafından kendisi için edimde bulunduğu anlaşılabilmekteyse, edimde bulunan direkt istemini görünüşte alacaklıya karşı yöneltebilecektir¹⁶³⁶.

Üçüncü sorunsal ise, **bir kişinin kendisinin olduğuna inandığı fakat aslında bir başkasına ait olan bir borcu ifa etmesi** durumudur. Alman doktrinde şu örneğe yer verilmektedir:

İş sahibi (İ) 'ye karşı eser sözleşmesi kapsamında bir eserin yapımını yüklenen yüklenici (Y) 'nin, sanki iş sahibi (İ) 'nin temsilcisiymiş gibi

¹⁶³² Bkz. Rolf H. Weber, “Die Erfüllung der Obligation, Art. 68 – 96 OR, Berner Kommentar”, Bern, 2005, s.79.

¹⁶³³ Andreas von Tuhr/ Arnold Erscher, **Algemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zurich, 1984, s. 26, 27.

¹⁶³⁴ Oser/Schönenberger’in görüşü hakkında bkz. Rolf H. Weber, **a.g.e.**,s. 79.

¹⁶³⁵ Bkz. Serozan, **a.g.e.**,s. 817; Rolf H. Weber, **a.g.e.**, s. 79; BGE 70 II 121vd.

¹⁶³⁶ Ayrıca bkz. Serozan,**a.g.e.**,s. 817.

*hareket ederek kendi taahhüt ettiği eserin meydana getirilmesi için üçüncü kişi (Ü) ile anlaşılmaktadır. O eserin meydana getirilerek asıl iş sahibi (İ)'ye teslimi üzerine; aslında iş sahibi (İ) ile akdettiği bir sözleşme olmayan ve fiilen taşeron olarak hareket eden üçüncü kişi (Ü)'nün iş sahibinden iade talebi olabilecek midir?*¹⁶³⁷

Burada Alman Federal Mahkemesi ve diğer Alman Mahkemesi kararlarına bakıldığında edimi alanın bakışının ne olduğunun tespit edilmesinin gerektiği sonucuna varılmaktadır ¹⁶³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüşü benimsemektedir ¹⁶³⁹ ve ayrıca edimi alan arazi sahibi, sözleşme tarafı olduğu müteahhide inşaatın objektif değerinden az ödemede bulunmuşsa, aradaki farkı taşeronun ZGB m. 672 (TMK m. 723) hükmüne dayanarak arazi sahibinden isteyebileceğini kabul etmiştir¹⁶⁴⁰. Burada, edimi alanın (İ'nin) bakış açısına göre edimi kendi sözleşme tarafından olduğu inancı var ve somut durumda aksi öngörülemez ise, üçüncü kişiden gelen karşı taleplere korunaklı olması gerektiği; aldığı edimi – eğer kendi tarafı sözleşme geçerli olduğu müddetçe- elinde tutabileceği; eğer tarafı olduğu sözleşme geçerli değil ise, muhatabının üçüncü kişiden ziyade sözleşmesinin tarafı olan kişi (Y) olduğu; edimde bulunanın ise kendi sözleşmesinin tarafı (partneri) kim ise ona karşı istemde bulunabileceği (Ü'nün Y'ye) kabul edilmektedir¹⁶⁴¹. Alman Federal mahkemesi kararları Alman doktrininde ayrıca tartışma konusu olmuş; kimi yazarlarca Federal Mahkemesinin çözümü doğru

¹⁶³⁷ Bkz. Martin Schwab, **a.g.e., (§812)**, p. 215; Türk doktrininde de Serozan tarafından söz konusu örnek aktarılmıştır. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 818.

¹⁶³⁸ **BGH, Urteil vom 31. 10. 1963 - VII ZR 285/61 (Hamburg)**, beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; **LG Bonn, Urteil vom 03-12-1990 - 5 S 250/89** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; **OLG Frankfurt, Urteil vom 15.02.2012 - 4 U 148/11** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019 ; Ayrıca Martin Schwab **a.g.e., (§812)**, p. 216. (589 no.lu dipnottaki kararlar)

¹⁶³⁹ **BGE 99 II 131**. <http://relevancy.bger.ch/>(çevirimiçi) 07 Ekim 2020.

¹⁶⁴⁰ Üst dipnotta yazan karar ve Ayrıca bkz. Serozan ,**a.g.e.**, s. 818 (dipnot 31).

¹⁶⁴¹ Martin Schwab, **a.g.e., (§812)**, p. 216.

bulunmuştur¹⁶⁴²¹⁶⁴³. Buna karşı görüşte olanlar ise, burada edimi alanın (verdiğimiz örnekte İ'nin) aralarında bir sözleşme ilişkisi olmadığından bakış açısının önemli olmadığını; edimde bulunanın edim ile izlediği itfa amacının (*Tilgungsbestimmung*) ön planda olduğunu; edimi alanın zaten iyi niyetle edimin elinde kalmadığı savunmasıyla yeteri kadar korunduğunu ifade etmektedirler¹⁶⁴⁴. Doktrinde edimi alana karşı edimde bulunanın hata hallerine dayanarak iptal beyanıyla edimi alanda oluşan yanlış intibanın düzeltilmesi yoluyla istemde bulunabileceği de ileri sürülmüştür¹⁶⁴⁵. Yalnız bu çözümde BGB §122 uyarınca (TBK m. 35'te olduğu gibi) , hatadan dolayı iptal sebebiyle edimde bulunanın tazminat ödemesi söz konusu olacaktır¹⁶⁴⁶.

2.2.1.5.2 Görüşlerimiz

Yukarıda belirtili hususları ele aldıktan sonra nihayet bunlara ilişkin görüşlerimize bu paragrafta yer verebiliriz. İlk olarak ***“üçüncü kişinin, borçlunun bilgisi dâhilinde-ondan kaynaklı olarak- aslında borçlunun mevcut olmayan bir borcuna ilişkin olarak görünüşte alacaklıya edimde bulunması”*** durumundaki

¹⁶⁴² Edimi alanın bakış açısının önem arz ettiği yönünde bkz. Stephan Lorenz, **“Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen”**, *Juristische Schulung (JuS)*, München, 2003, s. 843; Ulrich Loewenheim, **a.g.e.**, s.45.

¹⁶⁴³ Türk Doktrininde edimden bulunanın bir başkasının borcunu kendinin sanıp ödediği hallerde edim alanın edimde bulunanın izlediği amacın seçilebilir olduğu savıyla, edimde bulunanın edimde bulunandan herhalukarda iade isteminde bulunabileceği Serozan tarafından belirtilmiştir. (bkz. Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 817 (n.65). Fakat biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, bilhassa taşeron tarafında gerçekleştirilen edimlerde olduğu gibi kimi hallerde edimi alanın bakış açısına göre edimde bulunanın edimle izlediği amacı seçmesi mümkün olmayabilir. Bu bakımdan tartışılması gereken durum aslında şudur: edimi alanın bakış açısına mı, yoksa edimde bulunan istencine mi değer verilecektir?

¹⁶⁴⁴ Bkz. Christian Hendrik Jahn, **Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis**, Heidelberg, 2014, s. 138-139 vd.

¹⁶⁴⁵ Bkz. Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 843.

¹⁶⁴⁶ Stephan Lorenz, **a.g.e.**, s. 843; Claus-Wilhelm Canaris, **a.g.e.**, s 827.

durum gerçekten de geçerli bir havaleden farksız olduğu her somut durum açısından kabul edilemez. Gerek menfaatler dengesi gerek ise tarafların pozisyonları her somut olayda dikkate alınmalıdır. Kural olarak, hangi ilişkide geçersizlik var ise sebepsiz zenginleşmeye dayalı tasfiye de o hukuki ilişkinin tarafları arasında olmalıdır; bu doğrudur. Yalnız bu durum istisnasız değildir ve bunun çözümü basit bir şekilde geçerli bir havaledeki çözüme indirgenemez. Somut olayda edimi alanın objektif olarak bakış açısı önem arz eder. Örneğin, çocuğunun mevcut olduğunu sandığı fakat gerçekte batıl olan bir sözleşmeden doğduğuna inanılan görünüşte borcun borçlunun babası tarafından oğlunun isteği ile bir karşılık beklemeden ifa edilmesi gibi bir durumda; babanın çocuğu ile arasında bir bağış sözleşmesi olduğu savıyla, babanın çocuğundan, çocuğun da görünüşteki alacaklıdan sebepsiz zenginleşme talebinde bulunması gerektiği gibi bir çözüm kabul edilemez. Edimi alanın bakış açısına göre burada babanın çocuğunun yerine geçerek edimde bulunma borcu üstlenme arzusu objektif olarak anlaşılır durumdadır. İfa amacıyla hareket etmesine rağmen alacaklı olduğuna inanılan kişi yerine bir başka üçüncü kişiye kazandırmada bulunulursa da, kazandırmada bulunan kişi edim dışı zenginleşme istemiyle direkt olarak kazanımda bulunana karşı istemde bulunabilmelidir. Zira belirli bir amaca yönelen ve bilinçli yabancı bir malvarlığındaki kazandırma olan edimde belli bir kişi ya da kişilere karşı edim amacının söz konusu olması gerekmektedir. Kazandırma edimle amaçlanan kişi yerine bir başka kişiye giderse ortada edimden ötürü bir zenginleşmeden bahsedilemeyecektir.

“Edimde bulunan borçlunun talimatı dışında onun hesabına hareket ederek borçlunun aslında mevcut olmayan bir borcun konusu edimini yanılarak görünüşte alacaklıya yerine getirmesi”nde ise edimde bulunan üçüncü kişi, görünüşte alacaklıya karşı “edimden ötürü” zenginleşme talebini direkt olarak yöneltebilecektir. Burada ortada bir edim söz konusudur çünkü itfa amacıyla belli bir kişiye yönelik bilinçli bir kazandırma söz konusudur. Edimde bulunan üçüncü kişi burada görünüşte alacaklı ile muhatap olmalı; eline bir şey geçmeyen ve edimde bulunan üçüncü kişiye talimatı bulunmayan görünüşte borçlu beklenmeyen bir taleple karşı karşıya bırakılmamalıdır.

“Bir kişinin kendisinin olduğuna inandığı fakat aslında bir başkasına ait olan bir borcu ifa etmesi” durumunda ise edimi alanın bakış açısı ile edimde bulunanın borcunu itfa ettiğine ilişkin güveni çatışmakta olduğu ortadadır. Burada hakim görüşe katılmaktayız. Burada edimi alanın bakış açısı ön planda olur. Zira edimde bulunan evvela kime karşı edimde bulunduğunu doğru tespit etmelidir ve bunun riski edimde bulunandadır. Edimi alanın ise yegane amacı alacaklısı olduğu borcun konusu olan edime kovuşmaktır ve edimde bulunanın üçüncü kişinin gerçek niyetini bilemeyecek durumda olduğu sürece edimde bulunana karşı korunmalıdır.

2.2.1.6 Üç Köşeli İlişkilerde Edimden Ötürü Zenginleşme ile Müdahaleden Ötürü Zenginleşmenin Bir Arada Olduğu Haller

2.2.1.6.1 İvazsız Kazandırmalar

Yukarıda ifadelerden de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere ortada edim var ise ortada müdahaleden ötürü zenginleşmeden kural olarak söz edilemez. Bir başka ifade ile, edim yoluyla zenginleşmiş biri müdahaleden zenginleşme istemine muhatap olmamalıdır ve üçüncü bir kişinin dâhil olmadığı iki taraflı ilişkilerde bu durum istisnasızdır¹⁶⁴⁷. Fakat üç köşeli ilişkiler bakımında bu ana kural istisnasız değildir ve menfaatler durumunun gerek verdiği hallerde müdahaleden ötürü zenginleşme talebi kimi istisna hallerde söz konusu olacaktır¹⁶⁴⁸.

Alman Medeni Kanunu §816’da üç ayrı edim dışı zenginleşme halleri özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümde müdahaleden ötürü zenginleşmeye ilişkin üç hal ayrı ayrı düzenlenmiştir¹⁶⁴⁹. İlk durumda yetkisiz olarak iktisapta bulunan kişi iktisabı sonucunda karşı edim almış ise bunu hak sahibine vermekle yükümlü olacağı kabul edilmiştir. Burada tıpkı güvenin-inancın korunması ilkesi gereği, taşınırlarda

¹⁶⁴⁷ Serozan,**a.g.e.**, s. 818.

¹⁶⁴⁸ Serozan,**a.g.e.**, s. 818; bkz. Looschelders, **a.g.e.**, s. 441 vd. ; Medicus/Lorenz, , **a.g.e.**, s. 448 vd.

¹⁶⁴⁹ Wiese,**a.g.e.**, (§816), Rn. 1.

TMK m. 988 uyarınca emin sıfatıyla yetkisiz zilyedinden taşınır üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, taşınmazlarda ise TMK m. 1023 uyarınca tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle deyanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunacağından dolayı, bu kişiler sebepsiz zenginleşme isteminin de muhatabı olmayacaktır¹⁶⁵⁰. Sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabı yetkisiz tasarrufta bulunan olacaktır. Yalnız burada Alman kanun koyucu §816 I c.2'de özel bir hali somut bir şekilde ele almıştır. Bu düzenlemeye göre tasarruf yetkisi bulunmayan kişi eğer üçüncü kişiye ivazsız bir kazandırmada bulunmuş ise; üçüncü kişiye karşı (önceki) hak sahibinin, hakkı elinden gittiği için müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemini direkt olarak ileri sürebilmesi mümkün sayılmıştır¹⁶⁵¹. Burada dikkat edilirse, ivazsız olarak iyi niyetli olarak hakkı elde etse dahi, burada yeni hak sahibinin iyi niyeti korunmayacak ve sebepsiz zenginleşme isteminin muhatabı olabilecektir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, hakkı elinden giden kişinin sebepsiz zenginleşme istemini hem edimi alana karşı hem de yetkisiz olarak tasarruf işleminde bulunana karşı ileri sürebileceği kabul edilmiştir¹⁶⁵².

§816 II'de ise bir başka durum özel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda ise, yetkili olmamasına rağmen asıl alacaklı yerine geçerek, asıl alacaklının borcunu sona erdirecek şekilde ifade bulunulan kişiye (bunun tipik örneği, alacağın temlikinde temlik edenin bunu borçluya bildirmeksizin iyi niyetli borçlunun ifasını kabul etmesidir.) karşı iade talebinde bulunabileceği özel olarak düzenlenmiştir.

Dikkat edilirse §816 BGB'de yer alan üç halde de ortada edimle kazandırma olmasına rağmen, kazanım elde eden müdahaleden ötürü zenginleşme istemine muhatap olmaktadır. İlk durumda (§816 I 1) direkt istem söz konusu değildir ve bu durum güvenin korunması ilkesi gereğidir; Türk-İsviçre hukukunda da aynı çözüm kabul edilmektedir¹⁶⁵³.

¹⁶⁵⁰ Serozan, **a.g.e.**, s. 819; Wiese, **a.g.e.**, (§816), Rn.1 ;

¹⁶⁵¹ Wiese, **a.g.e.**, (§816), Rn. 1.

¹⁶⁵² Bkz. Schwab, **a.g.e.**, (§816), Rn. 4.

¹⁶⁵³ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 819.

Asıl tartışmalı olan husus ise; §816 I 2 BGB hükmünün sunduğu çözüme Türk ve İsviçre hukukunda mevcut düzenlemeler karşısında varılıp varılamayacağıdır. Dikkat edilirse ne TMK m. 988’de ne de TMK m. 1023’te ivazsız kazandırmalara ilişkin bir ayırmda bulunulmamıştır. Söz konusu hükümlerde kazanımın ivazlı olup olmaksızın bir ayırım yapılmaksızın iyi niyetle kazanımın korunacağı hükme bağlanmıştır. İsviçre doktrininde ivazsız kazanımlarda aynı çözümün ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışılmıştır. Ağırlıklı görüş §816 I 2 BGB’nin çözümünün İsviçre hukukunda da uygulanacağını kabul ederken¹⁶⁵⁴; karşıt görüşteki yazarlarca bu kabul edilmemektedir¹⁶⁵⁵. §816 I 2 BGB’nin çözümünü ileri süren görüş taraftarları bu çözüme ZGB m. 933’ün (TMK m. 988) dar yorumlanmasına dayanarak, OR m.239/1’den (TBK m.285/1)¹⁶⁵⁶ bağışlama sözleşmesinin bağışlayanın sadece kendi malvarlığından kazandırma durumunda geçerli olacağı kabul edildiğinden dolayı İsviçre hukukunda varmaktadır¹⁶⁵⁷.

Biz **ivazsız kazandırmalarda** üçüncü kişiye karşı direkt istemin yöneltilebileceği görüşüne katılmaktayız ve Türk-İsviçre hukukunda ivazsız kazandırmaların çoğu hallerde ivazlı kazandırmalardan farklı olarak imtiyaz dışı bırakıldığı göz önüne alındığında da bu çözüme ulaşmak mümkündür. Örneğin, OR m. 250 / TBK m. 296 hükmünde de bağışlama sözü verenin ortada bağışlanana karşı bir yükümlülüğü olmasına rağmen salt ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda

¹⁶⁵⁴ Sieber Lorenz, **a.g.e.**,s.88-89, VonTuh/Peter,**a.g.e.**, s. 497 vd. ve 515 ; Voser,**a.g.e.**, s.232; Bucher, **a.g.e.**, s.677vd.; Rusch/Bornhauser,**a.g.e.**, s.1138; Arthur Meier-Hayoz’un görüşü hakkında bkz. Emil W. Stark/Barbara Lindenmann, “**Vorbemerkungen Rechtsschutz zu Art. 930-937**”, Berner Kommentar, 4. Auflage, Bern, 2016, s. 269.(yazarın kendisi karşı görüştedir.)

¹⁶⁵⁵bkz. Emil W. Stark/Barbara Lindenmann, **a.g.e.** s. 269. (aynı eserden “Oser/Schönenberger, N. 14 zu OR 62”ivazsız kazanmalarda ayrık bir durum kabul etmemektedirler.) ; Heinrich Honsell, **Obligationenrecht Besonderer Teil** , Bern , 2010 s. 204vd.

¹⁶⁵⁶ “Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”

¹⁶⁵⁷ Bkz. Arnold F. Rusch, “**Schadenersatz für entgangenes Erbe?**” AJP 2012, Zurich,2012, s.678. (dipnot 40.)

dahi genel prensibe (Ahde Vefa İlkesine) istisna getirilerek yükümlülüğünün sona ereceği düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda ZGB m. 527/b.3 - TMK m. 565/b.3¹⁶⁵⁸ hükmünde belirtilen bağışlamaların tenkise tabi olması da kanun koyucu tarafından bağışlananın katı bir şekilde korunmaya layık olmadığını gösteren bir başka düzenlemedir¹⁶⁵⁹. Aynı şekilde TMK m. 527/2 hükmü uyarınca da miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan bağışlamalara itiraz kapısı da açık tutulmuş, iyi niyetli olsa dahi bağışlanan korunmamıştır. Bu hükümler karşısında bizim görüşümüze göre ivazsız kazanımda bulundurulana karşı ivazsız kazandırma var ise direkt isteme olanak sağlanmalıdır. TMK m. 988 ve TMK m. 1023 hükümlerinde bu bakımdan bir boşluk söz konusudur.

Peki karma bağış sözleşmelerinde ise ne olacaktır? İşte bu sorunsalın çözümü, ortada kazanımda bulunan üçüncü kişinin karşı edimi söz konusu olduğundan oldukça güçtür. Bu sorunsal da Alman Federal Mahkemesi tarafından tartışılmıştır ve federal mahkeme tarafından kabul edilen görüş ağırlık noktasının gözetilmesi ve kazandırmanın ivazlı olması olgusu ağır basıyorsa direkt istem talebinin kapatılacağı kabul edilmiştir¹⁶⁶⁰. Bu çözüm Alman doktrininde tartışmalıdır¹⁶⁶¹. Doktrinde karma bir şekilde uygulama yapılmasıyla §816 I 1'ye dayanılarak ivaz karşılığı olan kısım için yetkisiz tasarrufta bulunana karşı, artan kısım için ise §816 I 2'ye dayanılarak üçüncü kişiye karşı istemde bulunulabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁶². Ayrıca bu çözüme üçüncü kişinin elde ettiğinin tamamını iade ederek buna engel olabileceği

¹⁶⁵⁸ “Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,” İsviçre düzenlemede sure bakımından farklılık olup 5 yıl kabul edilmiştir.

¹⁶⁵⁹ Sieber Lorenz, **a.g.e.**, s.89.

¹⁶⁶⁰ Althammer, **a.g.e.**, s. 241 (Rn. 500); **BGH Urteil vom 18. März 1964 - V ZR 197/61** https://www.prinz.law/urteile/bgh/V_ZR_197-61(çevirimiçi) 23 Mart 2020.

¹⁶⁶¹ Federal Mahkeme'nin çözümü ile aynı yönde: Sprau, **a.g.e.**(§816), s. 1184(Rn.14); Wiese, **a.g.e.**(§816), Rn.10.

¹⁶⁶² Bkz. Medicus/Petersen, **a.g.e.**, s. 436; Althammer, **a.g.e.**, s. 241; Larenz/Canaris, **a.g.e.**s.184 vd.; ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Schwab, **a.g.e.**, (§816)Rn. 70.

eklenmektedir¹⁶⁶³. Doktrindeki bu görüş, ileri süren “karma” çözüm birçok belirsizliklere gebe olduğu ve bilhassa usul hukuku açısından, önceki hak sahibinin kime karşı ne kadar sebepsiz zenginleşme istemini yönelteceği belirsizlik taşıyacağı ve böyle bir rizikonun hakkını aramakta olan kişiye yükletilmesi uygun bir çözüm olmayacağı şeklinde de eleştirilmiştir.¹⁶⁶⁴. Burada tekrar etmemiz gerekir ki, bize göre hem işlem güvenliği ilkesi hem de taraf menfaatleri göz önünde bulundurulduğunda bu ayrık durumun çözümüne ulaşmak gerçekten çok zorlayıcıdır. Tam burada örnek vermek yerinde olacaktır:

(A), baba yadigârı 100.000-TL değerindeki (X) marka saatini uzun bir tatile gideceğinden ve evinde kasası olmadığından evinde kasası olduğunu bildiği arkadaşı (B) 'ye emanet olarak bırakır. Emin sıfatıyla zilyet olan (B) arkadaşı (A) ile arasının bozulması üzerine, hem zilyedi olduğu fakat satılması zor olan saatten kurtulmak hem de saatten bir kazanç sağlamak ister. Bunun için de yakın arkadaşı (C) 'ye de bir jest yapmak amacıyla saati kendi saati gibi göstererek (C) 'nin kolay satılabilen 15.000-TL değerindeki saati ile trampa etmek ister. Saatin arkadaşı (B) 'nin olduğuna güvenen (C) de, bunu bir fırsat olarak görerek (B) 'nin bu sözde jestini, teklifini kabul eder ve taraflar birbirlerine saatleri teslim ederler. (B) de (C) 'den aldığı saati saatçi (D) 'ye satar.

Bu örnekte görüldüğü üzere (B) emin sıfatıyla zilyet olarak hareket etmiş ve (A) ile arasında sözleşmenin hilafına hareket ederek, kötü niyetle, saati değerinden çok daha düşük bir bedel eden saat ile trampa etmiştir. (C) burada saatin (B) 'nin olduğuna güvenmektedir ve TMK m. 988 uyarınca (X) marka saatin yeni maliki olmuştur. (A) ise, aralarındaki saklama sözleşmesine (TBK m. 561 vd.) aykırı davrandığı için sözleşmeye dayalı istemini evvela (B) 'ye karşı ileri sürebilecektir. Fakat (B) 'nin ödeme güçsüzlüğü rizikosu karşısında, (A) (C) 'ye müdahaleden ötürü direkt sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecek midir? Buradaki durum dikkat edilecek olunursa, alelade bir ivazsız kazandırmadan farklıdır. Zira (C), her ne kadar

¹⁶⁶³ Bkz. Medicus/Petersen, **a.g.e.**, s. 436; Althammer, **a.g.e.**, s. 241.

¹⁶⁶⁴ Benzer yönde Schwab, **a.g.e.**, (§816)Rn. 70.

karma bağış niteliğinde (15.000-TL'lik saat ile 100.000-TL'lik saatin trampası) bir kazanımda bulunsan da, (B)'ye karşı bir edimde de (kendi saatini ona vererek) bulunmuştur. Hem (A) hem de (C), (B) ile girdikleri ayrı sözleşmesel ilişkiler sonucunda (B)'nin ödemezlik rizikosunu taşımaktadır. Fakat burada dikkat edilirse (C) edimine karşı edimde de bulunarak kavuşmuştur. Burada somut olayda karma bağışlamada bağışlama karakterinin ağır bastığı gerekçesi ile (A)'nın (C)'ye kendi zenginleşmesinden fazla olarak saatin iadesini istemesi şeklindeki adaletsiz bir çözüm kabul edilemez. Zira (C) değeri düşük olsa da karma bağış sözleşmesi çerçevesinde karşı edimde bulunmuştur. Kimse, sebepsiz zenginleşme isteminde zenginleşmesinden fazla bir istemin muhatabı olamamalıdır. Bu bakımdan (A)'nın ancak (C)'ye onun zenginleşmesi kadar direkt istemde bulunabilmesinin kabulü gerekir ve saatin iadesi yerine – saat bölünebilir olmadığından- (A)'nın (C)'ye iki saat arasındaki objektif değer farkına yönelik olabilir. Zira (C)'nin zenginleşmesi o kadardır. Burada (C)'ye ayrıca isterse (B) ile muhatap olma seçeneği sunulur (A)'ya saati vererek borcundan kurtulma şansı da verilmelidir. Bu çözüm ve bu ayrık durum menfaatler durumu açısından en uygun olanıdır ve bu bakımdan yukarıda ifade ettiğimiz üzere Alman doktrininde birçok yazar tarafından kabul edilen bu çözüme katılmaktayız.

Yalnız bu çözümle birlikte dikkate alınması gerekir ki; ivazsız kazandırmanın söz konusu olduğu hallerde yetkisiz tasarrufta bulunana karşı, (sebepsiz zenginleşmeye konu mal varlığı değerini ivazsız kazandırmada bulunduğu) onun ortada bir zenginleşmesi bulunmadığından dolayı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamayacaktır¹⁶⁶⁵. (Yalnız dikkat etmek gerekir ki bu durumlarda eğer ivazsız kazandırmaya kadar sebepsiz zenginleşmeye konu şeyden bir yarar sağlanmışsa, bu sebepsiz zenginleşme doğrultusunda istenebilecektir.) Buna karşılık eski hak sahibi (örneğin taşınır mülkiyetini TMK m.988 uyarınca kaybeden eski malik) mülkiyeti, duruma göre ve şartları varsa yetkisiz tasarrufta bulunana karşı

¹⁶⁶⁵ Looschelders, **a.g.e.**, s. 414 (Rn. 1086).

sözleşmeden, haksız fiilden ya da vekaletsiz iş görmeden dolayı yetkisiz tasarrufta bulunana karşı ileri sürebilecektir¹⁶⁶⁶.

Alman doktrininde bir başka tartışma daha vardır. Bu da §816 I c.2 BGB hükmünün kıyasen uygulanarak hukuki sebep olmadan (en tipik örnek olarak kesin hükümsüz bir satış sözleşmesi uyarınca) mülkiyeti kazanmış üçüncü kişiye karşı direkt sebepsiz zenginleşme isteminin ileri sürülebilip sürülemeyeceğidir. Hemen belirtmemiz gerekir ki, Türk-İsviçre sistemi açısından bu tartışma taşınırlara ilişkin olarak sebepten soyutluk ilkesinin kabulü halinde ortaya çıkabilecektir. Zira sebebe bağlılık prensibinin kabul edildiği durumda mülkiyet el değiştirmeyeceğinden, istihkak istemi gündeme gelecektir.

Örneklendirecek olursak: (A)'nın (B)'ye emanet olarak verdiği taşınır eşyası (B) tarafından geçersiz bir satış sözleşmesine dayanılarak iyi niyetli (C)'ye teslim edilirse; tasarruf işlemi sebebe bağlılık prensibi gereği geçersiz olacağından dolayı (A) mülkiyet hakkını kaybetmeyeceğinden dolayı istihkak davası açabilecektir.

Ama bizim de katıldığımız üzere taşınırlarda sebepten soyutluk ilkesi geçerli olduğundan; eski hak sahibinin hukuki sebepten yoksun olarak malik olan üçüncü şahsa karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulup bulunulamayacağı burada tartışmaya değerdir. Konunun daha net şekilde aktarılması için burada da örnek üzerinden ifade etmek daha doğru olacaktır:

(A)'nın (B)'ye emanet verdiği taşınır malı kesin hükümsüz bir satış sözleşmesine dayanarak iyi niyetli (C)'ye ivaz karşılığı devrettiği durumda; (A) (C)'ye karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecek midir?

¹⁶⁶⁶ Looschelders, **a.g.e.**, s. 415 (Rn. 1086).

Burada Alman hukukundaki hakim görüş, ivazlı olarak borç ilişkisine girmiş olanın – sözleşme hükümsüz olsa bile – durumu ivazsız kazanımda bulunan ile aynı olmadığından dolayı olumsuz yöndedir¹⁶⁶⁷. (A)'nın (C)'ye sebepsiz zenginleşmeye dayalı direkt istem yolu kapalıdır. Bilhassa üçüncü kişi, karşı edimini sözleşmenin geçerli olduğuna inanarak yetkisiz tasarrufta bulunana karşı yerine getirmiş olabilir ve bu gerekçelerle biz de aynı görüşteyiz. Nitekim hukukumuzda da bu yol kapalıdır. (Bkz. TMK m. 988 / 1023)

Alman hukukunda § 822 BGB hükmü yine bir somut düzenlemeyle, üçüncü kişiye karşı belli şartlarda direkt istem yolunu düzenlemiştir. Yukarıda bu husustan bahsetmiştik¹⁶⁶⁸. Söz konusu maddede üçüncü kişinin, zenginleşme konusu kazanımı hukuki sebepten yoksun bir şekilde elde etmiş gibi iki şartın varlığı halinde sebepsiz zenginleşme alacaklısına iade ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir: 1) sebepsiz zenginleşme borçlusunun üçüncü bir kişiye ivazsız kazandırmada bulunması ve 2) sebepsiz zenginleşme borçlusunun sebepsiz zenginleşme konusu şeyi iade yükümlülüğünün sona ermesi. Burada dikkat edilirse §816 I c.2 BGB'deki düzenlemeden farklı olarak, §822 BGB'de sebepsiz zenginleşme borçlusu yetkisiz bir tasarrufta bulunmamaktadır¹⁶⁶⁹.

Alman doktrininde §822 BGB'nin üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumluluğunun her halükarda ikincilliğinin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Katı bir şekilde ikincilliği savunanlar, kanunun açık düzenlenmesinden dolayı ancak §818 III BGB hükmünden dolayı sebepsiz zenginleşme alacaklısına karşı sebepsiz zenginleşme isteminin sona ermesi durumunda üçüncü kişiye istem yöneltilebileceğinden ikincilliğin söz konusu olduğunu savunmaktadır¹⁶⁷⁰. Alman

¹⁶⁶⁷ Looschelders, **a.g.e.**, s. 415; Schwab, **a.g.e.**, (§816), Rn. 71.

¹⁶⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.1.

¹⁶⁶⁹ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 820; Looschelders, **a.g.e.**, s.417; Medicus/Lorenz, s. 430 (Rn. 1183); Althammer, **a.g.e.** s.245

¹⁶⁷⁰ Looschelders, **a.g.e.**, s.418(Rn.1094); bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 245; Wiese, **a.g.e.**, Rn.4; Schwab, **a.g.e.**, (§822), Rn. 16 vd.

Federal Mahkemesi'nin de bu yönde kararları mevcuttur¹⁶⁷¹. Buna karşı olan görüş ise, ortada bir kanun boşluğundan söz etmektedirler ve direkt istemin sebepsiz zenginleşenin ödeme güçsüzlüğü durumunda kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁶⁷². Bu görüşü ileri sürenler sebepsiz zenginleşenin kötü niyetle sebepsiz zenginleşme konusu şeyi ivazsız olarak elinden çıkardığında, sebepsiz zenginleşenin sorumluluğu devam edeceğinden üçüncü kişiye başvurulamayacakken; sebepsiz zenginleşenin iyi niyetle ivazsız olarak sebepsiz zenginleşme konusu şeyi elinden çıkardığında ise üçüncü kişiye başvurulabileceği şeklinde tutarsız bir sonuç çıkacağı gerekçesine dayanmaktadırlar¹⁶⁷³. Sebepsiz zenginleşenin ödeme güçsüzlüğü hallerinde de Alman hukuku açısından bizim görüşümüz bu doğrultudadır ve direkt isteme imkan verilmesi gerekmektedir.

Türk-İsviçre sebepsiz zenginleşme sisteminde özel bir düzenleme olmadığını belirtmiştik. Bu istisna da yukarıda §816 I c.2'ye ilişkin yukarıda açıkladığımız gerekçelerle aynı şekilde –sebepsiz zenginleşme alacaklısının ivazsız kazanımda bulunulan üçüncü kişiye karşı direkt istemi- hukukumuzda uygulama alanı bulmalıdır¹⁶⁷⁴. Ayrıca, sebepsiz zenginleşme borçlunun borçlusunun sebepsiz zenginleşme konusu şeyi iade yükümlülüğünün TBK m. 79¹⁶⁷⁵ hükmü uyarınca sona

¹⁶⁷¹ BGH, Urteil vom 3. 12. 1998 - III ZR 288–96 (Düsseldorf) (NJW 1999, 1026) [beck-online.beck.de](http://online.beck.de) (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

¹⁶⁷² Medicus/Lorenz,, a.g.e., s. 430 (Rn. 1183); Sprau, a.g.e., (§822), Rn. 1.; Larenz/Canaris, a.g.e. s. 195; Claus-Wilhelm Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, s. 833; Rolf Knütel, “§822 und die Schwächen unentgeltlichen Erwerbs”, NJW 1989, s. 2504. [beck-online.beck.de](http://online.beck.de) (çevirimiçi) 29 Ekim 2020.

¹⁶⁷³ Bkz. Medicus/Lorenz,, a.g.e., s. 430 (Rn. 1183)

¹⁶⁷⁴ Aynı yönde Sieber Lorenz, a.g.e.,s.89.

¹⁶⁷⁵ “(1)Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür.

(2)Zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür.”

erip ermediğine bakmaya da lüzum yoktur. Zira ivazsız kazanımda bulunan sebepsiz zenginleşme alacaklısı karşısında korunmaya değer değildir.

Yalnız ivazsız kazanımda üçüncü kişiye direkt istem bakımından başka sorunsal vardır ve bu da Alman doktrininde tartışmalıdır. Bu, sebepsiz zenginleşme borçlusunun sebepsiz zenginleşme konusu şeyi kullanarak onun yerine geçen bir başka şey kazandırması durumunda üçüncü kişiye karşı direkt sebepsiz zenginleşme talebinin devam edip etmeyeceğidir¹⁶⁷⁶. Buna olumsuz cevap veren yazarlar §822 hükmünün lafzından yola çıkarak sebepsiz zenginleşme konusu şeyi iade düzenlendiğinden, artık üçüncü kişinin iade ile yükümlü kılınamayacağını ileri sürmektedirler¹⁶⁷⁷. Buna olumlu cevap verilmelidir¹⁶⁷⁸ ve iadenin kapsamının ne olacağı da önem arz etmektedir. Bu hususu şu iki şekilde örneklendirmek mümkündür:

- 1) (A), (B)'den sebepsiz zenginleşme sonucu elde ettiği halka açık bir şirkete ait hisse senetlerini paraya çevirip elde ettiği parayı (C)'ye bağışlıyor ve
- 2) (A) (B)'den sebepsiz zenginleşme sonucu elde ettiği halka açık bir şirkete ait hisse senetlerini paraya çevirip elde ettiği parayla oğlu (C)'ye araba alıyor.

Görüldüğü üzere, ilk örnekte (C) para aldığı için ortada bir sorun yoktur ve (C) ivazsız olarak elde ettiği parayı iade ile yükümlüdür. Burada hisse senetlerinin değer kazanması ya da değerinden daha düşük bir bedele satılması (C) açısından önem arz etmemektedir ve (C) elde ettiği ivazsız kazanımı iade ile yükümlüdür. Yalnız bu örnekte senetler objektif piyasa değerinden fazlaya satılarak (C)'ye kazanımda bulundurulmuşsa; (C)'nin iade yükümü senetlerin objektif piyasa değeri

¹⁶⁷⁶ Tartışmalar için bkz. Schwab, **a.g.e. (§ 822)** Rn. 15

¹⁶⁷⁷ Bkz. Dimitrios Linardotos, “**Die Bereicherungshaftung gem. § 822 BGB**”, Juristische Schulung (JuS), München, 2017, s. 819.

¹⁶⁷⁸ Bkz. Schwab, **a.g.e. (§ 822)** Rn. 15; Dieter Reuter/Michael Martinek, **Ungerechtfertigte Bereicherung**, Tübingen, 2016, s. 370.

kadar olmalıdır. Zira birinci bölümde ifade ettiğimiz üzere, sübjektif zenginleşmeye konu bedel sebepsiz zenginleşme borçlusuna yükletilemez¹⁶⁷⁹. Bu gibi durumda, şartları varsa ancak vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulacaktır ve vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı talebin muhtabı üçüncü kişi (C) değil, bizzat (A) olacaktır. Bu hususlara karşılık ikinci örnekte (C), (B)'nin zenginleşmesinin konusu olan hisse senetlerinden ziyade para dışı bir şeyi ivazsız kazanmaktadır. Bu durumda (A)'nın talebinin kapsamı ne olacaktır? Burada, üçüncü kişinin elde ettiği şeyi aynen iadesi beklenemez, zira (B)'nin asıl sebepsiz zenginleşme konusunu oluşturmamaktadır. Burada üçüncü kişiye karşı elde ettiği şeyin parasal değerinin (objektif piyasa değerinin) iadesi talep edilebilecektir¹⁶⁸⁰. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi tarafından burada üçüncü kişiye elde ettiği şeyi iade etme hakkı tanınarak, ikame değerden ötürü sorumluluktan kurtulma hakkı tanınması gerektiği yönünde karar verilmiştir¹⁶⁸¹. Fakat bu örnekte de dikkat edilmesi gereken husus da, sebepsiz zenginleşme konusu şeyin (örnekte hisse senetlerinin) objektif piyasa değerinden fazlaya satılması durumunda; üçüncü kişiye karşı ileri sürülecek istemin ancak sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin objektif piyasa değeri kadar olacağıdır. Bahsedilen görüşlere aynı doğrultuda ve §816 I c.2'ye ilişkin yukarıda açıkladığımız gerekçelerden ötürü katılmakta ve aynı şekilde ivazsız kazanımda bulunan üçüncü kişiye karşı direkt istemi Türk-İsviçre hukuklarında da mümkün görmekteyiz.

2.2.1.6.2 Diğer Haller

Türk Doktrinin Serozan tarafından ifade edildiği üzere, kimi yasa gereği iktisap durumlarında da ortada müdahale zenginleşmesinin ikincilliğinin istisnası söz konusu olmaktadır¹⁶⁸² ve bu durum eşya hukuku ilkelerinden kaynaklanmaktadır.

¹⁶⁷⁹ Serozan, **a.g.e.**,s. 866.

¹⁶⁸⁰ Aşağıda bu hususları ele aldığımız için bkz. başlık no. 2.8.2.3 ve başlık altında yer alan dipnotlardaki eserler.

¹⁶⁸¹ Bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 246 ve BGH, Urteil vom 10. 2. 2004 - X ZR 117/02 (OLG Hamm) (NJW 2004,1314)beck-online.beck.de (çevirimiçi) 25 Mart 2019

¹⁶⁸² Serozan, **a.g.e.**,s. 820.

Burada kısaca bu hususları ele alabiliriz. İşleme, karışma ve birleşme durumlarında (TMK m. 775/776) bu istisna vuku bulabilecektir. Aynı şekilde TMK m. 722vd. taşınmazlar için düzenlenen yasa gereği iktisap hallerinde de bu durum meydana gelebilecektir. Örneğin, İşleme (TMK m. 775) hükmü uyarınca bir kimse başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekle sokarsa, emeğin değerinin o şeyin değerinden fazla olursa, yeni şey işleyenin olacaktır. İşte bu durumda işleyen yasa gereği malik olması durumunda olacaktır. Örneğin, TMK m. 988 kapsamına girmeyen bir kazandırmada, tipik örnek olarak hırsızın iyi niyetli kişiye maliki olmadığı şeyi devri mümkün olmayacaktır. İşte bu durumda normalde malik olmayan iyiniyetli üçüncü kişi malı işleyerek kanun gereği malik olursa, mülkiyeti kaybeden ona karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir. Örneğin, (H) (A)'nin çiftliğinden çaldığı inekleri kasap (K)'ye satarsa; (A) inekleri keserek etlerini satan (K)'ya karşı istemde bulunabilecektir. Bu durumda edim yoluyla kazanımda bulunmuş olması sebepsiz zenginleşme istemine karşı (K)'yı korumayacaktır.

Yalnız burada bir sorunsal daha olduğunu düşünmekteyiz. TMK m. 989/2 kapsamında “açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş” taşınırlarda ödenen bedelin iadesini isteme hakkı iyi niyetli üçüncü kişiye tanınmıştır. Burada dikkat edilirse, iyi niyetli üçüncü kişi, iyi niyetine rağmen malik olamayacaktır ve taşınır davasının muhatabı olacaktır. Peki, iyi niyetli üçüncü kişi örneğin malik olmadan “edindiği” eşyayı işleyerek TMK m. 775 uyarınca yasa gereği malik olursa çözüm nasıl olacaktır? Burada bizim görüşümüze göre, TMK m. 989/2 uyarınca iyi niyetine rağmen malik olamayan kişi elinde bulundurduğu şeye ilişkin bir ileri sürebileceği alacak hakkına sahip olur¹⁶⁸³ ve bu hak yasa gereği iktisap yoluyla mülkiyet kazanılsa dahi TMK m.989/2'nin kıyasen uygulanması

¹⁶⁸³Emil W. Stark/Barbara Lindenmann, **Der Besitz**, Art. 919-941 ZGB, Berner Kommentar, Bern, 2016 ,s.377; Arnet Ruth/Eitel Paul, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, **CHK- HAndkommentar zum Schweizer Privatrecht** (Ed: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo) , Zurich , 2016 s. 844BGE 103 II 186 [https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi)) 29.03.2020;Bkz.Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,**a.g.e.**,s.104: “*Fakat bu davanın açılabilmesine ilişkin bir şart değildir. Talep gerekir. Hakim re’sen nazara alamaz.*”

suretiyle devam etmelidir. TMK m. 989/2 direkt uygulama alanı bulamaz. Zira madde metni taşınır davasına ilişkindir. Bu hüküm kıyas yoluyla uygulanarak sebepsiz zenginleşme isteminin ileri sürülmesi ile uygulanmalıdır.

TMK m. 990 uyarınca da para ve hamile yazılı senetlerin iyi niyetle elde edinilmiş olması durumunda da iyi niyetle elde edinen ve böylece taşınır davasına karşı kişiler, aynı şekilde müdahaleden ötürü zenginleşme istemine karşı da korunacaklardır¹⁶⁸⁴.

2.2.2 Kanunlar İhtilafı Hukukuna İlişkin Açıklamalar

2.2.2.1 Havale ve Banka Havaleleri İlişkilerinde Sebepsiz Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk

2.2.2.1.1 Havale Edenle Havale Ödeyicisi Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, havale ilişkisinde havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki karşılık ilişkisidir (*Deckungsverhältnis*)¹⁶⁸⁵. Havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde karşılık ilişkisine uygulanacak hukuk MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca uygulanacaktır. Zira tarafların karşılıklı istemlerine ilişkin olarak önceden öngörebildikleri hukuk karşılık ilişkisine uygulanacak huktur. Örneğin banka havalesinde karşılık ilişkisi havale eden konumundaki müşteri ile havale ödeyicisi konumundaki banka arasındaki ciro sözleşmesine dayandığından, bu sözleşmenin geçersiz olması durumunda tarafların sebepsiz zenginleşme istemleri bu sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

¹⁶⁸⁴ Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 821.

¹⁶⁸⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.1.

Nitekim bu husus üzerinde doktrinde fikir birliği vardır¹⁶⁸⁶ ve bize göre de bu hususun aksi düşünülemez.

2.2.2.1.2 Havale Edenle Havale Alıcısı Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk

Havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişki olan değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuk, tıpkı üst başlıkta olduğu gibi aynı gerekçelerle MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca, taraflar arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde hakim olacaktır. Doktrinde de bu husus açısından haklı olarak fikir birliği mevcuttur¹⁶⁸⁷.

2.2.2.1.3 Havale Ödeyicisinin Havale Alıcısına Karşı İsteminde Uygulanacak Hukuk

Maddi hukuk kısmında, detaylı olarak doktrinde havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin doktrindeki tartışmaları ayrıntılı

¹⁶⁸⁶ Behrens, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Kren Kostkiewicz,**a.g.e.**, s. 555; Martiny, **a.g.e.**, Rn. 461. ; Kneller,**a.g.e.**, s.963; Limbach, **a.g.e.**, s. 434; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 74; Fischer, **a.g.e.**, s. 159; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847; Huber, **a.g.e.(Art. 38)**, s. 2439; Junker, **a.g.e.**, s. 914; Hohloch,**a.g.e.**, s. 6976;Backmann, **a.g.e.**, s. 1001; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 208; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 344.

¹⁶⁸⁷ Behrens, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Kren Kostkiewicz,**a.g.e.**, s. 555; Martiny, **a.g.e.**, Rn. 461. ; Kneller,**a.g.e.**, s.963; Limbach, **a.g.e.**, s. 434; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 74; Fischer, **a.g.e.**, s. 159; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847; Huber, **a.g.e.(Art. 38)**, s. 2439; Junker, **a.g.e.**, s. 914; Hohloch,**a.g.e.**, s. 6976;Backmann, **a.g.e.**, s. 1001; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 208; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 344.

olarak ele aldık¹⁶⁸⁸. Dikkat edilirse bu hallerde, havale edenle havale ödeyicisi (banka havalelerinde banka) arasındaki karşılık ilişkisinde (*Deckungsverhältnis*) sakatlık söz konusudur. Bu hususun en temel örnekleri, müşterisinin talimatını geri almasına rağmen bankanın havale eden konumundaki müşterisinin rızası dışında yanlışlıkla havale alıcısına kazandırmada bulunması ya da havale talimatında yazan tutardan hatayla fazla ödemede bulunması halleridir.

Konunun önemine binaen, burada tekrar edecek olursak bizim de katıldığımız görüş uyarınca maddi hukuk bağlamında, havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı bu istemleri edim dışı sebepsiz zenginleşme istemi karakterlidirler¹⁶⁸⁹. Buna karşılık tekrar etmeliyiz ki: İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bu istemin (banka havalelerinde bankanın alıcıya karşı direkt istemi), bedel ilişkisindeki (*Valutaverhältnis*) hesap sahibi müşterinin gönderilene/havale alıcısına karşı olan sebepsiz zenginleşme alacağından (Edimden ötürü) türemekte olduğu “Kondiktion der Kondiktion” şeklinde ifade edilmektedir¹⁶⁹⁰. Bu her iki görüş açısından, yabancılık unsuru taşıyan havale ödeyicisinin (banka havalelerinde bankanın) havale alıcısına karşı isteminde MÖHUK m.39/1’de edimden ötürü zenginleşme- edim dışı zenginleşme ayırımına yer verildiği¹⁶⁹¹ hatalı olarak kabul edilirse şu sonuç ortaya çıkmaktadır:

- Eğer havale ödeyicisinin istemi edim dışı sebepsiz zenginleşme istemi olarak vasıflandırılırsa, MÖHUK m.39/2 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Nitekim maddi hukuk açısından da hakim görüş bu olduğundan MÖHUK m.39’da edimden ötürü – edim dışı zenginleşme ayırımına yer verildiği kabul edildiğinde bu sonuca varılacaktır ve bu husus bizce kabul edilemez¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.2.

¹⁶⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.2.2’te yer alan açıklamalarımız.

¹⁶⁹⁰ Hahn, **a.g.e.**,s.1372 ; Ayrıca Alman doktrininde de azınlıkta kalan görüş uyarınca bu çözümü ileri sürenler olmuştur. bkz. Joseph Esser, **Schuldrecht Besondereil**, Karlsruhe, 1971, s. 346vd.

¹⁶⁹¹ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.

¹⁶⁹² Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.’te yer alan açıklamalarımız.

- “*Kondiktion der kondiktion*” görüşü kabul edilirse ortada edimden ötürü bir zenginleşme söz konusu olacağından MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca çözüm bulunmaya çalışılacaktır. Eğer havale edenle havale alıcısı arasında varsayılan veya mevcut bir değer ilişkisi varsa, havale ödeyicisinin sebepsiz zenginleşme istemine onun öngöremeyeceği şekilde değer ilişkisine uygulanacak hukukun uygulanması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

Fakat yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere MÖHUK m.39/1’de fer’i bağlama noktasının uygulanması bakımından edimden ötürü – edim dışı sebepsiz zenginleşme ayrımına yer verilmemiştir. Tekrar ifade etmeliyiz ki, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan hukuki ilişkinin olup olmadığı MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulanması için önem arz etmektedir¹⁶⁹³. Doktrinde belirtildiği üzere, havale alıcısının havaleyi kabulü anında havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında hukuki ilişki kurulmaktadır¹⁶⁹⁴. İşte bu durumun, MÖHUK m.39/1 c.1 kapsamında havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında zenginleşmeye sebep olan mevcut veya – taraflarca - varsayılan¹⁶⁹⁵ bir hukuki ilişki olarak nitelendirilip nitelendirilmediği önem arz etmektedir.

İsviçre doktrininde *Kren Kostkiewicz* havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında hukuki ilişkinin havale alıcısının kabulü ile o anda doğduğunu; havale ödeyicisinin ediminin hem havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisinde (*Deckungsverhältnis*) hem de havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasındaki havale ilişkisinde (*Anweisungsverhältnis*)¹⁶⁹⁶ karakteristik edim olduğunu; böylece havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde havale ödeyicisinin mutad meskeni hukukunun yetkili olduğu belirtilmiştir¹⁶⁹⁷. Ayrıca bu

¹⁶⁹³ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.’te yer alan açıklamalarımız.

¹⁶⁹⁴ Bkz. *Kren Kostkiewicz*, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁶⁹⁵ Kanunda yer alan “iddia edilen” ibaresini yanlış bulduğumuzu ifade etmiştik. (Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5.)

¹⁶⁹⁶ Yazar bu ilişkiyi edim ilişkisi (*Leistungsverhältnis*) olarak adlandırmaktadır.

¹⁶⁹⁷ *Kren Kostkiewicz*, **a.g.e.**, s. 556.

durumlarda *Kren Kostkiewicz*, havale alıcısının zenginleşip zenginleşmediğinin önemele olarak havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuka göre karar verileceğini ayrıca belirtmektedir¹⁶⁹⁸.

İsviçre doktrinde *Kneller* ise, bu istemlerde havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukukun yetkili olması gerektiğini; bunun sebebinin de havale ödeyicisinin edimini havalenin yükümlülüğü kabul ederek yerine getirmesi ve bu hukukunda havale alıcısı tarafından öngörülebilir olmasına dayandırmaktadır¹⁶⁹⁹. *Grawehr* de bu görüşü kabul etmektedir¹⁷⁰⁰.

İsviçre federal mahkemesi bu istemlerde havale ödeyicisinin karakteristik edimde bulunduğundan, havale edenin bankaya vermiş olduğu havale talimatını geri almasına rağmen bankanın havale işlemini gerçekleştirmesi durumunda, bankanın havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bankanın işyeri hukukunun yetkili (IPRG Art. 117 uyarınca) olduğunu belirtmiştir¹⁷⁰¹.

Alman doktrinde de EGBGB Art. 38 açısından konuyu ele alanlar tarafından konu İsviçre doktrine nazaran daha tartışmalı hal almıştır. Alman doktrinde, varsayılan bir hukuki ilişki kabul edilemeyeceğinden fer'i bağlama noktasının uygulanmayacağı birçok yazar tarafından kabul edilmiştir. Hatta bilhassa *Eilinghoff*'un ve *v. Bar*'ın eserlerinde ayrıca örnek olarak ele aldığı üzere Alman Federal Mahkemesi de bir kararında bu hususu ele almıştır¹⁷⁰². Söz konusu kararda bir İtalyan firmasının 1499,60 Mark olan havale talimatını İtalyan Bankası hata ile 10 kat fazla tutarda (14.996, 00- Mark) havale alıcısının Almanya'daki banka hesabına

¹⁶⁹⁸ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁶⁹⁹ Kneller, **a.g.e.**, s. 963.

¹⁷⁰⁰ Grawehr, **a.g.e.**, s.170.

¹⁷⁰¹ **BGE 121 III 109**; <http://relevancy.bger.ch/> (çevirimiçi) 23 Mart 2021. (metin Fransızcadır.)

¹⁷⁰² Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 208 vd.; *v. Bar*, **a.g.e.**, s. 535-536.

gerçekleştirmiştir. Havale edenle arasındaki değer ilişkisinden zaten o kadar alacağı olduğu iddiasıyla havale alıcısı iadeyi reddetmiş; bunun üzerine İtalyan Bankası Alman mahkemelerinde havale alıcısına karşı dava ikame etmiştir. Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararda fer'i bağlama noktasının uygulanmasına yer olmadığına karar vermiş ve Alman hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir¹⁷⁰³. Bu karar üzerinden konuyu ele alan v. *Bar* bu görüşün doğru olduğunu ve taraflar arasında bir hukuki ilişkiden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁰⁴. Görüleceği üzere Alman doktrininde birçok görüş bu yönde ele alınmaktaydı^{1705 1706}. Hatta *Lorenz* bu durumu tıpkı edimin hedefinin saptığı hallere (*abgeirrte Leistung*) benzetmiştir¹⁷⁰⁷.

Alman doktrininde bir diğer görüşte, İsviçre'de hakim olarak kabul edilen görüş ile paralel olarak, *Schlechtriem* havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisinin (*Deckungsverhältnis*) hakim olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşün temelinde havaleyi kabul eden havale alıcısının edimin kendisine karşı olan bir yükümlülükten gelmediğini bilebilecek durumda olmasına dayandırılmış; havaleyi kabul eden havale alıcısının, havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisine uygulanacak hukuka göre iade yükümlülüğünün doğup doğmayacağını öngörebilecek durumda olmasına dayanmaktadır¹⁷⁰⁸.

Eilinghoff, tarafından tarafların korunacak menfaatleri ve hangi tarafın kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında korunmaya değer olması bakımının çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır¹⁷⁰⁹. *Eilinghoff* ve *Busse*, ilk olarak havale alıcısının konumunu ele alarak, onun üzerinde etkisinin olabildiği havale eden ile havale alıcısı

¹⁷⁰³ BGH NJW 1987,185 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 24 Mart 2021.

¹⁷⁰⁴ v. *Bar*, a.g.e., s. 535-536.

¹⁷⁰⁵ *Lorenz*, a.g.e., s. 222; *Fischer*, a.g.e., s. 7; v. *Bar*, a.g.e., s. 535-536.; *Einsele*, a.g.e., s. 1027 ; *Spickhoff*, a.g.e., s. 2993; *Huber*, a.g.e. (Art. 38 –EGBGB), s. 2439; *Fehrenbacher*, a.g.e., s. 3255.

¹⁷⁰⁶ Nitekim, İsviçre'li yazarlar da bu görüşün kabul halinde IPRG Art. 128/2nin uygulanması gerekeceğini belirtmekte idiler. Bkz. *Kneller*, a.g.e., s. 963.

¹⁷⁰⁷ *Lorenz*, a.g.e., s. 222; Ayrıca *abgeirrte Leistung* için bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.2.

¹⁷⁰⁸ *Schlechtriem*, a.g.e., s. 74-75.

¹⁷⁰⁹ *Eilinghoff*, a.g.e., s. 213.

arasındaki değer ilişkisinin (*Valutaverhältnis*) tabi olduğu hukukla muhatap olmasının onun lehine olduğunu; nitekim üçüncü bir kişinin etkisi dışında havale (havale ödeyicisinin hatasıyla) ve kendisine değer ilişkisi uyarınca taraf olarak seçtiği havale edenin üçüncü kişi vasıtasıyla edimde bulunmasının, kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında diğer kişilerin pozisyonlarını etkilemeyeceğini ifade etmektedirler¹⁷¹⁰. Bununla birlikte havale ödeyicisinin değer ilişkisinin (*Valutaverhältnis*) tarafı olmamasının onun korunmaya değer olup olmadığının ele alınarak, havale ödeyicisinin konumu itibarıyla kendisine yabancı bir ilişkiye dâhil olmasıyla o ilişkiye uygulanacak hukuka dayalı istemlere muhatap olabileceğini öngörebileceğine dayanılmış; bu bakımdan havale ödeyicisinin korunmaya değer olmadığı ve bu bakımdan zenginleşme yerinin uygulanmasına gerek olmadığı vurgulanmıştır¹⁷¹¹. Bu görüşte somut olayda havale alıcısı ancak kusuru sebebiyle hatalı havaleden sorumlu ise, havale ödeyicisinin ona karşı sebepsiz zenginleşme isteminin havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olabileceği belirtilmektedir¹⁷¹².

Roma II Tüzüğü m.10 açısından konuyu ele alan kaynaklarda ise yukarıda ele aldığımız Alman doktrininde ağırlıklı olarak ele alınan fer'i bağlama noktasının uygulanamayacağı görüşünün birçok yazar tarafından kabul edildiğini gözlemlemekteyiz. Bu görüşü savunanlardan *Behrens*, ne havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*); havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) tarafların menfaatleri dikkate alındığında ayrıcalıkta bulunulabileceğini Roma II m. 10/3'ün bağlama noktası olarak zenginleşme yeri hukukunun uygulanması gerektiğini ve m.10/4 uyarınca daha sıkı bir ilişkiden bahsedilemeyeceği sonucuna varmaktadır¹⁷¹³. *Huber/Bach* tarafından ise, Roma II tüzüğünde yer alan “taraflar arasındaki” ibareden kaynaklı olarak, tüm taraflar ancak üç köşeli ilişkiye dâhil oluyorsa

¹⁷¹⁰ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 213; Busse, **a.g.e.**, s. 182; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 341.

¹⁷¹¹ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 213; Busse, **a.g.e.**, s. 182; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 341.

¹⁷¹² Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 214.

¹⁷¹³ Behrens, **a.g.e.**, s. 197, 198.

m.10/1'in uygulanabileceğini, bu yoksa m.10/2'nin ise tüm tarafların ortak mutad meskeni hukuku mevcut ise uygulanabileceğini ifade edilmektedir¹⁷¹⁴. *Schinkels* de benzer şekilde görüşüne yer vermiştir¹⁷¹⁵. Alman doktrininde, yukarıda ifade ettiğimiz havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında hukuki ilişkiden bahsedilemeyeceğinden ötürü zenginleşme yeri hukukunun (Roma II m. 10/3'ün) uygulanması gerektiği görüşünün etkisi ile birçok yazar da bu görüşleri takip etmiştir¹⁷¹⁶.

2.2.2.1.4 Görüşümüz

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere üç temel görüş karşımıza çıkmaktadır: a) havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt istemin MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olması, b) direkt istemin havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişki olan değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olması, c) direkt istemin havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki olan karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olması görüşleridir. Bizim görüşümüze göre ise, havale ilişkisinde somut olaya göre çözümde bulunması gerekmektedir. Havale alıcısı, kendi tarafı olmadığı havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisini (*Deckungsverhältnis*) önceden öngörebilecek durumda olacaktır. Banka havalelerinde bu husus açıkça ortadadır. Örneğin yabancılık unsuru içeren bir satış sözleşmesinde, havale alıcısı konumundaki satıcıya bu ilişki kapsamında banka kanalıyla kendine havale yoluyla ödemedede bulunulacağı kararlaştırılmışsa; havale alıcısı, bankadan gerçekleşecek “hatalı havale” sonucunda, iade isteminde havale eden ile havale alıcısı arasındaki karşılık ilişkisine uygulanacak hukuktan doğabilecek olacağını öngörebilecek -varsayabilecek- pozisyonundadır. Buna karşılık

¹⁷¹⁴ Huber/Bach, **a.g.e.**, s.299 vd.

¹⁷¹⁵ Schinkels, **a.g.e.**, s. 508.

¹⁷¹⁶ Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2620; Thorn, **a.g.e.**, s. 2847; Limbach, **a.g.e.**, s. 434; Junker, **a.g.e.**, s. 914; Backmann, **a.g.e.**, s. 1001; Fehrenbacher, **a.g.e.**, s. 3379.

ise havale ödeyicisi (banka), havale edenle havale alıcısı arasındaki değer ilişkisine uygulanacak hukuku çoğu kez bilebilecek pozisyonda değildir. Bu bakımdan, havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt sebepsiz zenginleşme isteminde karşılık ilişkisinin (*Deckungsverhältnis*) hakim olması gerekecektir. Zira sebepsiz zenginleşmeye sebep olan hukuki ilişki bu hallerde havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) olacaktır ve banka havalelerindeki bu istemlerde yetkili hukuk havale edenle banka arasındaki ciro sözleşmesine uygulanacak hukuk olacaktır. Tekrar hatırlatmamız gerekir ki: MÖHUK m. 39/1 c.1’de “ taraflar arasındaki hukuki ilişki” ibaresine yer verilmeyip, salt olarak “zenginleşmeye sebep olan ... hukukî ilişkiye uygulanan hukuk” ibaresine yer verilmiş olması bu görüşümüzü de desteklemektedir¹⁷¹⁷.

Buna karşılık somut olayda eğer havale ödeyicisi (banka havalelerinde banka) spesifik olarak havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisine uygulanacak hukuku bilebilecek durumdayken (örneğin havale ödeyicisi, havale eden ile havale alıcısı arasındaki satış sözleşmesinin içeriğini bilerek havale alıcısına kazandırmada bulunuyorsa ve somut olayda bu husus tespit edilebiliyorsa) havale alıcısına kazandırmada bulunmuşsa, bu durumda “zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan hukuki ilişki” havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*) olacaktır. Zira bu hallerde sebepsiz zenginleşme isteminde bulunan havale ödeyicisinin havale alıcısına değer ilişkisini göz önünde bulundurarak kazandırmada bulunması, havalenin “hatalı olması” durumunda değer ilişkisine uygulanacak hukuk uyarınca talepte bulunabileceğini öngörebileceğini gösterecektir. Bununla birlikte havale alıcısının da zaten karşı edimi beklediği ilişki de değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*) olacağı için; bu durum havale alıcısını etkilemeyecek ve hatta korunan taraf bu hallerde havale alıcısı olacaktır.

Ayrıca, yukarıda ele aldığımız *Kren Kostkiewicz*’in havale alıcısının zenginleşip zenginleşmediğinin ise önmelele olarak havale eden ile havale alıcısı

¹⁷¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.6.’da yer alan açıklamalarımız.

arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) göre karar verileceği görüşüne¹⁷¹⁸ de katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere zenginleşmenin varlığı zenginleşmenin bir hukuki ilişki olmayıp, bizzat bir saf bir olgu olmasından dolayı bu bir “önmele” olmayıp *lex fori*’ye göre belirlenecek kanunlar ihtilafı normunun şartıdır^{1719 1720}.

Ayrıca ifade etmeliyiz ki, havale ödeyicisinin havale eden ile havale alıcısı arasında değer ilişkisinin olmadığı hallerde, bilgilerin karıştırılarak havale alıcısı yerine üçüncü kişiye yapılan kazandırmalar, edimin hedefinin saptığı haller (*abgeirrte Leistung*) kapsamına girecektir¹⁷²¹. Bu hallerde MÖHUK m.39/1 c.2 uygulama alanı bulacak ve mevcut düzenleme uyarınca havale ödeyicisinin üçüncü kişiye karşı isteminde zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır¹⁷²².

Ayrıca belirtmeliyiz ki, havale ilişkilerinde taraflar hukuki seçiminde bulunmakta serbesttirler. Uygulamada gerçekleşmesi zor olsa da havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı isteminde dâhil, taraflar öncesinden hukuk seçiminde bulunabileceklerdir¹⁷²³. Zira MÖHUK m.39/2’nin uygulama alanının sınırlı olduğunu ve MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca fer’i bağlama noktasının uygulanacağı hallerde hukuk seçiminin zenginleşme gerçekleştikten sonra ve açıkça yapılması şartıyla kabul eden MÖHUK m.39/2 hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştik¹⁷²⁴. Bu bakımdan, bizim görüşümüz uyarınca yabancılik unsuru taşıyan havale ilişkisinden

¹⁷¹⁸ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁷¹⁹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 305-306; ayrıca bkz. Busse, **a.g.e.**, s. 100-101; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 147-148.

¹⁷²⁰ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No 3.2.

¹⁷²¹ Ayrıca *abgeirrte Leistung* için bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.2.

¹⁷²² bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.2. altındaki açıklamalarımız.

¹⁷²³ Roma II Tüzüğü açısından bu istemlerin m.10/1 kapsamına girmediğini savunanlara göre hukuk seçiminin m.14/1 –b kısıtlamasına tabi olacağını belirtmektedirler. Zira bu görüşte havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında hukuki ilişkinin m.10/1 kapsamında varlığı kabul edilmemektedir. (bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 173.)

¹⁷²⁴ bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 5.2. altındaki açıklamalarımız.

doğan tüm istemler, havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt istemi dâhil olmak üzere MÖHUK m.39/1 c.1 kapsamında olacağından, MÖHUK m. 39/2'nin hukuk seçimine ilişkin sınırlaması uygulama alanı bulamayacaktır.

2.2.2.2 Akreditife İlişkin Açıklamalar

Doktrinde havalenin bir özel türü olarak akreditif açısından, kanunlar ihtilafi hukuku alanında sebepsiz zenginleşme istemleri ayrı olarak birçok yazar tarafından ele alınmıştır.

Akreditif ilişkisinde temel ilişkinin alacaklısı ile borçlusu arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun yetkili olması tartışma dışıdır. Böylece örneğin, yabancılık unsuru taşıyan ve akreditifle ödeme yapılacağı kararlaştırılmış geçersiz bir satış sözleşmesinde alıcının satıcıya karşı sebepsiz zenginleşme istemi, MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca satış sözleşmesine uygulanacak hukuka göre karara bağlanacaktır.

Aynı doğrultuda temel ilişkinin para borcunun borçlusunun (satış sözleşmelerinde alıcı) talimatı ile amir banka arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinin de taraflar arasındaki sözleşme statüsüne tabi olacağı da tartışma dışıdır¹⁷²⁵. Görüleceği üzere bu ilişki, havalede havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisidir (*Deckungsverhältnis*) .

Akreditifin niteliği gereği, alacaklının/akreditif lehdarının (örneğin akreditifin temel ilişkisi satış sözleşmesi ise satıcı) ülkesindeki akreditif sözleşmesinin şartlarına

¹⁷²⁵ Bkz. Kneller, **a.g.e.**, s. 963; Grawehr, **a.g.e.**, s 172; Kren/Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 556. (yazar havale ve akreditif arasında ayırım yapmaksızın konuyu ele almaktadır.) ; Behrens, **a.g.e.**, s. 288 vd.; Huber, **a.g.e. (Art. 38 EGBGB)**, s. 2440; Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 217.

göre *ihbar bankası* veya *teyit bankasının* araya girmesiyle de meydana gelebilmektedir. Konumuzun dışına çıkmamak adına kısaca ifade etmemizde yarar var: *Teyit bankası*, satıcıya karşı ayrı bir yükümlülük yüklendiğinden satıcı ile teyit bankası arasında akreditif lehdarı için ikinci bir güvence olan ayrı bir borç ilişkisi doğmuş olmaktadır¹⁷²⁶. Buna karşılık *ihbar bankası* akreditif belgelerini inceleme, kabul etme veya akreditif bedelini ödeme gibi bir yükümlülüğü olmaksızın salt olarak akreditifin açıldığını ve koşullarını lehtara bildirmektedir¹⁷²⁷. Bu bakımdan akreditif ilişkisinde *teyit bankasının* olup olmamasına göre sebepsiz zenginleşme istemlerinin ayrıca ele alınması daha tutarlı olacaktır.

Üst paragraftaki açıklamalar ışığında yabancılık unsuru taşıyan bir akreditif ilişkisine teyit bankası ya da ihbar bankasının girmediği hallerde *amir bankanın* lehbara karşı sebepsiz zenginleşme isteminin hangi hukuka tabi olduğunu ele alabiliriz. Amir bankanın lehbara karşı istemi, ya ortada teyit bankası olmaksızın akreditif ilişkisi uyarınca lehbara kazandırmada bulundurulmuş olması ya da amir bankanın kusuruyla teyit bankasının lehbara hukuki sebep olmaksızın kazandırmada bulunmasına sebep olmasından ve amir bankanın böylece teyit bankasına sorumlu olmasından dolayı sebepsiz zenginleşen lehbara karşı direkt istemde bulunması şeklinde gerçekleşebilir. Bu hallerde akreditif ilişkisinde lehdarın kabulü ile amir banka tarafından kazandırmada bulunulduğundan, amir bankanın da amir ile lehdar arasındaki temel ilişkiden bağımsız olarak akreditif şartlarını göz önünde bulundurarak ve borç altına girerek ödeme yaptığından dolayı akreditif statüsü¹⁷²⁸ sebepsiz zenginleşme isteminde hakim olacaktır ve doktrinde bu husus üzerinde

¹⁷²⁶ Bkz. Sezer Çabri, “Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç Veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkisine Etkisi” “Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (C.2 , Sayı 3.), İstanbul 2016, s.622

¹⁷²⁷ a.e., s.622

¹⁷²⁸ Akreditif statüsüne ilişkin olarak taraflar arasında ayrıca bir hukuk seçimi yoksa, karakteristik edimde bulunan taraf kendini tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kendini borç altına sokan (bkz. Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul 2009, s. 613 ve Çabri, **a.g.e.**, s. 623.) amir banka olacaktır. (Ayrıca tartışmalar için bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.617, dipnot 945)

görüş birliği vardır¹⁷²⁹. Her ne kadar tarafların pozisyonları havale ilişkisine benzese de, burada dikkat edilecek olunursa amir bankanın lehdara karşı kazandırmasında, lehdar (alacaklı) ile amir (borçlu) arasındaki temel ilişkiden bağımsız olarak, kendini borç yükümlülüğü altına girerek ve temel ilişkiden (değer ilişkisinden) bağımsız olarak ödemede bulunması durumu söz konusudur. Bu bakımdan yukarıda havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt sebepsiz zenginleşme istemlerinde, havale edenle havale alıcısının arasındaki ilişki olan değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukukun yetkili olacağını kabul eden yazarlar bile¹⁷³⁰, amir bankanın pozisyonundan ve akreditifin lehdarının da kendisine yapılan kazandırmanın akreditife bağlı olduğunu bildiğinden (böylece akreditif statüsüne bağlı olarak kendisine karşı iade isteminde bulunabileceğini öngördüğünden), akreditiflerde söz konusu sebepsiz zenginleşmeye dayalı direkt istemlerde *akreditif statüsünün* yetkili olacağını kabul etmektedirler¹⁷³¹. Öte yandan yukarıda havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt istemine ilişkin olarak görüşümüz çerçevesinde kural olarak havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukukun uygulanmasının yanı sıra, havale ödeyicisinin havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisinin (*Valutaverhältnis*) içeriğini bilerek kazandırmada bulunması durumunda değer ilişkisine uygulanacak hukukunun hakim olabileceken; bu durum akreditif ilişkisinde mümkün olmayacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere teyit bankası ise ayrı bir borç ilişkisi ekseninde satıcıya karşı bağımsız bir yükümlülük yüklendiğinden, doktrinde haklı olarak teyit bankasının akreditif lehdarına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde onların arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷³²
1733.

¹⁷²⁹ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 291 vd. ; Eilinghoff, **a.g.e.**, s.217; Buse, **a.g.e.**, s. 207;Plassmeier, **a.g.e.**, s.348.

¹⁷³⁰ Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 213; Busse, **a.g.e.**, s. 182; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 341.

¹⁷³¹ Eilinghoff, **a.g.e.**, s.217; Buse, **a.g.e.**, s. 207; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 348.

¹⁷³² Behrens, **a.g.e.**, s. 298; Busse, **a.g.e.**, s.208; Reithmann/Martiny , **a.g.e.**, n.1316; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 218; Kneller, **a.g.e.**, s.963: *Kneller*, ele aldığı eserinde diğer görüşlere yer vermiş olmakla

2.2.2.3 Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmelerdeki Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk

Taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki hukuki ilişki karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Taahhüt ettiren ile üçüncü kişi (lehdar) arasındaki ilişki ise değer ilişkisidir (*Valutaverhältnis*)¹⁷³⁴. Bu ilişkiler çerçevesindeki sebepsiz zenginleşme istemleri de doğal olarak bu ilişkilere uygulanacak hukuk uygulanacaktır¹⁷³⁵. Örneğin MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası uygulanarak geçersiz bir tam üçüncü kişi yararına sözleşmede *taahhüt eden* ile *taahhüt ettiren* arasındaki sebepsiz zenginleşme isteminde bu sözleşmeye uygulanacak hukuk yetkili olacaktır.

Yabancılik unsuru taşıyan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçersiz olduğu veya geçerli olduğu durumlarda üçüncü kişiye sözleşmedeki yükümlülükten fazla kazandırmada bulunduğu hallerde, edimde bulunan taahhüt edenin üçüncü kişiye karşı direkt sebepsiz zenginleşme istemi maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere söz konusu olabilecektir¹⁷³⁶. Bu istemlere

birlikte, havale ile alakalı olan Alman federal mahkemesi'nin örnek kararına dayanmıştır. Yalnız söz konusu havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt sebepsiz zenginleşme istemi karar belirttiğimiz **BGH NJW 1987,185** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 24 Mart 2021.

¹⁷³³ Konumuz dışına çıkmamak adına kısaca açıklamamızda yarar var: Doktrinde bu ilişkide objektif bağlama noktasının ise karakteristik edim borçlusunun teyit bankası olmasından dolayı bankanın bulunduğu yer hukukunun (iş yeri hukukunun) uygulanacağı belirtilmektedir bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 298 (dipnot 63'teki kaynaklar). *Kneller*, ele aldığı eserinde diğer görüşlere yer vermiş olmakla birlikte, havale ile alakalı olan havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt isteminde *lex causae conditionis*'in uygulanmayacağını kabul eden Alman federal mahkemesi'nin örnek kararına dayanmıştır. (Kneller, **a.g.e.**, s. 963; karar için bkz. **BGH NJW 1987,185** beck-online.beck.de (çevirimiçi) 24 Mart 2021.) Halbuki söz konusu karar havaleye ilişkindir. Diğer görüş ise, havalede havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı direkt isteminde olduğu gibi değer ilişkisinin (*Valutaverhältnis*) uygulanacağını belirtmektedir. (Bkz. Kneller, **a.g.e.**, s. 963)

¹⁷³⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.3. altındaki açıklamalarımız.

¹⁷³⁵ Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621.

¹⁷³⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.3.1 altındaki açıklamalarımız.

ilişkin olarak doktrinde birçok yazar tarafından hakim görüş olarak, bu istemlerde taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki hukuki ilişkiye -karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukukun yetkili olacağı kabul edilmektedir¹⁷³⁷. Bir başka ifade ile bu istemlerde - karşılık ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) olarak- tam üçüncü kişi yararına sözleşme statüsü yetkili olacaktır. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca taahhüt eden, üçüncü kişi ile taahhüt ettiren arasındaki değer ilişkisini bilebilecek pozisyonda değilken; buna karşılık üçüncü kişi, taahhüt ettiren ile taahhüt eden arasında tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi öngörebilecek pozisyonudur. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği gereği üçüncü kişi, kendi tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiden alacaklı duruma gelmekte ve kendisine bu ilişki bağlamında kazandırmada bulunulmasını kabul edip etmemekte serbest olmaktadır¹⁷³⁸. Burada Roma II Tüzüğü açısından çoğunlukla bu sonuca yazarlar Roma II Tüzüğü m.10/1 uyarınca fer'i bağlama noktasını uygulanmasıyla varırken, kimi yazarlar ise Roma II Tüzüğü m.10/1'de " taraflar arasındaki hukuki ilişki" ibaresine yer verildiğinden karşılık ilişkisinin taahhüt eden ile üçüncü kişi arasında olmadığından ancak istisnai kaçış hükmü olan Roma II Tüzüğü m.10/4'ün uygulanmasıyla varılabileceğini ileri sürmektedirler¹⁷³⁹.

MÖHUK m.39/1 c.1 açısından ise taraflar arasındaki ilişki gibi bir ibareye yer verilmediğinden dolayı¹⁷⁴⁰, bu istemlerde "sebepsiz zenginleşmeye sebep olan hukuki ilişki" taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki hukuki ilişkiye – yani karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*)- uygulanacak hukuk kabul edilecektir. Bu

¹⁷³⁷ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 555; Grawehr, **a.g.e.**,s. 168 vd.; Kneller, **a.g.e.**,s. 962; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 74; Fölscher, **a.g.e.**, s. 159; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 341; Busse,**a.g.e.**, s.205;Thorn, **a.g.e.**, s.2847; Lorenz, **a.g.e.**, s. 218-219 ; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621; Schlechtriem , **a.g.e.**, s. 74; Einsele, **a.g.e.**, s. 1027; Behrens, **a.g.e.**, s.215 vd.; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁷³⁸ Behrens, **a.g.e.**, s. 218; Busse,**a.g.e.**,s. 205;; Grawehr, **a.g.e.**,s. 168 vd.; Kneller, **a.g.e.**,s. 962; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 74; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 341; Busse,**a.g.e.**, s.205;Thorn, **a.g.e.**, s.2847; Lorenz, **a.g.e.**, s. 218-219 ; Spickhoff, **a.g.e.**, s. 2621; Schlechtriem , **a.g.e.**, s. 74; Einsele, **a.g.e.**, s. 1027; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁷³⁹ Örneğin Junker bu görüştedir. Bkz. Junker, **a.g.e.**, s. 914.

¹⁷⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.6. altındaki açıklamalarımız.

bakımdan tam üçüncü kişi yararına sözleşme statüsünün yetkili olacağı bizim görüşümüze göre ortadadır. Buna karşılık dar bir yorumla hukuki ilişkinin “ taraflar arasındaki hukuki” ilişki olarak anlaşılması gerektiği savunulduğunda, MÖHUK m.39’da istisnai bir kaçış hükmü olmadığından taraf menfaatlerini gözetmeyen m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması şeklinde adaletsiz bir çözüm ortaya çıkacağını belirtmeliyiz ve bu çözüm kesinlikle kabul edilemez.

2.2.2.4 Alacağın Temlikinde Zenginleşme İstemlerine Uygulanacak Hukuk

2.2.2.4.1 Borçlunun Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan alacağın temlik hallerinde, borçlunun temlik alana karşı olan sebepsiz zenginleşme istemlerinde, temlik eden önceki alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olacağı hakkında doktrinde fikir birliği vardır¹⁷⁴¹. Örneğin, “borçlunun temlik alana karşı fazladan ödeme bulunması” ya da “geçersiz bir sözleşmeden doğduğu varsayılan bir borcun temlik alana ödemedede bulunması durumlarında” görünüşte borçlu olan şahıs, temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunabilecektir. Bu hallerde tarafların menfaatlerinin ve beklentileri temlik eden alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişki üzerinde kesişmektedir. Borçlu temlik alana kazandırma bulunurken alacaklı ile

¹⁷⁴¹ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 554; Busse,**a.g.e.**, s.206; Kneller, **a.g.e.**, s. 962; Doss/Schnyder,**a.g.e.**, s. 3439; Lorenz, **a.g.e.**, s. 220-221; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 351; Vischer, **a.g.e.**, s. 238;Behrens, **a.g.e.**, s. 239; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 76; Grawehr, **a.g.e.**, s. 166; Junker, **a.g.e.**, s. 913 vd.; Schinkels,**a.g.e.**, s.507 vd.; Huber, **a.g.e.**,(**Art. 38 EGBGB**), s. 2441: Ayrıca belirtmeliyiz ki; maddi hukuka ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz üzere borçlunun temlik alana karşı isteminin maddi hukuk alanında niteliği tartışmalıdır. Alman kanunlar ihtilafı hukukunda açıkça buna rağmen, maddi hukukta edim dışı zenginleşme olarak nitelendirilmesine rağmen, EGBGB Art. 38/1 uyarınca fer’i bağlama noktasının uygulanması konusunda birlik olduğu da düşünüldüğünde, yukarıda ifade ettiğimiz üzere maddi hukuk açısından edimden ötürü- edimdışı zenginleşme ayrımına kanunlar ihtilafı hukuku alanında, böylece MÖHUK m.39’da yer verilmediğini belirtmeliyiz.

girdiği hukuki ilişkiyi göz önünde bulundururken; buna karşılık temlik alan ise borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden doğan alacağı temlik alarak aynı doğrultuda o hukuki ilişkiyi göz önünde bulundurarak görünüşte borçluya karşı istemde bulunmaktadır. Bu bakımdan tarafların kanunlar ihtilafı hukuku bağlamındaki ortak öngörüler ve varsayımları alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişki üzerinde kesiştiğinden, bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun uygulanması kaçınılmaz olacaktır.

Aynı doğrultudaki görüş uyarınca; temlik alan ile alacaklı arasındaki alacağın temliki sözleşmenin geçersiz olması durumunda, borçlunun temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme isteminde aynı şekilde temlik eden alacaklı ile borçlu arasındaki (“asıl borç ilişkisi”ne) hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olacağı haklı olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴². Yukarıda belirttiğimiz üzere tarafların önceden öngörebildikleri ve menfaatlerinin kesiştiği hukuki ilişki borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuktur¹⁷⁴³.

Temlike konu alacağın olmadığı hallerde; görünüşte borçlunun, görünüşte alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme istemi de işin doğası gereği borçlu ile alacaklı arasındaki (“asıl borç ilişkisi”ne) hukuki ilişkiye (MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca) tabi olacaktır. Zira görünüşte borçlunun yabancı olduğu ve önceden öngöremeyeceği hukuki ilişki olan görünüşte alacaklı ile temlik alan arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olması kabul edilemez¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴² Busse, **a.g.e.**, s. 206; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 226; Kneller, **a.g.e.**, s.961-962; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 554; Vischer, **a.g.e.**, s. 238.

¹⁷⁴³ Huber, **a.g.e.**, (Art. 38 EGBGB), s. 2441.

¹⁷⁴⁴ Schlechtriem, **a.g.e.**, s.76; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 225 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 351vd. ; Behrens, **a.g.e.**, s. 236-237; Grawehr, **a.g.e.**, s.166; Lorenz, **a.g.e.**, s.221; Kneller, **a.g.e.**, s. 962.

2.2.2.4.2 Temlik Alan ile Temlik Eden Arasındaki Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk

Temlik alanın temlik edene karşı sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanacak hukukta fer'i bağlama noktası vasıtasıyla alacağın temlikine uygulanacak hukukun mu¹⁷⁴⁵ yoksa temlik edinilmesi söz konusu alacağın alacaklısı ile borçlusu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun mu yetkili olacağı tartışıla gelmiştir. Bilhassa Roma I ve Roma II Tüzükleri'nin yürürlüğe girmesinden evvel bu husus EGBGB Art. 38 kapsamında tartışılmıştır. Alacağın temlikinin geçersiz olması ve borçlunun görünüşte temlik alana ifade bulunması durumunda, görünüşte temlik edenin görünüşte temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelecektir. Bu hallere ilişkin olarak *Huber*¹⁷⁴⁶, *Busse*¹⁷⁴⁷ ve *Eilinghoff*¹⁷⁴⁸ tarafından daha sıkı irtibatlı hukuk olarak borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun yetkili olacağı bu yazarların eserlerinde ifade edilmiştir¹⁷⁴⁹. Diğer görüş ise

¹⁷⁴⁵ Alacağın Temlikinde uygulanacak hukuk ayrı bir araştırma konusu olduğundan burada detaya girmemeyi tercih etmekle birlikte, bizim katıldığımız görüş alacağın temlikinde uygulanacak hukuk taraflar arasında bir hukuk seçimi yoksa en sıkı irtibatlı hukukun alacağın temlikinin temelinde yatan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk olacağı yönündedir. (konu hakkında bkz. Talat Kaya, “**Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk**”, Public and Private International Law Bulletin 39 / 2 , İstanbul, 2019, s. 460 vd.) Roma I Tüzüğü açısından bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 231 vd.

¹⁷⁴⁶ Huber, **a.g.e.**, (Art. 38 EGBGB), s. 2442

¹⁷⁴⁷ Busse, **a.g.e.**, s. 206: Yazar konuyu EGBGB Art. 38 yürürlüğe girdiğinden evvel ele aldığından hangi norma göre daha sıkı ilişkinin ele alınması gerektiği konusunda ayrıntıya yer vermemiştir.

¹⁷⁴⁸ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 227vd.

¹⁷⁴⁹ Burada Eilinghoff ile Huber arasında metod farkı vardır. *Eilinghoff* bu hallerde EGBGB Art. 38/1'in “edim” şartına indirgendiğinden ve taraflar arasında edimden söz edilemeyeceğinden dolayı ancak istisnai kaçış hükmü olan EGBGB Art. 41 hükmünün 2. Fıkrasının 1. Bendine (esaslı olarak daha sıkı ilişkinin örnek olarak borç ilişkisi ile hukuki bir ilişkinin taraflar arasında olması) dayanırken, *Huber* taraflar arasında hukuki ilişki olmadığından dolayı EGBGB Art.41 hükmünün genel düzenlemesi olan birinci fıkrası uyarınca aynı sonuca varmaktadır. (Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 227vd.; Huber, **a.g.e.**, (Art. 38 EGBGB), s. 2442)

alacağın temlikine uygulanacak hukukun hakim olması gerektiğidir¹⁷⁵⁰. Roma II Tüzüğü açısından da doktrinde kabul edilen görüş ikinci görüştür¹⁷⁵¹. Bizim katıldığımız görüş de ikinci görüştür. Zira görünüşte temlik alan öncelikle temlik eden ile arasındaki temel ilişkiyi ön planda tutarak alacağı temlik almayı arzulamakta olup, onun açısından temlikin temel ilişkisi ön plandadır. Buna karşılık, temlik eden de alacağın temlikinin temelinde yatan hukuki ilişki kapsamında üçüncü bir şahıstan olan alacağın temlik etmeyi arzulamaktadır. Ayrıca temlik alan, üçüncü kişi konumundaki borçlu ile görünüşteki temlik eden arasındaki ilişkiye daha uzaktır. Bu hususlardan dolayı görünüşte temlik alan ile temlik eden arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde MÖHUK m.39/1 c.1’de yer alan fer’i bağlama noktası yardımıyla– *alacağın temlikine temel teşkil eden hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun-* (Zessionsgrundstatut) yetkili olması gerekmektedir.

2.2.2.4.3 Birden Fazla Temlik Hallerine İlişkin Açıklamalar

Alacağın alacaklı tarafından birden fazla temlik edildiği hallerde geçerli bir şekilde temlik alanın, borçlunun asıl temlik alan kişi yerine yetkisiz kişiye (ikinci temlik alana) ifada bulunarak borçtan kurtulması söz konusu olabilir. Bu olasılıklarda asıl temlik alan ile onun alacak hakkına müdahalede bulunan kişi konumunda olan “görünüşte” temlik alan arasında sebepsiz zenginleşme istemi söz konusu olabilecektir¹⁷⁵². Bu hallerde doktrinde en sıkı irtibatlı hukukun borçlu ile temlik eden alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk olduğu yönünde fikir birliği vardır¹⁷⁵³. Yalnız bu haller, gerçekte temlik alan kişinin alacak hakkına karşı bir müdahale söz konusu olduğundan, müdahaleden ötürü zenginleşme kapsamındadırlar. Bu hallerde ise cevaplanması gereken husus fer’i bağlama

¹⁷⁵⁰ Fischer, **a.g.e.**, s. 6; İsviçre doktrinde konuyu ele alan Kneller de aynı görüştedir Kneller, **a.g.e.**, s. 962.

¹⁷⁵¹ Bkz. Junker, **a.g.e.**, s.913; Behrens, **a.g.e.**, s. 229 vd.

¹⁷⁵² Behrens, **a.g.e.**, s.242 vd.

¹⁷⁵³ Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 53; Grawehr, **a.g.e.**, s. 180 vd.; Huber, **a.g.e.**, (Art. 38 EGBGB), s. 2442; Thorn, **a.g.e.**, s.2847 (Rn. 11); Behrens, **a.g.e.**, s. 251; Einsele, **a.g.e.**, s. 1030.

noktasının mı yoksa (MÖHUK açısından) ¹⁷⁵⁴ zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanacağıdır. Bu soruya ilişkin olarak da tartışmaları ve görüşümüzü de belirtmiştik ¹⁷⁵⁵. Roma II Tüzüğü açısından yukarıda belirttiğimiz üzere m.10/1'in uygulama kapsamı tartışmalıdır ¹⁷⁵⁶ ve Roma II Tüzüğü m.10/1 kapsamını dar tutarak müdahaleden ötürü zenginleşmeleri bu fıkra dışında tutan *Behrens* konuyu ayrıntılı olarak ele aldığı eserinde Roma II Tüzüğü m.10/4'te yer alan istisnai kaçış hükmü ile en sıkı irtibatlı hukukun borçlu ile temlik eden alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk olduğu sonucuna varmaktadır. Tabi burada ifade etmemiz gerekir ki, her iki görüşteki yazarlar da aynı sonuca (temlik eden ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk) varmaktadırlar. MÖHUK açısından ele aldığımızda ise, bizce MÖHUK m.39/1 c.1'de “sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet veren hukuki ilişki” ibaresine yer verildiğinden ötürü gerçekte temlik alanın yetkisiz olarak alacağı tahsil eden üçüncü kişiye karşı istemlerinde, zenginleşmeye sebebiyet veren hukuki ilişki borçlu ile temlik eden arasındaki hukuki ilişki olacaktır. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere MÖHUK m. 39/1 c.1'de “ taraflar arasındaki hukuki ilişki” gibi bir ibareye yer verilmemiştir ¹⁷⁵⁷.

2.2.2.5 Yabancı Borcun İfası Hallerine İlişkin Sebepsiz Zenginleşme İstemlerinde Uygulanacak Hukuk

2.2.2.5.1 Genel Açıklamalar

Yukarıda maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılaacağı üzere, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*); yabancı borcu ifa eden üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişki de karşılık ilişkisidir

¹⁷⁵⁴ MÖHUK m.39'da alternatif olarak “daha sıkı ilişkili hukukun yetkili olacağına dair bir kaçış hükmüne yer verilmemiş olmasına ilişkin eleştirilerimiz için bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 4.2.

¹⁷⁵⁵ bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3 ve 4.2.

¹⁷⁵⁶ bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.3.3.

¹⁷⁵⁷ bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.6.'da yer alan açıklamalarımız.

(*Deckungsverhältnis*)¹⁷⁵⁸. Ayrıca bu üç köşeli ilişkide geçersiz bir değer ilişkisi kapsamında üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi durumunda, görünüşte borçlunun görünüşte alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca değer ilişkisine uygulanacak hukukun yetkili olacağı tartışma dışı olacaktır. Buna karşılık ifade bulunan üçüncü kişinin, alacaklı veya borçluya karşı sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak hukuku ayrı ayrı olarak ele almamız önem arz edecektir.

2.2.2.5.2 Üçüncü Kişinin Alacaklıya Karşı Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk

Üçüncü kişi, kendisine yabancı olan bir borcu ifa ederek o borcun doğmasına sebebiyet verdiğini kabul ettiği hukuki ilişki kapsamında alacaklının malvarlığını bilerek arttırmakta olduğunu ve bu hukuki ilişki kapsamında istemde bulunabileceğini öngörmektedir. Bu bakımdan doktrinde de mevcut görüş olarak kabul edildiği üzere, üçüncü kişinin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde fer'i bağlama noktası vasıtasıyla (MÖHUK m.39/1 c.1) alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulanacaktır^{1759 1760}. Yalnız belirtmemiz gerekir ki; eğer üçüncü kişi ile alacaklı arasında üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödemesine ilişkin özel bir sözleşme gibi bir hukuki ilişkinin varlığında veya üçüncü kişinin kendi borcu sanarak bir başkasının borcunu ödemesi durumlarında, üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak

¹⁷⁵⁸ bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.5.'te yer alan açıklamalarımız.

¹⁷⁵⁹ Plassmeier, **a.g.e.**, 353-354; Busse, **a.g.e.**, s. 191 vd. ; Lorenz, **a.g.e.**, s. 214.; Spickhoff, **a.g.e.**, (Art. 38EGBGB) , s. 2993-2994; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 77; Kneller, **a.g.e.**, s. 960; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.554; Grawehr, **a.g.e.**, s.161; Eilinghoff, **a.g.e.**, s.251 Einsele, **a.g.e.**, s. 1026; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438; Junker, **a.g.e.**, s. 912; ayrıca bkz. Huber, **a.g.e.**, s.2440 (dipnot 67): Yazar burada aksi görüş olarak Düsseldorf İş Mahkemesi'nin *lex loci actus*'un uygulanmasına ilişkin kararını örnek olarak göstermiştir.

¹⁷⁶⁰ Yalnız burada belirtmemiz gerekir ki, Roma II Tüzüğü m. 10/1'de " taraflar arasındaki (hukuki) ilişki" ibaresine yer verildiğinden, bazı yazarlar m.10/4'de yer alan istisnai kaçış hükmüne dayanarak aynı çözüme ulaşmaktadırlar. (bkz. Junker, **a.g.e.**, s. 912; Behrens, **a.g.e.**, s. 280)

hukukun söz konusu sebepsiz zenginleşme isteminde yetkili olması gerekecektir¹⁷⁶¹. Zira bu hallerde üçüncü kişi ile alacaklı kendi aralarındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiyi daha fazla göz önünde bulundurmuş olacaklardır.

2.2.2.5.3 Üçüncü Kişinin Borçluya Karşı Sebepsiz Zenginleşme İsteminde Uygulanacak Hukuk

Eğer yabancı borcu ifa eden üçüncü kişi ile borçlu arasında bir hukuki ilişki (karşılık ilişkisi / *Deckungsverhältnis*) varsa (bunun tipik örneği olarak Sigorta sözleşmesi verilebilir¹⁷⁶²) ; üçüncü kişinin borçluya karşı sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukuk karşılık ilişkisine uygulanacak (örn. Sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk) hukuk olacaktır. Buna karşılık, taraflar arasında varsayılan veya mevcut bir karşılık ilişkisi söz konusu değilse, üçüncü kişinin istemi borçlu ile alacaklı arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Zira üçüncü kişi kendisine yabancı olan bir borcu ifa ederek, o borcun doğmasına sebebiyet verdiğini kabul ettiği hukuki ilişki kapsamında alacaklının malvarlığını bilerek arttırmaktadır. Doktrinde de bu husus konuyu ele alan tüm yazarlar tarafından da vurgulanmaktadır¹⁷⁶³.

¹⁷⁶¹ Bkz. Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. 554; Behrens, **a.g.e.**, s.277 vd.

¹⁷⁶² Huber, **a.g.e.**, s. 2441.

¹⁷⁶³ Eilinghoff, **a.g.e.**, s.229-230 ; Plassmeier, **a.g.e.**, 353-354; Busse,**a.g.e.**, s. 190 ; Behrens, **a.g.e.**, s. 279; Lorenz, **a.g.e.**, s. 214.; Spickhoff, **a.g.e.**, (**Art. 38EGBGB**) , s. 2993-2994; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 77; Fischer, **a.g.e.** s. 8; Kneller, **a.g.e.**, s. 960; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.553; Grawehr, **a.g.e.**, s.161; Einsele, **a.g.e.**, s. 1026; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3438; Junker, **a.g.e.**, s. 912; Huber, **a.g.e.**, s.2441.

2.2.2.6 Kefalet ve Garanti Sözleşmelerine İlişkin Açıklamalar

2.2.2.6.1 Genel Açıklamalar

Her ne kadar maddi hukuk bağlamında ayrı nitelikte olsalar da, tarafların pozisyonları itibari ile bu üç köşeli ilişkilerdeki sebepsiz zenginleşme istemleri kanunlar ihtilafı hukuku alanında birlikte ele alınmaktadırlar¹⁷⁶⁴.

Alacaklı ile borçlu arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde doğal olarak tartışma söz konusu olmayacaktır. Zira MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca borçlu ile alacaklı arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk yetkili olacaktır.

Kefilin veya garanti verenin asıl borcun (görünüşte) alacaklısına karşı olan sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Kefilin veya garanti verenin (görünüşte) alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme istemi, ilk olarak hem asıl borcun doğmasına sebebiyet veren hukuki ilişkinin hem de kefalet ya da garanti sözleşmesinin geçerli olduğu durumlarda kefilin (ya da garanti edenin) alacaklıya asıl borcun miktarından fazla kazandırmada (örneğin borç konusu meblağın iki defa ödenmesi) bulunduğu hallerde olabilir. Bu durumda kefilin (ya da garanti edenin) borçluya karşı bir istemi, borçlunun zenginleşmemesinden dolayı söz konusu olamayacaktır. Burada kefilin (ya da garanti edenin) alacaklıya karşı isteminde uygulanacak hukuk kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesi) uygulanacak huktur. Bu husus tartışma dışıdır. Zira bu hallerde zenginleşme isteminin tarafları arlarındaki sözleşmeyi (kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi) göz önünde bulundurmaktadırlar.

¹⁷⁶⁴ Bkz. Huber, **a.g.e.**, s.2441.; Plassmeier, **a.g.e.**, 354 vd. ; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.556vd.; Behrens, **a.g.e.**, s. 301 vd.

2.2.2.6.2 Asıl Borç İlişkisinin Geçerli Olup; Kefalet (ya da Garanti) Sözleşmesinin Geçersiz Olduğu Haller

Kefilin (veya garanti edenin) sebepsiz zenginleşme istemi asıl borcu doğuran alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin geçerli olmasına karşılık, kefalet (ya da garanti) sözleşmesinin geçersiz olmasından kaynaklanabilir. Bu hallerde de doktrinde tartışmasız ve haklı olarak kefilin (ya da garanti edenin) alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde, zenginleşme isteminin taraflarının arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun ¹⁷⁶⁵ fer'i bağlama noktası vasıtasıyla yetkili olması yönündedir¹⁷⁶⁶. Bu bakımdan bu hallerde MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca, kefalet (ya da garanti) sözleşmesi statüsü tatbik edilecektir.

Buna karşılık, kefilin (ya da garanti edenin) borçluya karşı isteminde ise, öncelikle dikkat edilmesi gereken kefalet sözleşmesi statüsünde (ya da garanti sözleşmesi statüsünde) özel halefiyet – kanuni devir- “*cessio legis*” halinin düzenlenmiş olup olmadığıdır. Eğer bu şekilde bir düzenleme var ise, alacaklının alacağı kefile (ya da garanti edene) “*cessio legis*” geçeceğinden sebepsiz zenginleşme istemine yer olmayacaktır ¹⁷⁶⁷. Böyle bir durum söz konusu değilse,

¹⁷⁶⁵ Kefalet akdine uygulanacak hukuk hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 328.

¹⁷⁶⁶ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.557; Grawehr,**a.g.e.**, s. 165; Behrens, **a.g.e.**, s. 325; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Kneller, **a.g.e.**, s. 961; Lorenz, **a.g.e.**, s. 217; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 354 ; Junker, **a.g.e.**, s. 913; Eilinghoff,**a.g.e.**, s.233-234; Busse, **a.g.e.**, s. 202-203; Huber, **a.g.e.**, s.2441; Schinkels, **a.g.e.**, s. 507; Fischer, **a.g.e.**, s.8.

¹⁷⁶⁷ Huber, **a.g.e.**, s.2441: Yazar haklı olarak bu hususu vurgulamış; kanuni halefiyet hallerine uygulanacak hukukun belirtildiği Roma I Tüzüğü m.15'in (ve aynı şekilde düzenlenen Roma II Tüzüğü m.19'un) uygulanacağını belirtmiştir. Söz konusu hükümlere göre, üçüncü kişi bir borcun alacaklısına karşı bir yükümlülüğü kapsamında borçlunun borcunu ifa etmesi durumunda, borcun geçip geçmediği veya hangi ölçüde geçtiğine ilişkin olarak üçüncü kişinin alacaklıya karşı yükümlülüğüne uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. Bunun klasik örneği de ifade ettiğimiz üzere kefalet sözleşmesinde kefilin kanuni halef olup olmadığına kefalet statüsü hakim olacaktır. (paralel görüş için bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.252) Paralel düzenleme de İsviçre IPRG Art. 146/1'de yer almakta olup; aynı husus Kren Kostkiewicz tarafından vurgulanmıştır. (Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.557; Kneller,**a.g.e.**, s.961)

kefil (ya da garanti eden) ile asıl borcun borçlusu arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişki olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin kefil (ya da garanti veren) ile borçlu arasında özel bir sözleşme var ise sebepsiz zenginleşme isteminde o sözleşmeye uygulanacak hukuk fer'i bağlama noktası vasıtasıyla uygulanacağı tartışmasıdır¹⁷⁶⁸. Eğer böyle bir hukuki ilişki söz konusu değilse, doktrinde kefilin (ya da garanti verenin) asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme istemine uygulanacak hukukun tespiti tartışmalıdır. Karşımıza üç görüş çıkmaktadır:

- 1) Kefil ile asıl borcun borçlusu arasında hukuki bir ilişki olmadığından dolayı, *lex causae conditionis*'in uygulanmasına yer olmadığı görüşü. Bu görüş kabul edilirse MÖHUK m.39/1 c.1 uygulama alanı bulmayacak ve MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği devlet hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu görüş İsviçre doktrininde *Kren Kostkiewicz, Doss/Schnyder, Kneller* tarafından vurgulanmaktadır. Bu üç yazar da basit ifadelerle kefil ile borçlu arasında bir hukuki ilişki olmamasına dayanmaktadırlar.
- 2) İkinci görüş ve Alman doktrininde hakim görüş ise, kefilin borçluya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde de kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukukun yetkili olması gerektiğidir. Her ne kadar asıl borçlu kefalet sözleşmesinin (ya da garanti sözleşmesinin) tarafı olmasa da, kefilin (ya da garanti edenin) gerçekleştirdiği edimi hem borçlunun hem de kefilin (ya da garanti edenin) bakış açısına göre kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) ilişkin olacağının öngörülebilmesi gerekçesine

¹⁷⁶⁸ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s.557; Grawehr,**a.g.e.**, s. 165; Behrens, **a.g.e.**, s. 325; Doss/Schnyder, **a.g.e.**, s. 3439; Kneller, **a.g.e.**, s. 961; Lorenz, **a.g.e.**, s. 217; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Plassmeier, **a.g.e.**, s. 354 ; Junker, **a.g.e.**, s. 913; Eilinghoff,**a.g.e.**, s.233-234; Busse, **a.g.e.**, s. 202-203; Huber, **a.g.e.**, s.2441; Schinkels, **a.g.e.**, s. 507; Fischer, **a.g.e.**, s.8.

dayanmaktadır¹⁷⁶⁹. Bir başka ifade ile bu görüşe göre, kefil (ya da garanti eden) kefalet (ya da garanti) sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ifa etme amacıyla hareket ederken, borçlu da borcundan dolayı borç ilişkisinin tarafı olmayan bir üçüncü kişi tarafından kefalet veya garanti sözleşmesi kapsamında borcunun ifa edilebileceğini öngörebilecek durumdadır. Ayrıca bu görüşü savunanlarca, özel halefiyetin – kanuni devir- “*cessio legis*” olup olmadığına yetkili olacak kefalet sözleşmesi (ya da garanti sözleşmesi) statüsünün aynı zamanda sebepsiz zenginleşme istemine uygulanmasının çelişki ve uyuşmazlıklara engel olacağı da vurgulanmaktadır¹⁷⁷⁰.

- 3) Üçüncü ve son görüş ise *Behrens* ve *Wandt*¹⁷⁷¹ tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre kefalet (ya da garanti) sözleşmesi statüsü uygulanamayacak olup; alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisine uygulanacak hukukun en sıkı ilişkili hukuk olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre kefil (ya da garanti eden) ile kendi iradesi ile yabancı borcu ifa eden üçüncü kişinin pozisyonu arasında bir fark olmayıp, her iki taraf açısından da asıl borca uygulanacak hukukun uygulanabilmesi taraflarca öngörülebilirdir¹⁷⁷². Roma II Tüzüğü açısından ele aldığı eserinde *Behrens*, bu çözüme Roma II Tüzüğü m.10/4’te yer alan istisnai kaçış hükmü ile daha sıkı ilişkili hukuk olması sebebiyle varmaktadır.

Bizim görüşümüzü ve MÖHUK açısından konuyu ele alacak olursak, yukarıda ifade ettiğimiz üçüncü görüşe katılmaktayız. Kefilin (ya da garanti edenin) asıl borçluya ilişkin sebepsiz zenginleşme isteminde asıl borca uygulanacak hukuk en sıkı ilişkili hukuktur. Zira tarafların menfaatleri ve pozisyonları bunu gerektirmektedir. Öncelikle kefalet (ya da garanti) sözleşmesinin niteliği gereği kefil

¹⁷⁶⁹ Bkz. Huber, **a.g.e.**, s. 2441; Eilinghoff, **a.g.e.**, s.251-252; Busse, **a.g.e.**, s.204; Plassmeier,**a.g.e.**, s.366-367.

¹⁷⁷⁰ Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 252; Plassmeier, **a.g.e.**, s.366 vd. ; ayrıca bkz. Schinkels, **a.g.e.**, s. 507.

¹⁷⁷¹ Bkz. Behrens, **a.g.e.**, s. 318vd. (Wandt’ın görüşü için bkz. **a.e.**, s.318vd.)

¹⁷⁷² Behrens, **a.g.e.**, s. 319.

(ya da garanti eden) bir başkasının borcuna kefil oluyorsa (ya da garanti ediyorsa) isteminin borçlunun borcuna uygulanacak hukuka tabi olabileceğini, borcu önceden bildiğinden dolayı öngörebilecek pozisyonudur. Görüleceği üzere kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında kefilin (ya da garanti edenin) pozisyonu yabancı borcu ifa eden üçüncü kişiden farksızdır. Buna karşılık, asıl borcun borçlusu açısından onun kendisinin tarafı olmadığı kefalet (ya da garanti) sözleşmesine uygulanacak hukuk rastlantısal olacaktır. Aksi görüşte, pekala çeşitli sebeplerle borçlunun borcunu ifa etmek isteyen üçüncü kişi alacaklı ile anlaşarak kefalet (ya da garanti eden) sıfatıyla hareket ederek istediği statüyü belirleyebilecek pozisyonda olabilecektir ve bu durum menfaatler dengesi açısından kabul edilemez bir çözüm olacaktır. MÖHUK m.39/1 c.1'in uygulanması da maddenin düzenleniş biçimi bakımından engel değildir ve bu hüküm uyarınca asıl borca uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. Zira , tekrar ifade etmemiz gerekir ki, MÖHUK m.39/1 c.1'de uygulama şartı “edim”e indirgenmeyerek “zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen¹⁷⁷³ hukukî ilişki” ibarelerine yer verilmiştir.

2.2.2.6.3 Asıl Borç İlişisinin Geçersiz Olduğu Haller

Eğer asıl borç ilişkisi geçersiz ise, geçersiz olan asıl borç ilişkinin borçlusu konumundaki taraf kefilin (ya da garanti edenin) ifası ile zenginleşmeyecektir. Zira borçlu olmayacaktır. Bu hallerde kefilin (ya da garanti eden) görünüşteki alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde bulunması gündeme gelecektir¹⁷⁷⁴. Bu isteme uygulanacak hukuk da kefalet (ya da garanti) sözleşmesine uygulanacak hukuk olacaktır. MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası vasıtasıyla kefil (ya da garanti eden) ile görünüşte alacaklı arasındaki kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukuk yetkili olacaktır.

¹⁷⁷³ Tekrar ifade ederiz ki, bu düzenlemede “iddia edilen” ibaresi hatalı olup; “ taraflarca varsayılan” olarak anlaşılması gerekmektedir. Bkz. İkinci Bölüm Başlık No. 3.3.5.

¹⁷⁷⁴ Kren Kostkiewicz, **a.g.e.**, s. s.558; Eilinghoff, **a.g.e.**,s. 235.

Bu haller ile ilgili olarak Alman doktrinde şu sorunsal ele alınmıştır: Taraflar arasındaki kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukuk, kefilin (ya da garanti edene) görünüşte alacaklıya karşı herhangi bir sebepsiz zenginleşme istemine olanak vermezken (ya da salt olarak görünüşte borçluya karşı isteme olanak tanıdığı) , asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuk görünüşte alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme istemini tanıyabilir. Bu hallerde görünüşte borçlunun borçlu olmamasından dolayı, ona sebepsiz zenginleşme isteminde bulunamayacak olan kefilin (ya da garanti edenin) durumu ne olacaktır? Dikkat edilirse bu hallerde kefil (ya da garanti eden) hukuki bir sebep olmaksızın görünüşte alacaklıyı zenginleştirmesine rağmen, eli boş çıkacak bir duruma sokulmaktadır. Burada görünüşte alacaklı, tarafı olduğu iki farklı borç ilişkisine (asıl borç ilişkisi ve kefalet/garanti sözleşmesine) farklı hukukların uygulanmasıyla avantajlı bir konuma sokulmaktadır. Bu husus doktrinde birçok yazar tarafından ele alınmıştır¹⁷⁷⁵ . Araştırmamızda bu problemin ilk olarak *Lorenz* tarafından ele alındığını görmekteyiz¹⁷⁷⁶ . Yazar burada kanunlar ihtilafı hukuku alanında bir çözüm olmayacağını, bu problemin ancak maddi hukuk ile çözümlenebileceğini belirtmiştir¹⁷⁷⁷ . *Grawehr* de İsviçre hukuku açısından konuyu ele alırken, kanunlar ihtilafı hukuku alanında bir çözüm sunmamıştır¹⁷⁷⁸ . *Plassmeier*, kefilin (ya da garanti edenin) asıl borcun alacaklısı ile sözleşmesel ilişkiye girerek risk aldığını, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti çerçevesinde bir çözümün mümkün olamayacağını ve taraflar arasındaki kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesi) uygulanacak hukukun tatbik edileceğini ve intibaka yer olmadığını vurgulamıştır¹⁷⁷⁹ . *Schlechtriem* ise konuyu “edim” ekseninde ele alarak, kefilin (ya da garanti edenin) asıl borcun görünüşteki alacaklısına gerçekleştirdiği edimi sonrasında asıl borca

¹⁷⁷⁵ Lorenz, **a.g.e.**, s. 217; Grawehr, **a.g.e.**, s. 165; Eilinghoff, **a.g.e.**, s. 234vd.; Busse, **a.g.e.**, s. 202 vd. ; Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 76vd.; Reuter / Martinek, **a.g.e.**, s. 790; Einsele, **a.g.e.**, s. 1026; Behrens, **a.g.e.**, s. 320vd.

¹⁷⁷⁶ Lorenz, **a.g.e.**, s. 217 vd.

¹⁷⁷⁷ Lorenz, **a.g.e.**, s. 218

¹⁷⁷⁸ Grawehr, **a.g.e.**, s. 165.

¹⁷⁷⁹ Bkz. Plassmeier, **a.g.e.**, s. 355-356.

ilişkin sayarak (bir anlamda başkasının borcunu ifa eden üçüncü kişi pozisyonuna sokarak) asıl borç statüsü uyarınca sebepsiz zenginleşme isteminde bulunulabileceğini belirtmiştir¹⁷⁸⁰. *Eilinghoff* tarafından, bu çözüm açıkça ele alınmış ve *Schlechtriem*'in “intibak” metodu yerine sunduğu bu yaklaşımına gerek olmadığı şekilde eleştirilmiştir¹⁷⁸¹. Bize göre ise, *Schlechtriem*'in çözümü (kefilin asıl borcun görünüşte olan alacaklısına gerçekleştiği edimi sonrasında asıl borca ilişkin sayabilmesi) uygulanacak maddi hukuka ilişkin olup, kanunlar ihtilafı hukuku alanında tatbiki mümkün değildir.

Üst paragrafta belirttiğimiz görüşlerden farklı olarak bizim de katıldığımız görüş bu hallerde kanunlar ihtilafı hukukunda “intibak” metodunun uygulanması gerektiği yönündedir¹⁷⁸². Zira yabancı unsurlu olaylara birden fazla hukuk nizamının bir arada uygulanmasının söz konusu hukuk düzenleri arasındaki çelişki veya uyumsuzluk doğurması durumunda “intibak” metodun uygulanması söz konusu olabilecektir¹⁷⁸³. Belirtmiş olduğumuz bu sorunsalda, yabancı unsurlu olaya birden fazla hukuk nizamının tatbik edilmesi söz konusudur: 1) Asıl borç ilişkisinin alacaklısının zenginleşip zenginleşmediği, görünüşte borçlu ile görünüşte alacaklı arasındaki varsayılan hukuk ilişkisine uygulanacak hukuka göre tespit edilmesi (örneğin sözleşme statüsü uyarınca sözleşmenin geçersiz olması durumunda görünüşte alacaklı kefilin ödemesi ile zenginleşmiş olacaktır) 2) Kefilin (ya da garanti edenin) sebepsiz zenginleşme istemine kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukukun uygulanması. Görüleceği üzere somut olayda farklı hukuk nizamları uygulanacağından “intibak” metodu ile somut olaya göre asıl borç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulanması kabul edilmelidir.

¹⁷⁸⁰ Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 76-77.

¹⁷⁸¹ Eilinghoff, **a.g.e.**, s.235.

¹⁷⁸² Eilinghoff, **a.g.e.**, s.236; Behrens, **a.g.e.**, s 321 vd.; Huber, **a.g.e.**, s. 2441.

¹⁷⁸³ Bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 132vd. ; Tekinalp / Uyanık, **a.g.e.**, s. 38vd.

2.2.2.7 Üç Köşeli İlişkilerde Edimden Ötörü Zenginleşme ile Müdahaleden Ötörü Zenginleşmenin Bir Arada Olduğu Hallere İlişkin Açıklamalar

Maddi hukukta bayağı tartışmalı olan bu hususa ilişkin olarak maddi hukuktaki açıklamalara yer vermiştik¹⁷⁸⁴. Kanunlar ihtilafı hukuku alanında da bu istemlerde hangi hukukun yetkili olacağı bilhassa Alman doktrinde bayağı tartışmalı bir hal almıştır¹⁷⁸⁵. Sebepsiz zenginleşenin üçüncü kişiye ivazsız kazandırmada bulunduğu durumlarda, alacaklının üçüncü kişiye sebepsiz zenginleşme isteminde bulunup bulunamayacağının hangi hukuka göre tespit edileceği hususunda Alman doktrinin EGBGB Art. 38/1'in "edim"e indirgenmiş formülünden dolayı, EGBGB Art. 38/1'in uygulanamayacağı üzerinde fikir birliği varken¹⁷⁸⁶, asıl tartışma zenginleşme yerinin gerçekleştiği yer hukuku (Art. 38/3) yerine müdahalenin gerçekleştiği yer hukuku (Art. 38/2) ya da daha sıkı ilişkili bir hukukun (Art. 41) uygulanıp uygulanmayacağı yönündedir.

Schlechtriem burada Alman maddi hukukunda yer alan § 816 I c. 2 BGB hükmünde yer alan hallerle, § 822 BGB hükmünde yer alan hallerin ayrımına gitmiştir. § 816 I c. 2 BGB hükmünde tasarruf yetkisi bulunmayan kişi, eğer üçüncü kişiye ivazsız bir kazandırmada bulunmuş ise; üçüncü kişiye karşı (önceki) hak sahibinin, hakkı elinden gittiği için müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemini direkt olarak ileri sürebilmesinin mümkün sayılmış olduğundan bahsetmiştik¹⁷⁸⁷. Yazar, bu hallerde yetkisiz tasarruf söz konusu olduğundan ve (sebepsiz zenginleşme alacaklısına) müdahaleden ötürü zenginleşme söz konusu olduğundan dolayı, bu hallerde Art. 38/2 EGBGB müdahalenin gerçekleştiği yer

¹⁷⁸⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

¹⁷⁸⁵ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.239 vd. ; Fischer, **a.g.e.**, s.8; Huber, **a.g.e.**, s. 2440; Schlechtriem, **a.g.e.**, s.59 vd.; Busse, **a.g.e.**, s. 198 vd.

¹⁷⁸⁶ Bkz. Eilinghoff, **a.g.e.**, s.239 vd. ; Fischer, **a.g.e.**, s.8; Huber, **a.g.e.**, s. 2440; Schlechtriem, **a.g.e.**, s.59 vd.; Busse, **a.g.e.**, s. 198 vd.

¹⁷⁸⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık No. 2.2.1.6.

hukukunun uygulanmasının söz konusu olacağını kabul etmektedir. Buna karşılık § 822 BGB hükmünde yer alan hallerde ise, sebepsiz zenginleşenin sebepsiz zenginleşmeye konu şeyi üçüncü bir kişiye ivazsız kazandırması durumunda ve bunun sonucunda sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünün sona ermesi durumu söz konusudur. Bu hallerde *Schlechtriem*, malı ivazsız kazanan üçüncü kişinin iade yükümlülüğünün olup olmadığına, ortada “yetkisiz tasarrufta” bulunma şeklinde bir müdahale bulunmadığından EGBGB Art. 38/3 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir¹⁷⁸⁸.

Bir diğer görüş *Fischer* tarafından ileri sürülmüş, taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki olmadığından hareketle Art. 38/3’ün istisnasız olarak (ivazsız kazandırmada bulunulan üçüncü kişiye karşı tüm istemlerde) uygulanması gerektiğine dayanılmıştır¹⁷⁸⁹.

Bu görüşlere karşılık birçok yazar tarafından ise, ivazsız kazanımda bulunulan üçüncü kişinin konumu itibari ile kendisine yabancı olan bir durumu bilemeyeceğinden ve onun öngöremeyeceği bir hukuk nizamı ile karşı karşıya bırakılamayacağından hareketle, üçüncü kişinin tarafı olduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun (ivazsız kazanımda bulunduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun) sebepsiz zenginleşme istemine uygulanması savunulmaktadır¹⁷⁹⁰.

Bizim görüşümüze göre ise, öncelikle tarafların karşılıklı olarak menfaatleri göz önünde bulundurularak bu hususu ele almak gerekmektedir. Öncelikle kazandırmada bulunulan üçüncü kişinin, onun pozisyonu itibari ile kendisine yabancı olan bir hukuki ilişkiyi ve buna uygulanacak hukuku (sebepsiz zenginleşme konusu şeyin yetkisiz tasarrufla kendisine kazandırılıp kazandırılmadığına ilişkin hukuku),

¹⁷⁸⁸ Bkz. *Schlechtriem*, **a.g.e.**, s.59 vd.: bu görüş aşağıda belirttiğimiz ve bizimde katıldığımız şekilde eleştirilmeye açıktır. (bkz. *Huber*, **a.g.e.** s. 2440; krş. *Eilinghoff*, **a.g.e.**, s.239 vd.)

¹⁷⁸⁹ *Fischer*, **a.g.e.**, s. 8-9.

¹⁷⁹⁰ *Huber*, **a.g.e.**, s. 2440; *Hohloch*, **a.g.e. (Rom II VO)**, s. 6876; *Busse*, **a.g.e.**, s.198-199; *Eilinghoff*, **a.g.e.**, s.241-242.

kanunlar ihtilafı hukuku bakımından öngörebilecek durumda olmadığı aşıkardır. Üçüncü kişinin ivazsız kazanımda bulunmuş olması da bu hususu, kanunlar ihtilafı hukuku açısından değiştirmeyecektir. Zira *lex fori* uyarınca maddi hukukta ivazsız kazanımda bulunan üçüncü kişinin korunmayarak sebepsiz zenginleşme istemi ile karşı karşıya kalmasının kabulü¹⁷⁹¹, onun kendisine yabancı bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukuktan doğan bir istemle karşı karşıya bırakılması sonucunu doğuramaz. Buna karşılık ise, üçüncü kişinin kendisine ivazsız kazandırmada bulunan hukuki ilişkiyi ve bu ilişkiye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilecektir. Böylece sebepsiz zenginleşme alacaklısının tamamen kontrolü dışındaki ivazsız kazandırmada bulunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun uygulanması da ortaklaşa taraf menfaatlerinin gözetilmesi gerektiğinden ve üçüncü kişinin gereğinden fazla korunmuş olacağından kabul edilemez. Bizim görüşümüze göre, tıpkı müdahaleden ötürü zenginleşme hallerinde olduğu gibi MÖHUK m.39/1 c.1'in uygulanmalıdır. Taraflar arasındaki en sıkı ilişkili hukuk örneğın zenginleşme konusu şey bir eşya ise *lex rei sitae* olacaktır. Zira üçüncü kişi kendisinin tarafı olduğu hukuki ilişkinin yanında, kazanımda bulunup bulunmadığını işlem güvenliğine hizmet eden *lex rei sitae* uyarınca öngörebilecek pozisyonadadır ve böylece aynı hak statüsü ile sebepsiz zenginleşme statüsü aynı olacaktır. Yukarıda müdahaleden ötürü zenginleşme hallerinde uygulanacak hukuka ilişkin açıklamalarımızda ele aldığımız üzere¹⁷⁹² her ne kadar eşyalar açısından zenginleşmenin gerçekleştiğı yer bağlama noktası (MÖHUK m.39/1 c.2) aynı sonucu *lex rei sitae*'nin uygulanmasını sağlasa da, metod olarak bu hallerde MÖHUK m.39/1 c.1'in uygulanması ve fer'i bağlama noktası vasıtasıyla aynı hak statüsünün kabulü daha tutarlı olacaktır. Üçüncü kişiye ivazsız kazandırılan sebepsiz zenginleşme konusu şey, bir eşyadan ziyade pekala bir alacak hakkı ya da fikri-sınai mülkiyet hakkı olabilir. Bu bakımdan da zenginleşme yerinin bağlama noktası olarak kabul edilmesi durumunda, her iki tarafın da öngöremeyeceğı bir hukukla karşı karşıya bırakılması durumu doğabilecektir. Örneğın, sebepsiz zenginleşme konusu şey üçüncü kişiye alacağın temliki yoluyla ivazsız kazandırılan bir alacak hakkı olması

¹⁷⁹¹ Maddi hukuka ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm başlık no. 2.2.1.6.'nın altındaki açıklamalarımız.

¹⁷⁹² bkz. İkinci Bölüm başlık no. 4.3.2.1.'in altındaki açıklamalarımız.

durumunda zenginleşmenin gerçekleştiği yer tarafların ortaklaşa öngörebildikleri (devredilen alacak hakkına uygulanacak hukuktan) hukuktan çok farklı ve taraf menfaatlerini örseleyebilen bir hukuk olabilecektir. Bu bakımdan, özetle Alman doktrinde hakim görüş olarak yer alan üçüncü kişinin gereğinden fazla korunarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunan tarafın kendisine tamamen yabancı bir hukuk olan üçüncü kişi ile ivazsız kazandırmada bulunan taraf arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukukla karşı karşıya bırakılması şeklindeki görüşe katılmamaktayız.



SONUÇ

Bir hukuk müessesesinin temelinde yatan amaç ve yaklaşımların tam olarak anlaşılabilmesi ve yorumlanabilmesi için, o müessesenin tarihçesinin ele alınarak irdelenmesi büyük önem arz eder. Bu bakımdan gerek maddi hukuk alanında sebepsiz zenginleşme gerek ise kanunlar ihtilafı hukuku alanında sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk müesseselerinin ortaya çıkışlarından itibaren bu müesseselerin tarihsel gelişimlerini detaylı olarak ele aldık. Maddi hukuk alanında sebepsiz zenginleşmeye ilişkin doktrindeki tartışmalara ve görüşlerimize yer verdikten sonra ise, tezimizin asıl konusu olan “sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuk” kurumuna ilişkin doktrindeki tartışmalara detaylı olarak yer vererek vardığımız sonuçları ve görüşlerimizi aktarmaya çalıştık.

Tarihsel süreçte belirttiğimiz üzere kanunlar ihtilafı hukukunda *lex loci actus*’un kati surette tüm sebepsiz zenginleşme istemlerinde yetkili olması görüşleri terk edilmiş, bunun yerine öncelikle tarafların menfaatlerine daha uygun düşen *lex causae conditionis*’in uygulanması modern kodifikasyonlarda kabul edilmiştir. Zira ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere fer’i bağlama noktası olarak zenginleşmeye sebep olan mevcut veya taraflarca varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşme istemlerinde yetkili olması şu fonksiyonları ile milletlerarası özel hukukun amaçlarına hizmet eder:

- 1- Tarafların gerek ileri sürdükleri gerek ise kendilerine karşı ileri sürülen sebepsiz zenginleşme istemlerinde onların önceden öngörebilecekleri ve rastlantısal olmayan bir hukuk nizamının yetkili olması,
- 2- Aynı hayat ilişkisinden doğan (ister tarafların karşılıklı, ister ise tek bir tarafın birbiri ile yarışan istemlerinde) istemlerde tek bir hukukun yetkili olmasıyla maddi hukuk ahenginin sağlanması ve böylece farklı hukuk nizamlarının uygulanmasından doğabilecek farklı hukuk nizamları arasındaki çelişki ve uyuşmazlıklara engel olunması.

Çalışmamızda vurguladığımız üzere, karşılaştırmalı hukuk dalı kanunlar ihtilafı hukukunun gelişmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Konumuz açısından ise; gerek farklı hukuk nizamlarında maddi hukuk açısından sebepsiz zenginleşme kurumunun farklı olarak düzenlenmesi, gerek ise aynı amaca hizmet eden değişik hukuk düzenlemelerinin enstrümanlarının kabul edilmesi sebebiyle (klasik örnek olarak hukukumuzda tamamıyla yabancı bir Anglosakson hukuku müessesesi olan “constructive trust” vs. gibi) bağlama konusu olarak “sebepsiz zenginleşme” tıpkı İsviçre ve Alman doktrinde kabul edildiği üzere amaca uygun olarak -fonksiyonel- vasıflandırılmalıdır.

Fer’i bağlama noktasının uygulanması için mevcut veya taraflarca varsayılan bir hukuki ilişkinin sebepsiz zenginleşmeye sebep olması MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulanması için bir şart olup; bu bir önmelele problemi değildir. Zira sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet veren hukuki ilişkinin geçerli olup olmadığı o hukuki ilişkiye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecektir. Bu hususun tipik örneği, yabancılık unsuru taşıyan ve taraflardan birinin ehliyeti olmaması sebebiyle geçersiz olduğu iddia edilen bir sözleşmeden dolayı olan sebepsiz zenginleşme istemlerinde sözleşmenin geçersiz olup olmadığı MÖHUK’taki ilgili kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olduğu tespit edilecek hukuka göre çözümlenecek olmasıdır.

Amaca uygun olarak -fonksiyonel- vasıflandırma metodunun sonucu olarak geçersiz sözleşmelerde tarafların karşılıklı istemleri aynı hukuka tabi olmalı ve fer’i bağlama kuralı gereği sözleşme statüsü uygulanmalıdır. Aksi durumda şu çarpık sonuç ortaya çıkabilir: Örneğin geçersiz bir taşınır satışı sözleşmesinde salt lex fori vasıflandırma ile taraflardan satıcının sözleşme konusu taşınır eşyaya ilişkin iade isteminin istihkak talebi olarak vasıflandırılması sonucunda bu isteme MÖHUK m. 21/1 uyarınca *lex situs*’un uygulanması; alıcının ödediği paranın iadesine ilişkin isteminde de MÖHUK m.39/1 c.1 dolayısıyla sözleşme statüsünün uygulanması söz konusu olacaktır. Karşılıklı istemlerde tespit edilecek bu hukukların farklı olması durumunda, birçok karışıklık ve çelişki (farklı hukuk nizamlarında kimin ilk olarak

iadede de bulunacağı, karşılıklı def'ilerin farklı olarak düzenlenmesi gibi) söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan maddi hukuk ahenginin sağlanması amacıyla bu hallere ilişkin istemlerde MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca sözleşme statüsünün hakim olması gerekir. Nitekim, bu çözüm dış karar ahengine de hizmet etmektedir. Zira karşılaştırmalı olarak ele aldığımız üzere yabancı hukuklarda da bu çözümümüz ağırlıklı olarak benimsenmiştir. Bilhassa belirttiğimiz üzere, Roma I Tüzüğü m. 12/1-e uyarınca, sözleşmenin geçersizliği durumunda sözleşme statüsünün hakim olduğu kabul edilmiştir.

Maddi hukuka ilişkin açıklamalarımızda, edimden ötürü – edim dışı sebepsiz zenginleşme ayrımına ve bu hallere ayrıntılı olarak yer verdik. MÖHUK m.39/1 c.1'in uygulanması açısından ise maddi hukuktaki edimden ötürü – edim dışı sebepsiz zenginleşme ayrımı bir önem arz etmemekte olduğu sonucuna varmaktayız. Zira MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca temel alınan şart, zenginleşmeye mevcut veya taraflarca varsayılan (aşağıda tekrar edeceğimiz üzere madde metninde yer alan “iddia edilen” ibaresi hatalıdır) hukuki ilişkinin sebep olmasıdır. Bu bakımdan Türk doktrininde peşinen her birleşme, karışma ve işleme hallerinin MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olması gerektiği yaklaşımını hatalı bulmaktayız. Ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere; taraflar arasındaki bir sözleşmesel ilişki çerçevesindeki (klasik örnek olarak eser sözleşmesi kapsamında yüklenici ile iş sahibinin sözleşme dışı eşyalarının birleşmesi, işlenmesi gibi haller) bu tarz müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerinde, tarafların karşılıklı olarak önceden öngörebildikleri sözleşme statüsünün MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca uygulanması gerekecektir.

Görüleceği üzere fer'i bağlama noktası vasıtasıyla sebepsiz zenginleşme ile bağlantılı olaylardaki bütün sorunsalların tek bir potada (tek bir hukukun hakimiyetinde) toplanacağından ötürü, tarihsel süreçte İsviçre Federal Mahkemesi'nin (BGE 78 II 385) de vurguladığı üzere “hukuki ilişki” kavramı mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. Böylece aynı anda haksız fiil teşkil eden müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme istemlerinde fer'i bağlama noktası

vasıtasıyla aynı haksız fiil statüsü uygulanmalıdır. Bu çözüm ile haksız fiilden doğan alacak talebi ile sebepsiz zenginleşme talebinin bir arada bulunup bulunmayacağının (yarışıp, yarışamayacağının) hangi statüye tabi olacağı sorunu ve alacak iddiasında bulunan tarafın kanunlar ihtilafı hukuku alanında gereğinden fazla korunarak haksız fiile uygulanacak hukuk ile zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukundan istediğini seçebilmesi probleminin önüne geçilebilecektir. Kısacası, aynı hayat ilişkisinden doğan farklı talepler farklı hukuk nizamlarının uygulanması sonucunda ortaya çıkabilecek ve tarafların menfaat dengesini örseleyebilecek problemler bertaraf edilecektir. Aynı doğrultuda vurguladığımız üzere, zilyet-malik ilişkisi de MÖHUK m.39/1 c.1’de belirtilen “hukuki ilişki” kapsamına girmektedir ve böylece Alman doktrininde ağırlıklı olarak vurgulandığı üzere sebepsiz zenginleşme istemlerinin zilyet-malik ilişkilerine ve haksız fiil istemlerine uygulanacak hukuklarla tek potada toplanması sağlanacaktır.

Karşılaştırmalı olarak ve tarihsel gelişimde ele aldığımız üzere *lex causae conditionis* tarafların karşılıklı olarak önceden öngörebildikleri –varsaydıkları– hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun uygulanmasını sağlamaktadır. Nitekim daha kodifikasyon hareketlerinden evvel dahi yabancı kaynaklarda taraflarca varsayılan hukuki ilişki ibarelerine yer verilmiştir. Buna mukabil, MÖHUK m.39/1 c.1’de bize göre *lex causae conditionis*’in amacına aykırı düşebilecek şekildeki kavramsal bir hata ile “mevcut olduğu iddia edilen” ibaresine yer verilmiştir. *Lex causae conditionis*’in uygulanması açısından tarafların ortak “varsayımları” ve bağlanma arzuları kanunlar ihtilafı hukukunda taraf menfaatleri gereği ön planda olduğundan, MÖHUK m.39/1 c.1 lafzi olarak yorumlanmamalıdır. Bu hükmün lafzi olarak yorumlanması sonucunda taraflar arasında karşılıklı bağlanma arzusunun bulunmadığı –örneğin yanlış kişiye yapılan hatalı banka havale halleri gibi– durumlarda, bu hallerin MÖHUK m.39/1 c.1 kapsamına girmemesi gerekmesine rağmen, sanki alacak iddiasında bulunan tarafın mevcut olduğunu iddia ettiği hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka dayanabilmesi şeklindeki hatalı bir çözüm ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan uygulamada hatalı yorumda bulunabilmesinin önüne geçmek için, MÖHUK m.39/1 c.1’de “mevcut olduğu iddia edilen” ibaresi yerine

“ taraflarca varsayılan hukuki ilişki” ibaresine yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca fer’i bağlama noktasının uygulanması açısından “ taraflar arasındaki hukuki ilişki” gibi bir ibareye yer verilmemesi isabetli olmuştur. Zira ayrıntılı olarak ele aldığımız ve aşağıda vardığımız sonuçları belirteceğimiz üzere, yabancılık unsuru taşıyan ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerin niteliği gereği (havale, banka havalesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler vd. haller) bu ilişkilerdeki birtakım sebepsiz zenginleşme istemlerine uygulanacak en sıkı irtibatlı hukuk üçüncü bir kişinin taraf olduğu bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk olabilecektir. MÖHUK’ta başta sözleşmeye ve haksız fiile uygulanacak hukuk olmak üzere uygulanacak hukukun tespiti açısından daha sıkı ilişkinin varlığı halinde o devlet hukukunun uygulanmasını (MÖHUK m.24/4 c.3 , m.27/4 m.28/2c.2, m.28/3, m.34/3) kabul eden istisnai “kaçış hükümlerine” yer verilmesine rağmen, kanun koyucu tarafından böyle bir hükme MÖHUK m.39’da yer verilmemiş olması isabetsiz olmuştur. Bize göre böyle bir eksikliğin hiçbir gerekçesi yoktur. Yabancı doktrindeki eserlerde dahi fer’i bağlama noktasının (örneğin Roma II Tüzüğü m.10/1) uygulanmasını dar kabul eden kimi yazarlar dahi, konuyu ele aldıkları ilgili kodifikasyonlardaki kaçış hükümlerine dayanarak ve taraf menfaatlerini dikkate alarak çoğu zaman rastlantısal olan ve tarafların ortak menfaatlerine aykırı olabilen “zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun” uygulanmamasını hedefleyen çözümlere ulaşmışlardır.

Mevcut veya taraflarca varsayılan “hukuki ilişkinin” tespitinde zenginleşmenin gerçekleştiği an önem arz edecektir. Taraflar arasında birden fazla hukuki ilişkinin (örneğin aynı taraflar arasındaki farklı hukukların yetkili olduğu farklı sözleşmeler) söz konusu olduğu ve sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak iddiasında bulunan tarafın karşı tarafa itfa amacını (*Tilgungsbestimmung*) belirtilmeksizin edimde bulunması durumlarında, edimi alan tarafın objektif bakış açısına (*Empfängershorizont*) göre edimin yöneldiği hukuki ilişkinin tespit edilerek, fer’i bağlama noktası olarak tespit edilen hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun

sebepsiz zenginleşme isteminde yetkili olması gerekecektir. Zira itfa amacını (*Tilgungsbestimmung*) belirtilmeksizin karşı tarafa edimde bulunan tarafın, onun ilerideki iade isteminin karşı tarafıyla arasındaki hukuki ilişkilerden birine uygulanacak hukukunun iade istemine uygulanabileceğini öngörebilecek pozisyonudadır ve ayrıca kanunlar ihtilafı hukuku altında da korunmasına gerek yoktur.

Avusturyalı hukukçu *Bydlinski* tarafından ortaya atılan sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren statünün (*Vernichtungsstatut*) sebepsiz zenginleşme isteminde de yetkili olması gerektiği görüşü, bize göre kabul edilemez. Zira sebepsiz zenginleşme istemlerinde fer'i bağlama noktasının uygulanmasıyla tarafların ortaklaşa olarak önceden objektif olarak öngörebildikleri hukukun yetkili olması amaçlanmaktadır. Buna karşılık, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralının sözleşmenin geçersiz olarak kabul edilmesine sebebiyet vermesi hallerinde *lex fori*'nin uygulanması ya da taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması sebebiyle geçersiz sayılan sözleşmelere ilişkin iade istemlerinde ehliyet statüsünün uygulanması şeklindeki yaklaşımlar, tarafların karşılıklı olarak önceden öngörebildikleri hukuk nizamıyla muhatap olmaları gerektiği amacına aykırı olacaktır.

İrade sakatlığı hallerinde bilhassa “korkutma” halleri açısından Alman doktrinde fer'i bağlama noktasının uygulanmaması gerektiğine ilişkin görüşleri ele aldık. Yalnız bu görüşler uygulanması ortada bir “edim” olması gerektiğine indirgenmiş EGBGB Art. 39/1'in uygulanmamasına ilişkindir ve EGBGB Art. 41 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk olarak haksız fiil statüsünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Gerçekten de korkutulan tarafın, önceden öngörebileceği sebepsiz zenginleşmeye sebep olan bir sözleşmesel ilişki söz konusu olmayacaktır. Yalnız, eğer korkutan taraf aynı zamanda sebepsiz zenginleştiği iddia edilen tarafsa MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca fer'i bağlama noktası vasıtasıyla haksız fiil statüsü sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, sebepsiz zenginleştiği iddia edilen tarafın korkutma eyleminde bulunmadığı ve üçüncü kişinin

korkutması sonucu kurulan sözleşmelerle ilişkili olan sebepsiz zenginleşme istemlerinde MÖHUK m.39/1 c.1 uygulama alanı bulamayacaktır. Zira tarafların ortaklaşa varsaydıkları ve öngörebildikleri bir hukuk nizamı söz konusu olmayacaktır. Bu durumda MÖHUK m.39/1 c.2 uyarınca zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku yetkili olacaktır.

MÖHUK m.39/1 c.1'i geniş olarak yorumlanması gerektiğinden, MÖHUK m.39/1 c.2'nin uygulama alanı dardır. MÖHUK m.39/1 c.2'de fer'i bağlama noktasının tek alternatif bağlama noktası olarak çoğu zaman rastlantısal bir yer olan “zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun” kabul edilmesi isabetsiz olmuştur. Daha sıkı ilişkili olarak, tarafların önceden öngörebilecekleri müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku, tıpkı Roma II Tüzüğü m.10/2'de olduğu gibi kanun koyucu tarafından kabul edilebilirdi. Bu husus kabul edilmeseydi bile, MÖHUK m.24/4 ve MÖHUK m.34/3 ile paralel şekilde her halukarda daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde onun uygulanabileceğine ilişkin bir istisnai kaçış hükmü kabul edilmesi gerekirdi ve hatta bu tarz bir düzenleme yeterli olurdu.

MÖHUK m.39/1 c.2'nin kapsamı belirttiğimiz üzere dar olup; bu çalışmamızda ayrıntılı olarak vurguladığımız üzere müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme halleri bu kapsama girmemelidir. MÖHUK m.39/1 c.2 kapsamına Taraflar arasında mevcut veya karşılıklı varsaydıkları bir hukuki ilişkinin olmadığı edimin hedefinin saptığı haller (*abgeirrte Leistung*) girmektedir. Zenginleşmenin gerçekleştiği yerin tespiti rastlantısal olmasından dolayı doktrinde de çok tartışmalı bir hal almış olduğunu belirttik.

Taraflar arasında mevcut veya karşılıklı varsaydıkları bir hukuki ilişkinin olmadığı edimin hedefinin saptığı haller bakımından doktrindeki görüşleri ayrıntılı olarak çalışmamızda yer verdik. Bizim görüşümüze göre, zenginleşmenin gerçekleştiği yerin tespiti açısından zenginleşmenin banka ve benzeri uluslararası havale işlemleri şeklinde olup olmadığı ayırımına gidilmelidir. Sebepsiz zenginleşme istemine muhatap olan havale alıcısı hesap sahibi, banka ile ciro sözleşmesi

akdederek banka hesabı açmasıyla hesabın bulunduğu ülkede kazanımda bulunabileceğini ve o ülkenin hukuk kurallarıyla muhatap olabileceğini öngörebilecek durumda olacaktır. Bu bakımdan, bu tarzdaki uluslararası para transferlerinde kazandırmada bulunan taraf , zenginleşen tarafın banka hesabının bulunduğu ülkeden farklı bir ülkedeki mutad meskeni, iş yeri ya da ikamet yeri hukuku ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Banka ve benzeri uluslararası havale işlemleri dışındaki edimin hedefinin saptığı hallerde ise, zenginleşen tarafın önceden özel olarak muhatap olabileceğini öngörebileceği bir hukuk olmayacaktır. Böylece zenginleşen taraf kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında daha çok korunmayı hak edeceğinden; zenginleşen gerçek kişi ise ilk olarak onun mutad mesken hukuku, yoksa yerleşim yeri hukuku (taraflar arasında ticari veya mesleki bir faaliyete dayalı hukuki bir ilişki olamadığından iş yerinden söz etmek mümkün olamayacaktır), tüzel kişilerde ise idare merkezinin bulunduğu devlet hukuku zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku kabul edilmelidir.

Harcamadan (kurtulmadan) ötürü zenginleşme “*Verwendungskondition*” hallerinde ise öncelikle MÖHUK m.39/1 c.1’in uygulama alanı ele alınmalıdır.. Zira MÖHUK m.39/1 c.1’de “ zenginleşmeye sebebiyet veren mevcut veya varsayılan hukuki ilişki” kavramına bizim görüşümüze göre malik-zilyet ilişkisi de girecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Böylece, taraflar arasında mevcut veya varsayılan bir hukuki ilişki söz konusu ise o ilişkiye uygulanacak hukuk (örneğin geçersiz taşınmaz satışında görünüşte alıcının taşınmaz konusu eşyaya yaptığı harcamalarda sözleşme statüsü) MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır. Bunun dışındaki hallerde ise harcama bir eşyaya ise , taraflar arasında zilyet-malik ilişkisi söz konusu olacağından ve bu da “hukuki ilişki” sayılacağından yine MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca aynı hak statüsünün hakim olması gündeme gelecektir.

Türk doktrininde MÖHUK m.39/2’de yer alan ve taraflara **hukuk seçimi** imkanı veren bir hükme yer verilmesinin, bunun tatbik kabiliyetinden yoksun olması gerekçesiyle gereksiz olduğu şeklindeki yaklaşıma katılmamaktayız. Taraflar pekala ve bilhassa karşılıklı istemlerin söz konusu olduğu hallerde sebepsiz zenginleşmenin

varlığı üzerinde anlaşmalarına rağmen, zenginleşmenin tasfiyesinin nasıl yapılabileceğinin tespiti (iadenin aynen mi, ikame olarak mı ya da ilk kimin iadede bulunacağı gibi hususları tespit edebilmek amacıyla) ya da tarafların uygulanacak yabancı hukuk yerine hakimin hukukunu -*lex fori*'yi- hakim tarafından daha iyi bilinmesi sebebiyle uygulanmasını karşılıklı olarak istemeleri sebebiyle hukuk seçiminde bulunma yoluna gidebilirler. Bu tarz hususlarla uygulamada karşılaşılması zor olsa da, sırf uygulamada karşılaşılması zor diye irade muhtariyetinin kısıtlanması kabul edilemez.

Hukuk seçimi açısından MÖHUK m.39/2'nin düzenleniş biçimini de hatalı bulduğumuzu karşılaştırmalı olarak çalışmamızda belirttik. MÖHUK m.39/2'nin lafzi yorumuyla tüm sebepsiz zenginleşme halleri açısından uygulanması durumunda tarafların arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin hukuk seçimi imkanlarını sınırladığı sonucu çıkmaktadır. Halbuki ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, fer'i bağlama noktası gereği (MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca), zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK m.39/2 hükmüne karşı özel niteliktedir. Örneğim, fer'i bağlama noktası gereği tespit edilecek zenginleşmeye sebep olan mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca hukuk seçimi imkanı tanınmamışsa (örneğin MÖHUK m.25 uyarınca taşınmaz satışı) sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin de bir hukuk seçimi söz konusu olmayacaktır. Aynı doğrultuda, MÖHUK m.39/2'de zımnen hukuk seçimi kabul edilmese de; geçersiz bir eser sözleşmesinden kaynaklı sebepsiz zenginleşme istemine ilişkin olarak MÖHUK m. 24/1 c.2'de zımnen hukuk seçimi kabul edildiğinden, taraflar zımnen hukuk seçiminde bulunabileceklerdir.

MÖHUK m.39/1 c.2 alanına giren sebepsiz zenginleşme istemleri açısından ise **MÖHUK m.39/2'de yer alan sınırlamalara** gerek olup olmadığını karşılaştırmalı olarak ele aldık. Hukuk seçiminin sonradan olması gerektiği şartı bize göre tutarsızdır. Bize göre her ne kadar kanun gerekçesinde yer verilme de bu sınırlamanın sebepleri şunlardır: Tıpkı haksız fiilde olduğu gibi taraflar arasındaki

hukuki ilişkinin ilk olarak zenginleşmeye sebebiyet veren olay ile meydana geldiği yaklaşımı ve sözleşme dışı ilişkilerde haksız fiilde zarar gören gibi sebepsiz zenginleşme alacaklısının “korunmaya değer taraf” olarak kabul edilerek korunması gerektiği yaklaşımı. Uygulamada karşılaşımla şansı zor olsa da, tarafların önceden hukuk seçiminde bulunabilmelerine, Roma II Tüzüğü m.10’da olduğu gibi tarafların karşılıklı olarak ticari veya mesleki faaliyetleri doğrultusunda serbestçe müzakere edebildikleri haller bakımından irade muhtariyeti ilkesi gereği yer verilmesi daha tutarlı olacaktır. Aynı doğrultuda zımni hukuk seçiminin sınırlanmasına da yer verilmiş olması da bize göre tutarlı değildir ve taraf iradeleri her zaman ön planda tutulmalıdır. Fakat mevcut düzenleme de kanun koyucu bu hususları kabul etmemiştir.

Kamu düzeninin müdahalesi açısından genel prensipler geçerli olacaktır. Ayrıca, *Condictio Ob Turpem (vel iniustam) Causam*’ın istisna hali olarak hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın” gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğinin ve bizim maddi hukuk açıklamalarımızda ele aldığımız üzere Anayasa’ya aykırı bulduğumuz hakimin “hukuka ya da ahlak aykırı amaçla verilen şeyi devlete mal etme” yetkisinin düzenlendiği TBK m.81 hükmünün amacı tarafları cezalandırmak değildir. Bu hükümde kanun koyucunun hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın” gerçekleşmesi amacıyla edimde bulunan tarafın hukuki korumaya layık olmadığına ve edimi alanın da mükâfatlandırılmamasına ilişkin bir tercihi söz konusu olduğundan, TBK m.81 c.1 ve c.2 hükümleri doğrudan uygulanacak kural olarak kabul edilemeyecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise **ikiden fazla kişinin bulunduğu hukuki ilişkilerde sebepsiz zenginleşme taleplerine** uygulanacak hukuku, maddi hukuk düzenlemelerine de yer vererek, ele aldık. Yabancılik unsuru içeren üç ve daha fazla köşeli ilişkilerde de, genel kaide olarak hukuki ilişkinin tarafları kimse, onlar arasındaki mevcut veya varsayılan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk karşılıklı sebepsiz zenginleşme istemlerinde uygulanacaktır. Fakat yabancılik unsuru içeren üç ve daha fazla köşeli ilişkilerin niteliği gereği, sebepsiz zenginleşme isteminin

tarafları arasında bir hukuki ilişki olmamasına rağmen, istisna olarak bazı hallerde onların karşılıklı olarak öngörebildikleri üç veya daha fazla köşeli ilişkiyi oluşturan bir başka hukuki ilişkinin en sıkı irtibatlı hukuk olarak uygulanması söz konusu olabilecektir. MÖHUK m.39/1 c.1’de “ taraflar arasında” ibaresine yer verilmemesi bu bakımdan tutarlıdır. Sebepsiz zenginleşmeye sebep olan ve taraflarca varsayılan hukuki ilişki kavramı ile bu sonuca ulaşılabilir. Zira tarafların karşılıklı olarak öngörebilecekleri hukuk nizamlarıyla karşı karşıya bırakılmaları gerekmektedir. Aşağıda söz konusu kabul ettiğimiz istisnalara yer vermekteyiz:

-Havale ve Banka Havalelerinde, havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanacak hukuka ilişkin üç temel görüş karşımıza çıkmaktadır:1)) direkt istemin havale eden ile havale alıcısı arasındaki ilişki olan değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olması, 2)) direkt istemin havale edenle havale ödeyicisi arasındaki ilişki olan karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukuka tabi olması ve 3) Zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması görüşleri. Bu görüşleri ele aldıktan sonra, havale ilişkisinde somut olaya göre çözümde bulunması gerektiğini savunduğumuzu vurguladık. Eğer havale ödeyicisi (banka havalelerinde banka) havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisini bilerek havale alıcısına kazandırmada bulunuyorsa; MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca havale eden ile havale alıcısı arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuk havale ödeyicisinin havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde yetkili olacaktır. Buna karşılık havale ödeyicisi, havale eden ile havale alıcısı arasındaki hukuki ilişkiyi bilmeden kazandırma bulunmuşsa, havale alıcısı kendi tarafı olmadığı havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisini (*Deckungsverhältnis*) önceden öngörebilecek durumdadır. Zira havale alıcısı kendisine havale yoluyla kazandırmada bulunulacağını kabul ettiğinden, bu durumlarda havale edenle havale ödeyicisi arasındaki karşılık ilişkisine (*Deckungsverhältnis*) uygulanacak hukuk MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca söz konusu sebepsiz zenginleşme isteminde uygulanacaktır.

-**Akreditife** ilişkin olarak, doktrinde de görüş birliği olduğu üzere, amir bankanın lehdara karşı sebepsiz zenginleşme istemlerinde MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca akreditif statüsü yetkili olacaktır, Zira lehdarın kabulü ile amir banka tarafından kendisine kazandırmada bulunulmakta ve amir banka da amir ile lehdar arasındaki temel ilişkiden bağımsız olarak akreditif şartlarını göz önünde bulundurarak ve borç altına girerek ödeme yapmaktadır. Akreditif ilişkisinde teyit bankası araya girmekte ise, bu hallerde teyit bankası ayrı bir borç ilişkisi ekseninde akreditif lehdarına karşı bağımsız bir yükümlülük yüklendiğinden dolayı, teyit bankasının akreditif lehdarına karşı sebepsiz zenginleşme isteminde onların arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk yetkili olacaktır.

-**Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde** taahhüt edenin üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme istemlerinde ise, taahhüt eden ile taahhüt ettiren arasındaki hukuki ilişkiye karşılıklı ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) yani tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır. Zira kendi tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiden alacaklı duruma gelmekte ve kendisine bu ilişki bağlamında kazandırmada bulunulmasını kabul edip etmemekte serbest olan üçüncü kişi, taahhüt ettiren ile taahhüt eden arasında tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi öngörebilecek pozisyonudur.

-**Alacağın temlikinde** ise, borçlunun temlik alana karşı sebepsiz zenginleşme istemlerinde temlik eden alacaklı ile borçlu arasındaki asıl alacak ilişkisine uygulanacak hukukun MÖHUK m. 39/1 c.1 uyarınca yetkili olacağı tartışmasızdır. Zira temlik alan asıl alacak ilişkisini öngörerek kazanımda bulunmakta; borçlu da temlik eden alacaklı ile arasındaki asıl borç ilişkisini göz önünde bulundurarak ifade bulunmaktadır. Alacağın temlikinin geçersiz olduğu hallerde de sonuç aynı gerekçelerle aynı olacaktır.

Temlik alan ile temlik eden arasındaki sebepsiz zenginleşme istemlerinde - *alacağın temlikine temel teşkil eden hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun-* (*Zessionsgrundstatut*) yetkili olması söz konusu olacak ve bu hallerde asıl borç ilişkisinin uygulanmasına ilişkin bir istisna kabul edilmeyecektir. Zira, görünüşte

temlik alan ile temlik eden öncelikle kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi göz önünde bulundurmaktadırlar.

Birden fazla temlik halinde borçlunun asıl temlik alan kişi yerine yetkisiz kişiye ifada bulunarak borçtan kurtulduğu olasılıklarda, asıl temlik alan ile onun alacak hakkına müdahalede bulunan kişi konumunda olan “görünüşte” temlik alan arasında sebepsiz zenginleşme istemi söz konusu olabileceğinden, asıl temlik alanın “görünüşte” temlik alan tarafa karşı sebepsiz zenginleşme isteminde MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca onların karşılıklı olarak öngörebildikleri hukuki ilişki olan temlik eden alacaklı ile borçlu arasındaki “asıl alacak ilişkisine” uygulanacak hukukun yetkili olması söz konusu olacaktır.

- **Yabancı borcun ifası hallerine** ilişkin olarak ise, eğer üçüncü kişi ile alacaklı arasında özel bir sözleşme yoksa üçüncü kişinin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme istemlerinde alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk – değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) - MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır. Zira üçüncü kişi yabancı bir borç ilişkisine ilişkin ifada bulunarak, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk ile karşı karşıya kalabileceğini öngörebilecek pozisyonadadır. Üçüncü kişinin borçluya karşı sebepsiz zenginleşme istemlerinde, eğer aralarında özel bir hukuki ilişki (sigorta sözleşmesi gibi) yoksa, borçlu ile alacaklı arasındaki değer ilişkisine (*Valutaverhältnis*) uygulanacak hukuk MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır.

-**Kefalet ve garanti sözleşmelerinde** ise, her ne kadar her iki sözleşme ayrı nitelikte olsa da kanunlar ihtilafı hukuku açısından tarafların pozisyonları aynıdır. Bu bakımdan üç köşeli bu hukuki ilişkilerdeki istemlerdeki istisnaları beraber belirtmekteyiz:

Asıl borç ilişkisinin geçerli olup kefalet (ya da garanti) sözleşmesinin geçersiz olması durumunda kefilin (ya da garanti edenin) alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde, taraflar arasındaki kefalet (ya da garanti) sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca yetkili olacaktır. İstisna olarak, kefilin (ya da garanti edenin) borçluya karşı isteminde ise öncelikle kefalet sözleşmesi statüsünde

(ya da garanti sözleşmesi statüsünde) özel halefiyet – kanuni devir- “*cessio legis*” halinin düzenlenmiş olup olmadığı bakılmalıdır. Eğer özel halefiyet durumu söz konusu değilse ve ayrıca borçlu ile kefil (ya da garanti eden) arasında borçlu için kefil olacağına (ya da garantide bulunacağına) ilişkin özel bir sözleşme yoksa, MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borca uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. Zira kefil (ya da garanti eden) bir başkasının borcuna kefil oluyorsa (ya da garanti ediyorsa) isteminin borçlunun borcuna uygulanacak hukuka tabi olabileceğini öngörebilecek pozisyonudur.

Asıl borç ilişkisi geçersiz ise, kefilin (ya da garanti edenin) görünüşteki alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme isteminde ise bir istisna söz konusu olmayacak taraflar arasındaki kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. Yalnız bu hallerde kefalet sözleşmesine (ya da garanti sözleşmesine) uygulanacak hukukun görünüşte alacaklıya karşı herhangi bir sebepsiz zenginleşme istemine olanak vermeyebilir. Bu tarz durumlarda, eğer asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuk görünüşte alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme istemini tanıyorsa; görünüşte alacaklının, tarafı olduğu iki farklı borç ilişkisine (asıl borç ilişkisi ve kefalet/garanti sözleşmesine) farklı hukukların uygulanmasıyla hiçbir iade yükümlülüğünde bulunmayacak olmasından dolayı avantajlı bir konuma sokulması engellenmelidir. Bu hallerde “intibak” yoluyla asıl borç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulanması gündeme gelebilecektir.

Sebepsiz zenginleşenin üçüncü kişiye ivazsız kazandırmada bulunduğu durumlarda, alacaklının üçüncü kişiye sebepsiz zenginleşme isteminde bulunup bulunamayacağının hangi hukuka göre tespit edileceğine ilişkin tartışmaları da çalışmamızda ayrıntılı olarak ele aldık. Üçüncü kişi kendisine yabancı olan bir hukuki ilişkiyi ve buna uygulanacak hukuku öngörebilecek pozisyonunda olmayıp; sebepsiz zenginleşme talebinde bulunan taraf da üçüncü kişi ile üçüncü kişiye ivazsız kazandırmada bulunan asıl sebepsiz zenginleşen arasındaki hukuki ilişkiyi bilebilecek pozisyonunda değildir. Bu hallerde ortada bir müdahaleden ötürü bir sebepsiz zenginleşme söz konusu olduğundan; MÖHUK m.39/1 c.1 uyarınca zenginleşme konusu bir eşya ise “ayni hak” statüsü uygulanacaktır. İvazsız

kazandırılan sebepsiz zenginleşme konusu şey bir alacak hakkı ya da fikri-sınai mülkiyet hakkı ise müdahaleden ötürü zenginleşme hallerine ilişkin ele aldığımız çözümler geçerli olacaktır.

En son olarak bu çalışmamızda ele aldığımız hususlar ve görüşlerimiz çerçevesinde MÖHUK m.39 hükmünün aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini önermekteyiz:

“MÖHUK m.39: “(1) Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya taraflarca varsayılan hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Bu fıkra uyarınca tespit edilebilen hukuka ilişkin olarak taraflarca hukuk seçiminde bulunulabilmesi ve şartları, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kurallarına tabidir.

(2) İlk paragrafta belirtildiği şekilde uygulanacak hukuk tespit edilemiyorsa; sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği devlet hukuku uygulanır. Ancak sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinin veya hayat ilişkisinin bir başka devlet ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde zenginleşmenin gerçekleştiği devlet hukuku yerine bu devlet hukuku uygulanır.

(3) İkinci fıkra uyarınca tespit edilebilen hukuka rağmen, taraflar hukuk seçiminde bulunulabilir. Sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden önce hukuk seçiminde bulunulabilmesi ise, tarafların karşılıklı olarak ticari veya mesleki faaliyetleri doğrultusunda serbestçe müzakere edebildikleri hallerde sadece mümkündür. “

KAYNAKÇA

- Abik , Yıldız : **"Nişanlanma ve Nişanlılık", AÜHFD**
2015 C. 54 Sa.2,Ankara, 2005
- Akbaş, Kasım : **"Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 1 , İstanbul, 2016**
- Akyol, Şener **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul , 2008**
- Akıncı , Ziya **Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul,2020**
- Akıntürk ,Turgut / Ateş, Derya : **Borçlar Hukuku, İstanbul , 2019**
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya : **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul,2018**
- Althammer, Christoph **Schuldrecht III- Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, Stuttgart, 2015**
- Antalya, Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2018**

Anık, Gülgün :

"Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", TBB Dergisi ,Sayı 59, Ankara,2005

Aral,Vecdi :

Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 2001

Arıkan, Mustafa :

"Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", SÜHFD, Cilt 13 Sayı 1 , Konya, 2005

Armgaradt, Matthias

Der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB im Licht der neuesten Rechtsprechung des BGH (NJW 2006, 2073, beck-online) beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2020

Ataay, Aytekin :

Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul,1981

Ateş, Derya

Boçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık , Ankara, 2006

Aydın, Sezer / Remzi, Mehmet :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul , 2017

Backmann, Roland Michael

"Art 10 Rom II-VO", **Juris PraxisKommentar BGB Band 6 Internationales Privatrecht**, (ed. Ingo Ludwig) 6. Auflage, Juris GmbH, Saarbrücken, 2013

von Bar, Carl Ludwig :

Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts -2. Band,
, Hannover 1889

von Bar, Christian

Internationales Privatrecht Zweiter Band, C.H. Beck'sche
Verlagsbuchhandlung, München, 1991

Bassenge, Peter :

**"Vorb v. § 994", Palandt Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage,**
München, 2008

Başara Gamze Turan / Başara, İzzet :

**Borçlar Kanunu Tasarısında İrade
Sakathıkları, Prof. Dr. Fırat Öztan'a**
Armağan Cilt I , Ankara, 2010

Bayeler, Karin :

**“Art. 466” “Handkommentar zum
Schweizer Privatrecht -
Vertragsverhältnisse Teil 2:
Arbeitsvertrag, Werkvertrag,
Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-
529 OR”, Zurich, 2016**

Bayer, Walter :

Der Vertrag zugunsten Dritter,
Tübingen, 1985

Behrens, Tim :

**Bereicherungsrechtliche
Mehrpersonenverhältnisse im
Internationalen Privatrecht, Jenaer
Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft
mbH, Sipplingen 2011**

Bellican, Cüneyt :

**"Kişilik Hakkını Oluşturan Kimi
Unsurların Ticari Amaçlı İzinsiz
Kullanımı", İstanbul Kültür
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 18 Sayı 1 (ed. Nihat Ural),
İstanbul,2019**

Berger, Christian

**Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch:
BGB, 17. Bası, 2018 , n. 1 www.beck-online.beck.de (çevirimiçi)**

Birks, Peter

**Unjust Enrichment, Oxford University
Press, 2. Edition, King's Lynn, 2005**

Blaikie, James

**"Unjust Enrichment in the Conflict of
Laws", Sweet and Maxwell, 1984**

Bläser, Alexander :

**Die Zinsen im schweizerischen
Obligationenrecht, St. Galler , 2011**

Bozer, Ali :

**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Ankara, 2007**

Böhm, Ferdinand :

**Die Räumliche Herrschaft der
Rechtsnormen auf dem Gebiete des**

Privatrechts einschliesslich des Handels- , Wechsel- und Konkursrecht, Erlangen, 1890

Brudermüller, Gerd :

"Einf. v. § 1297, 1298" Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage, München, 2008

Buis, Eric :

"Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 3. Juli 2001, X. S.A. c. Y. SpA (4C.128/2001), BGE 127 III 553 = SemJud 2002 I 216 = Pra 2002 Nr. 43, Berufung.", Aktuelle Juristische Praxis, Zürich 2002

Burrows, Andrew

The Law of Restitution, Oxford University Press, London, 1993

Busse, Daniel :

"Die geplante Kodifikation des Internationalen Bereicherungsrechts in Deutschland", Die Recht der Internationalen Wirtschaft , 1999

Busse, Daniel :

Internationales Bereicherungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998

Busse, Daniel :

"Internationales Bereicherungsrecht zwischen EGBGB-Reform und "Rom II", Die Recht der Internationalen Wirtschaft , 2003

- Buz, Vedat : **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998
- Bürgi-Wyss, Alexander Christoph : **“Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag”**, Zürich, 2005
- Bydlinski, Franz **“Anmerkung zu OGH, ZfRV 1961, 18”**, **Zeitschrift für Rechtsvergleichung**, Wien, 1961
- von Cämmerer, Ernst : **“Bereicherung und unerlaubte Handlung”**, **Festschrift für Ernst Rabel, Band I**, Tübingen, 1954
- von Cämmerer, Ernst : **“Irrtümliche Zahlung fremder Schulden”**, **Festschrift für Hans Dölle Band I**, Tübingen, 1963
- Canaris, Claus-Wilhelm **“Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”**, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag** (ed. by Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München, 1973
- Cansel, Erol : **“Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme**

Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan,
Ankara, 1970

Céline, Martin :

**Das Konrokorrent im Schweizerischen
Bankgeschäft,** Zürich, 2020,
[https://www.swisslex.ch/\(çevirimiçi\)](https://www.swisslex.ch/(çevirimiçi))

Centel Nur / Zafer Hamide /
Çakmut, Özlem

Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul ,
2010

Dicey and Morris, **The Conflict of
Laws,** 12. Edition, Sweet & Maxwell,
London, 1993

Collins Lawrence / Briggs Adrian /
Hill Jonathan McClean / J.D. /
Morse C.G.J. ,

**Dicey and Morris on The Conflict of
Laws,** 13. Edition, Sweet&Maxwell,
London, 2000

Collins Lawrence / Briggs Adrian /
Hill Jonathan McClean / J.D. /
Morse C.G.J. ,

**Dicey and Morris on The Conflict of
Laws,** 14. Edition, Sweet&Maxwell,
London, 2006

Costede, Jürgen :

**Dogmatische und Methodologische
Überlegungen zum Verständnis des
Bereicherungsrechts,** Bern,1977

Crawford, Elizabeth B.

International Private Law in Scotland,
W.Green/Sweet&Maxwell, Edinburgh,
1998

Çabri, Sezer

**“Akreditifte Temel İlişkiden Doğan
Borcun Hiç Veya Gereği Gibi İfa
Edilmemesinin Akreditif İlişisine
Etkisi”** “Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
(C.2 , Sayı 3.), İstanbul 2016

Çağlayan Aksoy,Pınar :

**“Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda
İade Talebinde Bulunulmasını
Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü
Üzerine Bir İnceleme”**, Banka ve
Ticaret Hukuku Dergisi (Ed. Korkut
Özkorkut) , C. 31 Sayı 4, ;Ankara, 2015

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır :

Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 14.
Bası, İstanbul, 2016

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır :

Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 17.
Bası, İstanbul, 2021

Danneman, Gerhard :

**The German Law of Unjust
Enrichment and Restitution**, New
York, 2009

Demir, Ömer Faruk :

İstirdat Davası, İstanbul, 2020

Degner, Egbert Paul :

Kollisionrechtliche Probleme zum Quasikontrakt, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1984

Dicey , Albert Venn :

The Conflict of Laws, Stevens and Sons, 6. Edition, London, 1949

Dickinson, Andrew

The Rome II Regulation , Oxford, 2008

Dickinson, Andrew A.

The Rome II Regulation : The Law Applicable to Non-contractual Obligations, Oxford University Press, Oxford, 2010

Dinçer Araz, Nilgün :

"Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursum actionum) Genel Bir Bakış", T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan-Özel Sayı, Cilt 23" İstanbul, 2017

Doğan, Vahit :

Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016

Doss, Andrea / Schnyder, Anton K.

"IPRG 128", Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,Schultess Verlag,Zurich, 2007

Dörner, Heinrich

Dynamische Relativität, München, 1985

Dörner , Heinrich

**“Kondiktion gegen den Zedenten
odere gegen den Zessionar?”**,NJW
1990,473, beck-online.beck.de
(çevirimiçi)

Dörner, Heinrich :

“Rom II-Vo Art. 10”,Nomos
Kommentar -Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar, Ed: Reiner Schulze, 9.
Auflage, Baden-Baden, 2016

Dörner, Heinrich :

Vorbemerkung zu Artikel 3–6, Nomos
Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar), Ed: Reiner Schulze,
2019

Dural, Mustafa :

**Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki
İmkansızlık**, İstanbul, 1976

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan /

Gümüş, Mustafa Alper :

**Türk Özel Hukuku Cilt III Aile
Hukuku**, İstanbul, 2020

Eilinghoff, Maren B.

**“Das Kollisionrech der
ungerechtfertigten Bereicherung nach
dem IPR-Reformgesetz von 1999”** ,
Peter Land GmbH , Frankfurt Am Main,
2004

Einsele, Dorothee

“Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung”, JZ, 1993, [jstor.org/stable/pdf/20821171.pdf](https://www.jstor.org/stable/pdf/20821171.pdf) (çevirimiçi) 21 Nisan 2020

Ellger, Reinhard :

Bereicherung durch Eingriff, Tübingen, 2002

Emmerich, Volker :

§ 285, Münchener Kommentar-Bürgerliches Gesetzbuch- Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München, 2012

Eren, Fikret :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015

Eren, Fikret :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018

Eren, Fikret :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2020

Erdoğan, İhsan :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013

Erdoğan, İhsan :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017

Erdoğan, Belgin :

Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014

- Ergüne, Mehmet Serkan : **"Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", İÜHFM C. LXXIV, İstanbul, 2016**
- Ernst, Wolfgang **§ 284, Münchener Kommentar-Bürgerliches Gesetzbuch- Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München, 2012**
- Esener, Turhan **"Devletler Hususi Hukukunda İrade Muhtariyeti Prensibi", AÜHFD, C.11, Ankara, 1954**
- Esser, Joseph : **Schuldrecht Besonderheit, Karlsruhe, 1971**
- Fawcett, J.J. / Carruthers, Janeen M. **Cheshire/North/Fawcett Private International Law, 14. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008**
- Fehrenbacher, Oliver **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (ed. Hanns Prütting/Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, Luchterhand Verlag, 11. Auflage , München, 2016**
- Ferrari, Franco / Kieninger, Eva-Maria / Mankowski, Peter **Internationales Vertragsrecht Kommentar, München, 2012**
- Fikentscher, Wolfgang : **Schuldrecht, Berlin , 1985**

Fischer, Gerfried

“Die Neuregelung des Kollisionsrechts der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag im IPR-Reformgesetz von 1999”, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2002

Flessner, Axel

Intressenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen, 1990

Friedmann, Wolfgang :

Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, 1930

Füllemann-Kuhn, Verena

Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht, Zurich, 1977

Gauch, Peter/ Schlupe, Walter R./

Schimid, Jörg / Emmenegger, Susan :

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2014

Gautschi, Georg :

Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen

- Vertragsverhältnisse**, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/6, Bern, 1962
- Gebauer, Martin **“Artikel 14 ROM II”**, NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013
- Giger, Hans : **“Art 103 OR”, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, Dike Verlag AG, Zurich, 2016
- Giray, Faruk Kerem **“Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, sa.1,
- Girsberger Daniel / Gassmann, Richard **“Art. 15 IPRG”**, Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108, 3. Auflage, 2018
- Grawehr, Patrick A. **Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht der Schweiz – unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, englischen und US-amerikanischen Rechts**, Dike Verlag St Gallen 1991

Gregor, Mercier **“OR 84”**, CHK- Handkommentar zum
Schweizer Privatrecht, Schulthess
Juristische Medien AG, Zurich, 2016

Grüneberg, Christian “§ 313”, Palandt Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage,
München, 2008

Guhl, Theo / Koller, Alfred : **Das Schweizerische Obligationenrecht,**
Schultess Juristische Medien AG,
Zurich, 2000

Hahn, Anne-Catherine “OR 62” , **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zurich, 2007

Hatemi, Hüseyin : **Aile Hukuku,** İstanbul, 2020

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,**
İstanbul, 2015

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona /
Arpacı, Abdülkadir

Borçlar Hukuku – Özel Bölüm,
İstanbul , 1992

v. Hein, Jan **“Einleitung zum Internationalen Privatrecht”**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 12, 8. Auflage, München, 2020

Heini, Anton / Furrer, Andreas **“IPRG 13” Zürcher Kommentar zum
IPRG - Band I - Art. 1-**

**108Kommentar zum Bundesgesetz
über das Internationale Privatrecht
(IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3.
Auflage, Schulthess, Zurich, 2018**

Heinrichs, Helmut :

**"§ 267", Palandt Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar, 67. Auflage,
München, 2008**

Heizmann, Reto :

**Strafe im schweizerischen Privatrecht,
Stämpfli Verlag AG, Zurich, 2015**

Heldrich, Andrea

**(IPR) Einleitung vor EGBGB 3,
Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
Kommentar, 67. Auflage, München,
2008**

Hess, Martin :

**“Bargeldlose Überweisung mit Hilfe
von Interbankzahlungssystemen -
Vertrauenshaftung im
Zahlungsverkehrsrecht?”, Zeitschrift
für juristische Weiterbildung und Praxis,
Bern, 1996**

Hirsch, Christoph :

**Schuldrecht Besonderer Teil, Nomos,
5. Auflage, Baden-Baden, 2018**

Hirse , Thomas

**Die Ausweichklausel im
Internationalen Privatrecht
methodentheoretische und -kritische**

**Gedanken zur Konkretisierung einer
besonderen kollisionsrechtlichen
Generalklausel**, Tübingen 2006

Hitz, Flurina :

**“Art. 728”, Handkommentar zum
Schweizer Privatrecht** (ed. Peter
Breitschmid, Alexandra Jungo),
Schultess Juristische Medien AG,
Zurich, 2016

Huber, Peter / Bach, Ivo :

**Art. 10 Rome II , Rome II Regulation
Pocket Commentary**, ed. by. Peter
Huber, Sellier European Law Publishers,
München, 2011

Huber, Peter

“Art. 38 EGBGB” , Nomos Kommentar
BGB Allgemeiner Teil – EGBGB, Band
1 , 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-
Baden, 2012

Hüßtege, Rainer

Internationales Privatrecht, Verlag
C.H. Beck, München, 2005

Hochloch, Gerhard

**“Art 10 Rom II VO”, Erman
Bürgerliches Gesetzbuch** (ed. Harm
Peter Westermann/ Barbara Grünwald /
Georg MeierReimer) 15. Auflage,
Otto Schmidt, Köln, 2017

von Hoffmann Bernd / Thorn, Karsten

Internationales Privatrecht, Verlag
C.H. Beck , München ,2007

Honsell, Heinrich	“Drei Fragen des Bereicherungsrecht”, Festschrift für Hermann Schulín, Basel, 2002
Honsell, Heinrich	Obligationenrecht Besonderer Teil , Bern , 2010
Hoyer, Hans :	“ Probleme des Bereicherungsstatus im österreichischen IPR”, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 12, Wien, 1971
Huguenin, Claire	Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Verlag, Zurich , 2012
Huo, Zhengxin	Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law, 2011
Huwyler, Bruno	"Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht", ed. Nedim Peter Vogt/ Dieter Zobl, Festschrift für Hermann Schulín, Basel 2002
Isler, Michael	Der Direktanspruch in internationalen Vertragsketten, Schultess Verlag, Zurich , 2011

İnan, Ali Naim / Yücel, Özge :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul,2014

İnce, Nurten :

“Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018,Malatya,2018

İslamoğlu, Gülşah :

“Havale” , EÜHFD 2019 C. 14 Sayı 2., Kayseri, 2019

İstemi, Mehmet :

"Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukuki Dayanağı- Ecri Misil Sorunu", TBB Dergisi 1998/1, Ankara, 1998

İşleten, Mehtap İpek

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması” , Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1 , İstanbul, 2013

Jakobs, Horst Heinrich :

Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn, 1964

Jahn, Christian Hendrik :

**Der Bereicherungsausgleich im
Mehrpersonenverhältnis**, Heidelberg,
2014

Jenny, Reto M.

**“Die Eingriffskondiktion bei
Immaterialgüterrechtsverletzungen”**,
Zurich, 2004

Jerger, Christoph :

**Der Ausschluss der Rückforderung
erbrachter Leistungen zulasten des
Täuschenden**, Bielefeld, 2016

Johann, Kindl :

“§ 311a” , Erman BGB Kommentar,
13. Auflage, Köln 2011

Junker , Abbo

**“EGBGB Art. 38 Ungerechtfertigte
Bereicherung”** , Münchener
Kommentar, C.H. Beck, München, 2021

Junker, Abbo

“Rom II-VO Art. 10”, Münchener
Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch (Ed. Jan v. Hein), C.H. Beck
Verlag, 7. Auflage, München, 2018

Junker, Abbo

**“Rom II-VO Art.
10”**, NomosKommentar
BGB (Ed. Thomas Heidel/ Rainer
Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel/Ulrich
Noack), NomosVerlag, 2. Auflage,
Baden-Baden, 2010

- Kaya, Talat : **“Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk”**, Public and Private International Law Bulletin 39 / 2 , İstanbul, 2019
- Kayar, İsmail **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2010
- Kayıhan, Şaban / Ünlütepe, Mustafa : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018
- Kegel, Gerhard **Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1961
- Kegel Gerhard / Schurig, Klaus **Internationales Privatrecht**, 8. Auflage, München, 2000
- Keller, Max/ Schaufelberger, Peter : **Das Schweizerische Schuldrecht Band III: Ungerechtfertigte Bereicherung**, 3. Auflage, Basel, 1990
- Kellmann , Christof **Grundsätze der Gewinnhaftung**, Berlin, 1969
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2014
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru : **Haksız Kazancın İadesi**, Ankara, 2014
- Kienle, Florian **Internationales Privatrecht**, Luchterhand Verlag, Berlin, 2008

Kindl, Johann

"§ 951", **Beck Online Kommentar BGB**, Bamberger/Roth/Hau/Poseck 53. Edition, (çevirimiçi) 1 Nisan 2020

Kneller, Michael W.

"Art. 128", **Basler Kommentar Internationales Privatrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, 2007

Knoch, Lothar

Die Aufgliederung der Konditionen in der modernen Zivilrecht dogmatik in ihren Auswirkungen auf das Internationale Privatrecht, Münster, 1963

Knöfel, Oliver L.

"Artikel 1 ROM II", NomosKommentar Rom-Verordnungen, (ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter Mansel, Baden-Baden, 2013

Knütel, Rolf :

"§822 und die Schwächen unentgeltlichen Erwerbs", NJW 1989, beck-online.beck.de (çevirimiçi)

Kocaman, Arif B. :

"Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ankara, 1994

Kocaman, Arif B. :

Türk Borçlar Hukukunda Havale, 2. Baskı, Ankara, 2020

Kocayusufpaşaoğlu, Necip :

Borçlar Hukukuna Giriş –Hukuki İşlem – Sözleşme, İstanbul , 2017

Koç, Nevzat :

Türk – İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir, 2002

Koller, Alfred :

“Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR”,AJP 2006, Zurich, 2006

Koller, Thomas :

“Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen - Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil ([BGE 121 III 109 ff.](#))” , Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Heft 11 , Bern, 1995

Konuralp, Ayşen Çilenti

Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme (yayınlanmamış doktora tezi) , Ankara, 2020

Koppensteiner, Hans-Georg :

Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW, München, 1971

Koppensteiner, Hans-Georg /

Kramer, Ernst A.,

Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage, Berlin,1988

Köndgen, Johannes

“Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr

Überlegungen zum Entscheid des Bundesgerichts Vom 14. März 1995 [BGE 121 III 113](#) = Pra 84/1995 Nr. 274", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Zürich 1996

Köhler, Hans / Gürtler, Rudolf

Internationales Privatrecht, Wien, 1979

Krauskopf, Frédéric

"OR 63", Präjudizienbuch OR (ed: Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli), Zurich , 2016

Kren Kostkiewicz, Jolanta

"OR 103", Schweizerisches Obligationenrecht Orell Füssli Kommentar, Zurich, 2016

Kren Kostkiewicz, Jolanta

"Art. 128 IPRG", Zürcher Kommentar zum IPRG – Band II- Art. 108a -200, 3. Auflage, Zurich, 2018

Kropholler, Jan

Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001

Kropholler, Jan

Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006

Kropholler, Jan / Hein, Jan

"Der postmortale Persönlichkeitsschutz im geltenden

**und künftigen Internationalen
Privatrecht**”, Festschrift für Andreas
Heldrich zum 70. Geburtstag, München,
2005

Krüger, Wolfgang :

**§267,Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch- Band 2 ,**
München, 2019

Kupisch, Berthold :

**Gesetzpositivismus im
Bereicherungsrecht**, Berlin, 1978

Kupisch, Berthold :

**Ungerechtfertigte Bereicherung-
Geschichtliche Entwicklungen**,
Heidelberg, 1987

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm

**Lehrbuch des Schuldrechts Band 2 –
Halbband 2** , München, 1994

Larenz, Karl :

**“Zur Bedeutung des ‘Wertersatzes’
im Bereicherungsrecht**”, Festschrift für
Ernst von Caemmerer zum 70.
Geburtstag, Tübingen, 1978

Lehmann, Matthias / Duczek, André **Grundfälle zur Rom II-VO, JuS 9/2012,**

**[https://www.jura.uni-
bonn.de/fileadmin/Fachbereich Recht
swissenschaft/Einrichtungen/Institute/
IPR/LS_Lehmann/Publikationen/Leh](https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/LS_Lehmann/Publikationen/Leh)**

[mann - Duczek -](#)

[Grundfaelle zur Rom II-Vo - in -
JuS 2012 788 ff.pdf](#)s.

788.(çevirimiçi) 14 Mart 2020

Leyden R., Feenstra :

" Hukuk Tarihi Açısından Sebepsiz Zenginleşme Dogmatığı" (çev. Karadeniz, Özcan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 1972

Lieb, Manfred :

"§267", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- Band 5 , München, 2004

Lienhard, Bettine :

**Finanzielle Abgeltung von
Betreuungsleistungen zwischen
nahestehenden Personen und
Bekannten: Familien - und
erbrechtliche Ansprüche de lege lata
und ferenda**, Schulthess Juristische
Medien AG, Zurich, 2017

Limbach, Francis

"Artikel 10 ROM II",
NomosKommentar Rom-Verordnungen,
(ed. Reiner Hüßtege/ Heinz-Peter
Mansel, Baden-Baden, 2013

Lin, En-Wei

**" New Private International
Legislation in Taiwan: Negotiorum
Gestio, Unjust Enrichment and Tort"**,

Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe(Ed. Jürgen Basedow/Knut B. Pißler, Mohr Siebeck, 2014

Linardotos, Dimitrios :

“Die Bereicherungshaftung gem. § 822 BGB”, Juristische Schulung (JuS) , München, 2017

Loewenheim, Ulrich :

Bereicherungsrecht, München, 2007

Looschelders, Dirk

Internationales Privatrecht- Art. 3-46 EGBGB, Springer Verlag, Berlin, 2004

Looschelders, Dirk :

Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, 2011

Looschelders, Dirk :

Schuldrecht Besonder Teil, 12. Auflage, München, 2017

Lorenz, Sieber :

Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Zurich, 2015

Lorenz, Stephan :

“EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht”, Beck’scher Online-Kommentar (Ed. Wolfgang Hau/ Roman Poseck), 57.

Edition, München, 2021, [beck-online.beck.de](https://www.beck-online.beck.de) (çevirimiçi) 21.04.2021

Lorenz, Stephan :

**“Bereicherungsrechtliche
Drittbeziehungen”, Juristische
Schulung (JuS), München, 2003**

Lorenz, Werner

**“Der Bereicherungsausgleich im
deutschen internationalen Privatrecht
und in rechtsvergleichender Sicht”,
Festschrift für Konrad Zweigert zum 70.
Geburtstag (ed. Herbert von
Bernstein/Ulrich Drobnig/ Hein Kötz),
Tübingen, 1981**

von Lübtow, Ulrich :

**Beiträge zur Lehre von der Condictio
nach römischem und geltendem
Recht, Berlin, 1951**

Lüderitz, Alexander

**“Anh I Art 38”, Bürgerliches
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen Band 10, Verlag
W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln,
1996**

Mahmutoğlu, Fatih Selami :

**Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma
Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar
Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda)
Yaptırım Rejimi, İstanbul, 1995**

Martinek , Michael :

**“Der Bereicherungsausgleich bei
veranlaßter Drittleistung auf fremde
nichtbestehende Schuld —
Besprechung des BGH-Urteils vom 28.
11. 1990 — XII ZR 130/89”,
Juristenzeitung, Tübingen, 1991**

Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan:

**Schuldrecht II Besonderer Teil, 17.
Auflage, C.H. Beck, München, 2014**

Metzger, Ernest:

**"Actions", A Companion to Justinian's
Institutes, Ed. By. Ernest Metzger, New
York, 1998**

Monferrini, Isabella /

von der Crone, Hans Caspar :

**“Die Rückabwicklung mangelhafter
Verträge”, Schweizerische Zeitschrift
für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht,
Zürich 2011**

Muşul, Timuçin :

**İcra ve İflas Hukuku
Esasları,;İstanbul, 2017**

Nagy, Csongor Istvan

**Private International Law in
Hungary, Kluver, Croydon, 2012**

Neuner, Robert :

**“Die Beurteilung gegenseitiger
Verträge nach dem Recht des**

- Schuldners”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Heft 2, 1928**
- Niemeyer, Theodor **Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts, Leipzig, 1895**
- Nobbe, Gerd : **“Bereicherungsausgleich bei Zahlungen mittels Universalkreditkarte”, Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, ed by : Franz Häuser / Horst Hammen vd. , Berlin , 2004**
- Nomer, Ergin : **Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015**
- Nomer, Ergin : **Devletler Hususi Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021**
- Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul , 2013**
- Nomer, Haluk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015**
- North, Peter / Fawcett, J.J. **Cheshire and North’s Private International Law, 13. Edition, Butterworths, London, 1999**

Nussbaum, Arthur

Deutsches Internationales Privatrecht,
Scientia Verlag, Aalen, 1974

Oğuzman , Kemal Oğuzman/

Öz, Turgut :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul, 2013

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer /

Oktay-Özdemir, Saibe :

Eşya Hukuku, İstanbul, 2015

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer /

Oktay-Özdemir, Saibe :

Eşya Hukuku, İstanbul, 2016

Ömeroğlu, Ekin

**Ayni Haklara Uygulanacak Hukukun
ve Yetkili Yargı Merciiin Tayininde
İrade Serbestisi Prensibi,** İstanbul
Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul ,
2016 <https://tez.yok.gov.tr> (çevirimiçi)
21 Nisan 2019.

Öz, Turgut :

**“Banka Havalelerinde Sebepsiz
Zenginleşme”,** Kadir Has Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 Sayı 1,
İstanbul, 2017

Öz, Turgut :

**Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz
Zenginleşme,** İstanbul, 1990

Özakman, Cumhur

“Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kiyumetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 41 , İstanbul 1975

Özdemir, Hatice

Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 1998

Özel, Sibel

“Sebeatsız Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Yıl 1999 C: 19, İstanbul, 2000

Özel, Sibel / Çınar, Kazım :

“Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m.25’in Kapsamı” , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi -Hukuk Araştırmaları Dergisi , cilt 23 sayı 1 , İstanbul , 2017

Özkan, Faruk

Kabahatler Hukuku’nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması, (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi,) İstanbul, 2011

Özmen, E. Saba / Ürem, Müge :

"Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozuzu Yenilik Doğuran

Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Eleştirisi",
İstanbul Barosu Dergisi, 2016 C: 90 Sayı 3, İstanbul, 2016

Öztekin Gelgel, Günsel

Akit Dışı Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düznlemesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006

Paksoy, Gülnihal

"Soybağının Reddi" , TBB Dergisi 2011(97), Ankara, 2011

Panagopoulos, George :

Restitution in Private International Law, Hart Publishing, Oxford, 2000

Patocchi, Paolo Michelle /

Geisinger, Elliott / Like, Stephan

Internationales Privatrecht, Orell Füssli Verlag AG, Zurich, 2000

Pitel, Stephen G.A.

“ Chracterisation of Unjust Enrichment in the Conflict of Laws”,
Understading Unjust Enrichment (Ed: Jason W. Neyers/ Mitchell McInnes / Stephen G.A. Pitel) Hart Publishing, Oxford, 2004

Plassmeier, Heiko

Ungerechtfertigte Bereicherung im Internationalen Privatrecht und a us rechtsvergleichender Sicht,
Duncker&Humboldt, Berlin, 1996

Posch, Willibald

Bürgerliches Recht Band VII
Internationales Privatrecht, 5.
Auflage, SpringerWienNewyork,
Mörtenbach, 2010

Postacıoğlu, İlhan E. :

"Sui Niyet Sahibi Zilyetlerin Ecri
Misile Mükellef Olup Olmadığı",
İHFM C. XVII Sayı : 1-2, İstanbul,
1951

Probst, Thomas / Kramer, Ernst A.

Bundesgerichtspraxis zum
Allgemeinen Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts, Schultess
Juristische Medien AG, Zurich, 2003

Rabel, Ernst :

The Conflict of Laws -A Comperative
Study Volume III Special Obligations:
Modification and Discharge of
Obligations, Second Edition (prepared
by Herbert Bernstein), The University of
Michigan Press, Ann Arbor,1964

Reetz, Peter / Burri , Christof

“ OR 164” , Obligationenrecht-
Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183
OR, (ed. Andreas Furrer, Anton K.
Schnyder) , Zurich , 2016

Reisoğlu, Seza :

Sebepsiz İktisap Davasının Genel
Şartları, Ankara, 1961

- Reuter, Dieter / Martinek, Michael **Ungerechtfertigte Bereicherung**,
Tübingen, 2016
- Ring, Gerhard / Olsen-Ring, Line **Internationales Privatrecht**, 2.
Auflage, C.H. Beck, München, 2017
- Rose , Francis **Restitution and the Conflict of Laws**,
Mansfield Press, Oxford, 1995
- Roth, Andreas : **"§ 1297", Münchener Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9**,
8. Auflage, München, 2019 , n. 417.,beck-
online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2019
- Roth, Andreas : **"BGB § 1301" Münchener Kommentar
zum BGB Band 9**, 8. Auflage, München,
2019
- Rusch, Arnold F. **"Schadenersatz für entgangenes
Erbe?"** AJP 2012, Zurich, 2012
- Rusch, F. Arnold / Bornhauser, R. Phillip : **"Schenkung und Beweis"**, AJP 2013,
Zurich, 2013
- Rüedi, Yves : **"Artikel 66 OR", Berner Kommentar
zum schweizerischen Privatrecht**, ed.
by Heinz Hausheer/ Hans Peter Walter,
Bern, 2011

Salje, Peter

“Zur Rückforderung von verdeckten privaten Parteispenden”, s.1001-1002 beck-online.beck.de (çevirimiçi) 21 Mart 2020

Saymen Ferit H. / Elbir, Halid K. :

Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul, 1957

Schacherreiter, Judith

“Leading Decisions” zum Internationalen Privatrecht, Wien, 2008

Schaeffner, Wilhem

“Entwicklung des internationalen Privatrecht”, Frankfurt am Main, 1841

Schinkels, Boris

“Article 10 Rome II” , Rome Regulations- Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws (ed. Graf-Peter Calliess), Wolters Kluwer, Baskı Yeri : Birleşik Krallık, 2011

Schlechtriem, Peter

“Internationales Bereicherungsrecht: Ein Beitrag zur Anknüpfung von Bereicherungsansprüchen im deutschen Internationalen Privatrecht”, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld, 1995

Schlosshauer-Selbach, Stefan

Internationales Privatrecht: Eine Einführung in die Grundlagen und das System der Fallbearbeitung, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989

Schmidlin, Bruno :

“ Der Einheitstatbestand der Bereicherungsregel im Schweizerischen OR” , Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Ed: Heinrich Honsell, Basel, 2004

Schnyder Anton K.,/
Liatowitsch, Manuel

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schultess Verlag, Zurich, 2000

Schlechtriem, Peter :

“Bereicherungsansprüche im Internationalen Privatrecht”, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse (ed. Ernst von Caemmerer), Tübingen, 1983

Schluep, Walter

"Über Eingriffskondiktionen", Fritz Stürm(ed.) Festschrift für Mélanges Paul Piotet, Bern, 1990

Schnyder, Anton K. /

Liatowitsch, Manuel

**Internationales Privat- und
Zivilverfahrensrecht,** Schultess
Verlag, Zurich, 2000

Schinkels, Boris

**Rome Regulations Commetary on the
European Rules of the Confilict of
Laws,**(ed. Graf-Peter Calliess),Wolters
Kluwer, 2011

Schneider, Stefan

Rückgriffskondiktion, Heidelberg,
2008

Schmidt, Eike :

**“Der Bereicherungsausgleich beim
Vertrag zu Rechten Dritter: Zugleich
eine Auseinandersetzung mit dem
gleichnamigen Werk von Walther
Hadding”** Juristenzeitung, Tübingen,
1971

Schönenberger, Beat

**"Vertragsverhältnisse Teil 1:
Innominatkontrakte, Kauf, Tausch,
Schenkung, Miete, Art. 184 - 318 OR"**
,CHK - Handkommentar zum Schweizer
Privatrecht, Zurich, 2016

Schraner, Marius

“OR 84”, Zürcher Kommentar,
Schulthess Juristische Medien AG,
Zurich, 2000

Schreiber, Steffen

**Ausweichklauseln im deutschen,
österreichischen und schweizerischen
Internationalen Privatrecht**, Verlag
DrKovac, Hamburg, 2001

Schulin, Hermann

**Basler Kommentar zum
schweizerischen Privatrecht:
Obligationenrecht I**, ed :
Honsell/Vogt/Wiegand, Basel 2008

Schulz, Markus / Malkus, Martin /
Pierenkemper, Roger

Einführung in das IPR, Niederle Media
Verlag, 1. Auflage, Altenberge, 2012

Schurig, Klaus

**“Die Struktur des
kollisionsrechtlichen
Vorfragenproblems”**, Festschrift für
Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag (Ed:
Hans-Joachim Musielak/Klaus Schurig),
W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987

Schwab, Martin

**"§ 812", Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6**, 7.
Auflage, München, 2017

Schwab, Martin

**"§ 812", Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7**, 8.
Auflage, München, 2020

- Schwander, Ivo **Einführung in da Internationale Privatrecht, Bsonderer Teil**, Dike Verlag, Zurich, 1998
- Schwarz, Andreas B. : **Aile Hukuku**, İstanbul, 1946
- Schwarz, Fritz : **Die Grundlage der Conductio im klassischen römischen Recht**, Münster, 1952
- Schwander, Ivo **Orell Füssli KommentarOR Kommentar (OR art. 63)**, Zurich, 2016
- Schwenzer, Ingeborg **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Bern, 2000
- Schwimann, Michael **Internationales Privatrecht**, Wien, 2001
- Schwind, Fritz : **Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts**, Springer Verlag, Wien, 1975
- Scoles, Eugen F./ Hay, Peter / Borchers, Patrick J. / Symeonides, Symeon C.: **Conflict of Laws**, Fourth Edition, Thomson&West, 2004
- Scott, Samuel. P. , : **The Civil Law IV**, Cincinnati, 1932
<https://droitromain.univ-grenoble->

alpes.fr/Anglica/D2_Scott.htm#XIV

(çevirimiçi) 10 Haziran 2018

Serozan,Rona

“Geçersiz Satım Sözleşmesinin Çözülmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 3 sayı 4, İstanbul, 1969

Serozan, Rona :

“Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2007

Serozan, Rona :

“TBK m. 77-82”,İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, ed. by Rona Serozan/Faruk Acar/ M. Turgut Öza/Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu, 1. Bası, İstanbul, 2017 (a.g.e. olarak bahsedilen eserdir)

Siehr, Kurt

Internationales Privatrecht, C.F. Müller Verlag,Weinsberg, 2001

Siehr, Kurt

Internationales Privatrecht Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis,C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2001

Siehr, Kurt

Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Schulthess Verlag, Zurich , 2002

Sonat,Kazım Ali :

**Nakit Dışı Ödeme Usulleri
Çerçevesinde Para Borcunun Banka
HAvalesi Yoluyla Ödenmesi (doktora
tezi- Galatasaray Üniversitesi),
İstanbul , 2010**

Spickhoff, Andreas :

**“Art. 10 Rom II-VO”, Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch**, ed. by Heinz
Georg Bamberger/ Herberth Roth,
Verlag C.H., München, 2012

Sprau, Hartwig :

**“Einf v. § 677” Palandt Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage,
München, 2008

Sprau,Hartwig :

**"§ 812", Palandt Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage,
München, 2008

Stadler, Astrid :

**Gestaltungsfreiheit und
Verkehrsschutz durch Abstraktion**,
Tübingen, 1996

Stadler,Astrid :

**"§ 311a", ed. Othmar Jauernig,
"Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**,
München, 13. Auflage, 2009

Stadler, Astrid

**"§ 812", Jauernig, Bürgerliches
Gesetzbuch: BGB**, 17. Bası, 2018 , p.

(çevirimiçi)

Stadler, Astrid :

**“813”, Jauernig Bürgerliches
Gesetzbuch, München, 2021**

Stark , Emil W. / Lidemann, Barbara :

**“Der Besitz , Art. 919-941ZGB” ,
“Vorbemerkungen Rechtsschutz zu
Art. 930-937”, Berner Kommentar, 4.
Auflage, Bern, 2016**

Süzel, Ece Baş :

**Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme
ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul,
2015**

Süzel, Ece Baş / Yasan, Candan :

**" Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş
Görmeye Uygulanacak Hukuk" ,
Marmara Üniversitesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi Cilt 22 Sayı 2 ,
İstanbul ,2016**

Şanlı Cemal / Esen Emre /

Ataman Figanmeşe, İnci :

**Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası,
Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014**

Şenyüz, Doğan :

**Borçlar Hukuku Genel ve Özel
Hükümler, Bursa, 2012**

Tahiroğlu, Bülent :

Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2010

Tang, Zheng Sophia / Xiao, Yongping /

Huo, Zhengxin :

Conflict of Laws in the People's Republic of China, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016

Tarman, Zeynep Derya

“Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, AÜHFD, Ankara 2008

Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer :

Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016

Tekinalp, Gülören

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu Ön Tasarı Sempozyumu, İstanbul, 1978

Tekinalp, Ünal

Ünal Tekinalp'ın Banka Hukukunun Esasları, , İstanbul 2009

Tekinay, Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988

Thorn , Karsten

“Rom II 10 (IPR)”, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 77. Auflage, München, 2018

Thorn, Karsten :

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, C.H. Beck, 2018

Tilbury, Michale / Davis, Gary /

Opeskin, Brian

Conflict of Laws in Australia, Oxford
University Press, Singapore, 2002

Topu, Seçkin / Canbolat, Ferhat :

"Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda
İmkansızlığın Düzenlenişi", **Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**
cilt 57 sayı 3, Ankara, 2008

von Tuhr, Andreas / Peter, Hans :

**Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts**, Zürich 1979

vonTuhr, Andreas/Erscher, Arnold

**Algemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts**, Zurich, 1984

Türk ,Ahmet :

Hukuki Yönden Banka Havalesi
,Ankara, 2007

Uluslan, İlhan :

**İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade
Borcunun Sınırlanması Sorunu**,
İstanbul, 1984

Uygur, Turgut

**Broçlar Kanunu Sorumluluk ve
Tazminat Hukuku**, Cilt 3 ,İstanbul,
2010

Vischer, Frank

Internationales Vertragsrecht, Bern,
1962

- Walker, Gustav **Internationales Privatrecht**, Druck und Verlag der Österr. Staatsdruckerei, Wien, 1934
- Weber, Andreas **Der Bereicherungsausgleich nach Irrtümlicher Eigenleistung auf fremde Schuld**, Berlin, 1992
- Weber, Rolf H. **“Die Erfüllung der Obligation, Art. 68 – 96 OR, Berner Kommentar”**, Bern, 2005
- Westlake , John / Bentwich, Norman **A Treatise on PrivateLaw International**, 7. Edition, London, 1925
- Weidenkaff, Walter : **“§ 530”, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 67. Auflage, München, 2008
- Wieling, Hans Josef : **Bereicherungsrecht**, Heidelberg, 2006
- Wieling, Hans Josef : **Bereicherungsrecht**, Heidelberg, 2007
- Wiese, , Volker : **“§ 812”, Nomos Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar)**, Ed: Reiner Schulze, 2019 beck-online.beck.de **(çevirimiçi)** 29 Ekim 2020

Wilburg, Walter :

Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht , Graz, 1934

Winkler v. Mohrenfels, Peter

“Kollisionrechtliche Vorfrage und materielles Recht”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 51. Jahrgang, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1987

Wolff, Martin

Private International Law, Oxford University Press, 1945

Wolff, Martin

Das Internationale Privatrechts Deutschlands, 3. Auflage, Springer, Berlin, 1954

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet :

Türk Medeni Hukuku : Aile Hukuku İstanbul , 1965

Voser, Nathalie :

Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, Basel, 2006,

Yavuz, Cevdet

Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2000

Yeo, T M :

Choice of Law for Equitable Doctrines, Oxford University Press, King's Lynn, 2004

Zevkliler, Aydın :

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Ankara, 2001

Zitelmann, Ernst :

Internationales Privatrecht – Band 2
,Duncker & Humblot, München, 1912

de Zulueta , Francis :

The Institutes of Gaius. Parts One and Two. Text with Critical Notes and Translation,<http://legalhistorysources.com/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm> (çevirimiçi) 10 Haziran 2018

www.admin.ch (çevirimiçi)

<https://app.justis.com> (çevirimiçi)

beck-online.beck.de (çevirimiçi)

<https://www.bger.ch> (çevirimiçi)

<https://www.casemine.com> (çevirimiçi)

<https://www.courtlistener.com> (çevirimiçi)

<http://www.digizeitschriften.de> (çevirimiçi)

<https://dfk-online.sze.hu> (çevirimiçi)

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr> (çevirimiçi)

<https://entscheidsuche.ch> (çevirimiçi)

<https://eur-lex.europa.eu> (çevirimiçi)

<https://www.jstor.org>

<https://www.kazanci.com.tr> (çevirimiçi)

<http://lorenz.userweb.mwn.de> (çevirimiçi)

<https://opacplus.bsb-muenchen.de> (çevirimiçi)

<https://openjur.de> (çevirimiçi)

<http://relevancy.bger.ch> (çevirimiçi)

<https://www.ris.bka.gv.at> (çevirimiçi)

<https://scholarship.law.unc.edu> (çevirimiçi)

<https://ssl.editionsthemis.com> (çevirimiçi)

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2045447.pdf> (çevirimiçi)

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www.swisslex.ch/>

<http://thelatinlibrary.com>

<https://www.wipo.int>

