

PAPER DETAILS

TITLE: MEDENI HUKUKTA MASRAF VE SARFIYAT

AUTHORS: Bülent DAVRAN

PAGES: 288-310

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97024>

MEDENÎ HUKUKTA MASRAF VE SARFIYAT (*)

Doçent Dr. Bülent Davran

I. Masraf ve sarfiyata ait umumî mülâhazalar.

1. Masraf ve sarfiyatın hukukî fiiller içindeki mevkie. Von Tuhr'un açık tasnifine göre hukukî fiiller irade tezahürleri, tasavvur tezahürleri ve his tezahürleri diye üçe ayrılırlar (1). Bunların içinde en önemli rolü oynayan irade tezahürleri de yine üçe bölünür:

a) Hukukî muamele olan irade tezahürleri. Burada irade hukukî bir neticenin istihsaline matuftur; irade tezahürünün muhtevassından münbais hukukî netice istenilmiş olduğu için hukuk nizamınca teyit olunur.

b) İrade tezahürlerinin, hukukî muamele benzeri adı verilebilecek olan diğer nev'inde kanunun iradeye bağladığı netice ne beyanın muhtevassından anlaşılır, ne de fail tarafından istenilmiş veya bilinmiş olmak gerektir. Meselâ borçluya yaptığı ihtarda (B. K. 101 I) alacaklı derhal edayi istediğini gösterir, fakat ihtarın hukukî neticesi olan temerrüt alacaklının irade beyanında mün-deriç değildir ve alacaklının onu istemiş veya bilmiş olmasına bakılmaksızın tahakkuk eder. Mehil tayininde de (B.K. 106 I) vaziyet böyledir. Alacaklı bu mehil zarfında edanın vukuunu arzu eder; B. K.nun mad. 102 de tayin ettiği hukukî netice fesih veya rücu hakkıdır ve bunun vücade gelmesi, alacaklı tarafından bilinmiş veya istenilmiş olmasına tâbi değildir.

(*) Bu makaledeki fikirler, 1944 yılında Nisan sonunda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verilen Doçentlik deneme dersinin esasını teşkil etmişlerdir.

(1) Von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen-rechts, cilt I, s. 152 (bu eser bundan sonra a.g.e.şeklinde zikredilecektir); Von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, cilt II, s. 48.

c) İrade tezahürlerinin, hakikî veya maddî fiiller (Tathandlungen) adını alan üçüncü zümresi hukukî muameleden epey uzakta kalır. Bu fiillerde irade haricî âlemde bir tebeddülü istihdaf eder: meselâ iki şeyin ayırtedilemeyecek derecede birleştirilmesi (M.K. 700), bir şeyi bulma (M.K. 693), ikametgâh tesisi (M.K. 19), zilyetliğin nakli (M.K. 890) ve —tetkik mevzuumuz zaviyesinden bilhassa mühim olan— masraf veya sarfiyat buraya dahildir. İşte bu gibi hallerde kanun hukukî hükmü irade tezahürüne değil, beşerî fiille vücutte gelmiş olan haricî neticeye bağlar (2).

Demek oluyor ki, masraf veya sarfiyat hukukî fiillerin irade tezahürü mahiyetinde olan zümresinde hakikî fiiller meyanında yer alır. Ezcümle bir kimsenin vedia olarak muhafaza ettiği beygire yem vermesi bu mânada bir hakikî veya maddî fiildir. B.K. 466 II gereğince mudi böyle bir masrafı tesviye ile mükelleftir. İmdi bu tesviye mükellefiyeti, yâni masrafın tazmini, müstevidin irade tezahürüne değil, tevdi edilmiş olan hayvanın beslenmiş bulunması vakiasına dayanır.

2. Masraf ve sarfiyatın mamelekte icra ettikleri tahavvül bakımından mütalâası. Hak sahibinin hâkimiyeti altında bulunan malları içine alan hukuk çevresine üçüncü şahıslar müdahale edince, kaideten hukukî neticeler doğar (3). Umumî surette diyebiliriz ki, üçüncü şahsın müdahalesi mamelekte bir çoğalma veya bir azalma tevhit eder. Birinci halde mamelek haklı bir sebebe dayanmaksızın tezayüt etmişse, sebepsiz mal iktisabı esasına binaen (B.K. 61) ziyadenin iadesi talep edilebilir.

Diğer taraftan mamelekteki azalma hak sahibinin ya rızası hilâfına ve haricinde, yahut da rızasıyla vukubulur. Hak sahibinin rızası haricinde veya hilâfına hâsıl olan azalma zarardır. Bu zarar ya tabiat hâdiselerinden, yahut da beşerî fiillerden neş'et eder. İkinci ihtimalde muayyen şartlar dairesinde tazminat istenebilir (ezcümle B.K. 41 e göre). Von Tuhr'un tasrih ettiği gibi (4), hak sahibinin rızasıyla mamelekte vukua gelen azalma zarar olmayıp, ivazsız devir ve ferağ, istihlâk yahut masraf veya sarfiyattır (5). Bu azalma kategorilerine bir de terki ilâve edebiliriz.

(2) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 153.

(3) Bu bakımdan hukukî fiillerin icra ettikleri tesirler hususunda biraz evvel mücmel malûmat verdik.

(4) a.g.e., cilt I, s. 68 d.

(5) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 69; E. Arsebük, Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, cilt I, s. 59.

Bir hukuk çevresine üçüncü şahsın temas etmesiyle mamelekte hak sahibinin rızası dahilinde masraf yoluyla azalma hâsıl olursa, bu şekilde ekseriya üçüncü şahsın mamelekinde bir çoğalma vukua gelir ve bu çoğalma sebepsiz mal iktisabı müessesesine benzerlik arz etmektedir. Hattâ bu bakımdan masraf ve sarfiyatı sebepsiz mal iktisabı müessesesinin hususî bir tanzim şekli sayabiliriz. Bu itibarla, Medenî Kanunun bir çok yerlerinde ayrı hükümlerle tanzim edilmiş olan masraf ve sarfiyatın hususî şartları tahakkuk etmezse, icabında, hilâfına sarahat yoksa (6), sebepsiz mal iktisabı kaidelerine göre de iade talebi ileri sürülebilir.

Masraf ve sarfiyat halinde bir tazmin talebinin tanınmış olmasının sebebi, masraf yapmanın objektif olarak başkasının menfaatine hareket etmesinde aranmalıdır. Bu demek değildir ki, masraf yapan her zaman başkası için işgören vaziyetindedir. Meselâ bir zilyet kendine ait sandığı bir şeye sarfiyat yaparsa, bu sübjektif telâkkisinin bir ehemmiyeti yoktur. Sarfiyatın objektif bakımdan başkasının menfaatine yarayıp yaramadığına bakılır (7).

3. Masraf ile sarfiyat arasındaki münasebet ve bu iki tâbirin M.K.da tarzı istimali. Masraf tâbiri Almancada Aufwendung'a (Lâtince expensae, Fransızca dépenses) tekabül eder. Sarfiyat ise Almanca Verwendung (Lâtince impensae, Fransızca impenses) karşılığıdır.

Filhakika bu tefrik müşterek hukuk ilmine (muktebes Roma hukukunun ilmine) aittir. Orada impensae ile expensae ayırtedilirdi. Müşterek hukukun ortaya koyduğu esası Almanya'daki mahallî kanunlar —ezcümle Prusya Umumî Kanunu—, Code civil ve bilâhara Alman Medenî Kanunu inkişaf ettirdiler (8).

a) Alman M.K.unda masraf ve sarfiyat tâbirlerinin istimali. Filhakika bu kanunların içinde masraf ve

(6) Ezcümle M.K. mad. 908 deki hükme göre, bir şeye suiniyetle zilyet olan, zarurî sarfiyat dışında kalan masrafını isteyemez; şu halde böyle bir hâdisede sebepsiz mal iktisabı kaidelerinin tatbiki peşinen imkânsızdır.

(7) E. Degener, Der Begriff der Verwendung und Aufwendung im BGB., Diss. Köln 1936, s. 5-6. Alman hukukuna ait esaslar için bu doktora tezinden geniş ölçüde istifade edilmiştir.

(8) Bu hususta krs. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. basım, Frankfurt am Main 1901, cilt I, § 195; M. Wolff; Sachenrecht; yeniden işlenmiş 9. basım, Marburg 1932, § 86; s. 298; A. Werner, «Recht der Schuldverhältnisse» in Staudinger's Kommentar zum BGB., 9. basım, München, Berlin ve Leipzig 1930, § 256, s. 176.

sarfiyat mefhumlarına en geniş surette yer veren ve İsviçre Medeni Kanununa en ziyade örnek vazifesini görmüş olan Alman Medeni Kanunudur. Bu kanunda bir şeye yapılan sarfiyattan (Verwendung) ve herhangi bir gaye için yapılan masraftan (Aufwendung) bahsedilir. Mamafih Alman M.K.unda birçok yerlerde mevzuubahis olan bu mefhumlar hususunda ilmi içtihatla büyük ihtilâflar vardır.

Bir kere bazı müellifler Alman kanun koyucusunun bu tâbirleri kullanırken muayyen bir fark gözettiğini kabul etmek istemezler. Halbuki diğer bazı müellifler bu tâbirlerin istimâlinde itina gösterildiğini ve metinde bu bakımdan intizam bulunduğunu iddia ederler. Bu ikinci telâkki isabetli olsa gerektir. Netekim Alman M.K.unun, bu tâbirleri ihtiva eden birçok maddeleri gözden geçirilecek olursa, sarfiyatta siklet merkezinin mevzuda, objede, masrafta ise gayede bulunduğu anlaşılır. Önce masraf maddelerini gösterelim (Burada Alman M.K. «Aufwendungen zur...» ibaresini kullanmaktadır):

AMK 196, 11 ve 12: tedrisat, terbiye veya tedavi maksadiyle masraf;

527: Muayyen bir maksat için masraf;

526 I: Hibede mükellefiyetin ifası maksadiyle masraf;

538: Ayıbın telâfisi maksadiyle masraf;

552: Mecurun muhafaza ve idamesi için masraf;

652, 654: Akte tavassut için masraf;

669, 670, 683: Vekâletin icrası için masraf;

693: İda maksadiyle masraf;

970: lukatanın muhafazası için masraf;

1298: Evlenme için yapılan masraf;

1429: Evin idaresi için yapılan masraf;

1648: Çocuğun şahsı ve serveti için yapılan masraf;

1978 III, 1991 I: Terikenin idaresi için yapılan masraf;

Sarfiyat tâbiri ise («Verwendungen auf...» ibaresi kullanılmak üzere) şu maddelerde görülmektedir:

AMK 273 II: Bir şeye yapılan sarfiyat;

292 II, 347: Muayyen bir şeye yapılan sarfiyat;

450: Mebie yapılan sarfiyat;

500, 501: Vefa aktinde mebie yapılan sarfiyat;

547, 558: Mecura yapılan sarfiyat;

601, 606: Ariyet mala yapılan sarfiyat;

850: Bir şeye yapılan sarfiyat;

- 951 II: Birleştirilen, karıştırılan ve işlenen şeye yapılan sarfiyat;
 994 ve müt.: Zilyedin bir şeye yaptığı sarfiyat;
 1049, 1057: İntifa mevzuu olan şeye yapılan sarfiyat;
 1216, 1226: merhuna yapılan sarfiyat;
 2022: Terike mallarına yapılan sarfiyat.

Yalnız § 256 bu muntazam tasniften inhiraf eder, çünkü orada «bir şeye yapılan masraf» denmiştir, halbuki esas tasnife uygun olarak «bir şeye yapılan sarfiyat» ibaresi kullanılmak gerekirdi.

Görülüyor ki, Alman M.K. için masraf ve sarfiyat, biri diğerini tenavül etmeyen müstakıl mefhumlardır. Mamafih bunlardan birinin bahis mevzuu olması, diğerini tamamiyle hariç bırakmaz. Mese-lâ bir faaliyet muayyen bir maksat için ve muayyen bir şeye ait olmak üzere icra olunursa, bu faaliyet hem masraf, hem de sarfiyat addolunur.

Bununla beraber masraf ile sarfiyatın tefrikinde amelî bir fay-da görülemediğinden, Alman MK unda her iki tâbirin kullanılmış olması tenkit edilmiştir. Ezcümle büyük Alman hukukçusu Koh-ler'in kanaatine göre Alman MK. unda masraf, sarfiyat mevzuu be-ceriksizce tanzim ve ifade edilmiş olup, Planck'ın mânasız teferruata fazla bağlı kalışının fena tesirleri burada kendini bir kere daha göstermiştir (9).

b) Türk-İsviçre M.K.unda masraf ve sarfiyat tâbirlerinin istimali. Türk-İsviçre M.K.unda her iki tâbir mevcut olmakla beraber, bunlar müteradif olarak kullanılmış, aralarında fark gözetilmemiştir (10). Kanunumuzun metninde bu tâbirlerin istimalini maddeler üzerinden takip edelim (bu tâdadın anlaşılmasını kolaylaştırmak için, «masraf» ın «Aufwendung» mu-kabili olduğunu bir kere daha belirtelim):

B.K. 8: Alenî mükâfat vadinde masraf (Aufwendung);

64: Sebepsiz mal iktisabında müddeaaaleyhın masrafı (Verwen-dung);

293 III, 294 III: hasılat kiracısının masrafı (Verwendung);

301: Âriyet şeyin âdi muhafaza masrafları (Verwendung);

394: Vekilin müekkilünbihi ifa için yaptığı masraf (Verwendun-gen); vekilin verdiği avans (Auslagen);

413: Vekâletsiz iş görmede masraf (Verwendung);

405 III: Tellâlin masrafı (Aufwendung);

(9) Degener, a.g.e., s. 20-21.

(10) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, § 17; not 4.

422: Komisyoncunun masrafı (Verwendung);

466: Müstevdiin masrafı (Aufwand);

476: Ardiye sahibinin masrafı (Auslagen).

M.K. 84: Nikâhın icra olunacağı kanaatiyle yapılan masarifi... (Veranstaltungen; A.M.K.unda Aufwendungen);

725: İntifa hakkı sahibinin yaptığı masraf (Verwendungen); imalât (Neuerungen);

Tesisat (Vorrichtungen; A.M.K.: Einrichtung) (11);

907, 908: zilyedin yaptığı sarfiyat (Verwendung).

Kanunumuzun masraf ve sarfiyata mütedair maddelerine atfettiğimiz nazar gösteriyor ki, Alman M.K.undaki tefrik bizde, kanunî tabirlerin tarz-ı istimaline göre, idame olunamaz. Dikkate şayandır ki, yalnız mad. 907 ve 908 de «sarfiyat» tâbiri «Verwendung» mukabilî olmak üzere yukarıda yapılan tefrike uygun şekilde kullanılmış ve hattâ mad. 907 de üç fıkrada tekrar edilmiştir. Esasen sarfiyat tâbiri yalnız bu iki maddede geçmektedir. İsviçre Kanun koyucusu Alman M.K.unda masraf ve sarfiyatın tanzimine ait tenkitleri nazarı itibara alarak mâna farkını kaldırmış olacaktır. Netekim müellif H o m b e r g e r'in eserinde mad. 939 şerhinde —bizdeki 907. maddeye tekabül ediyor— Verwendung (sarfiyat) ve Aufwand (masraf) tabirleri gelişi güzel kullanılmıştır. Zaten İsviçre M.K.unun ifadesinde, mutata teknik hukuk terimlerinden imkân dairesinde kaçınmak temayülü göze çarpmaktadır (12).

Şu halde kanunumuzda masraf (Aufwendungen, Aufwand, Auslagen, Kosten, Veranstaltungen), sarfiyat (Verwendungen), avans (Vorschuss), tesisat (Vorrichtung, Einrichtung), imalât (Neuerung) tabirleri müteradif olarak kullanılmışlardır.

4. Alman M.K.unda ve Türk-İsviçre M.K.unda masraf ve sarfiyat tabirlerinin kullanılması bakımından bir mukayese. Alman Medenî Kanununda

(11) Werner'e göre (a.g.e., § 253 şerhi, s. 179), tesisat deyince; kaide olarak bir inşai tesisat anlaşılır, meselâ bir binaya yapılan ilâve inşaatı, zemin tesisatı, boru döşeme. Bu bakımdan tesisat sarfiyatın bir nevidir. Diğer taraftan her sarfiyat bir tesisat değildir: Meselâ hasta bir hayvana ilâç vermek, bir tarlayı gübrelemek tesisat değildir. Tesisat, bir şeyin cismen ilâvesi suretinde icra olunan her sarfiyattır. Fakat bu mefhum içine ilâve edilen şeyin iktisadi tahsis sureti itibarile ilâve edildiği şeye tâbî olması gerektir.

(12) A. Egger, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Allgemeine Einleitung, s. 28; N. 32.

birçok müesseselerde masraf ve sarfiyata mütedair hususî hükümler mevcuttur; bunlarda her zaman yeni esaslara tesadüf edilmez. Çok kere Alman M.K. madde numarası göstererek atıf yapar, yahut da başka bir maddedeki hükmü tekrarlar. Meselâ § 27 (cemiyet idare heyetinin masrafları), 86 (tesis idare heyetinin masrafları), 675 (hizmet ve istisna akti borçlusunun masrafı), 775 (kefalet), 1835 (vesayet), 2218 I (vasiyeti tenfiz memuru) ve daha başka maddelerde, vekâlet akti bakımından masraf meselesini tanzim eden mad. 670 e atıf vardır. Diğer taraftan § 693 (müstevidin masrafı), 1390 (karının mahfuz malları için kocanın masrafı) ve 1648 (babanın çocuk için masrafı), § 670 muhteviyatını tekrarlar. Bundan başka Alman M.K. nun ikinci kitabı olan «Borç Münasebetleri Hukuku» nda «eda mükellefiyeti» babında dört maddede (256, 257, 258 ve 273 II) masraf ve sarfiyata ait umumî hükümler sevk edilmiştir.

İsviçre-Türk M.K.unda masraf ve sarfiyata mütedair hükümler mahdud, hattâ hemen hemen demin zikredilmiş olan takriba onbeş maddeye münhasırdır. Mamafih bu demek değildir ki, bu hükümlerin dışında kalan hallerde masraf ve sarfiyat bahis mevzuu olmaz. Bir müessesede masrafa ait sarih hüküm yoksa, hâkim diğerlerini kıyasen tatbik edecektir. Kanunumuz kabul ettiği sistem ve metot icabı hiç bir yerde madde numarası göstererek atıf yapmaz. Atıf yapmak lüzumu hâsıl olursa, doğrudan doğruya tatbik edilecek müessese gösterilir (meselâ 184, 335 III). Bir hüküm muhtevasının diğer bir maddeye aynen alınmasına ender tesadüf edilir. İsviçre kanun koyucusu umumî hükümler sevkinden imkân mertebesinde içtinap etmektedir ve netekim Borçlar Kanunumuzun umumî hükümleri meyanında masraf ve sarfiyata ait ve Alman M.K.undaki esaslara müşabih umumî kaideler yoktur.

«Tecride sebepsiz teveccühün» arzettiği tehlikeye Savigny bile işaret etmişti; 1881 tarihli İsviçre B.K. da bundan sakınmış, sırf ilmi değil, fakat amelî bir nizam koymuştu. İşte İsviçre M. K. için bu suretle istikamet tayin edilmiş bulunuyordu. İsviçre kanunkoyucusu kaideleri tercihan, en fazla amelî ehemmiyeti haiz bulundukları sahalarda sevkeder. Alman M.K.undan farklı olarak ezcümle menkullere, mütemmim cüzülere ait hükümler Aynî Haklar kitabında yer almışlar, B.K.unun umumî hükümleri ise oldukları yerde bırakılmışlardır. Kanunda bir umumî kısmın bulunmaması veya mahdud olması temayülü bugün ilmi içtihat hâkim mevkidedir (13). Bu-

(13) A. Egger, a.g.e., s. 27; A. B. Schwarz, Medeni Hukukta Umumi

nunla beraber nazariyat ve tedrisatta umumî kısmın inşâ ve imâlî zarurîdir. Bu sâyede vüzuḥ kazanılır ve ihata kolaylaşır.

Bu ehemmiyetli meseleye burada bir kaç satırla ancak temas edilmiştir. Daha aşağıda masraf ve sarfiyat bakımından bazı umumî esaslar belirtilmeğe çalışılacağı için, bu istitrata lüzum görülmüştür.

II. Masraf ile sarfiyatın tarifi.

Alman M.K.una göre aralarında fark gözetilen bu iki tâbirin İsviçre - Türk Medenî Kanununda müteradif olarak kullanıldığını yukarıda izah ettik. Şimdi bunların ifade ettikleri mefhumu tarife çalışalım.

Gerek Alman M.K.unda ve gerek kanunumuzda bu mefhum çeşitli sahalarda ehemmiyeti haiz bulunduğu halde eserlerde bunun müttefikan kabul edilen tarifine rastlanılmaz. Hattâ dağınık şekilde başka başka müesseselerde masraf ve sarfiyatın ayrı tanzim edilmiş olması tarifi güçleştirmiştir, çünkü hemen bütün müellifler bu meseleyi muayyen bir medenî hukuk müessesesi meyanında ele almışlar, masraf ve sarfiyatı ekseriya sırf o müessese zaviyesinden tetkik etmişlerdir. Esasen masraf ve sarfiyatın mevzuubahis edilebileceği bütün halleri içine alan bir tarife ulaşmak zordur, çünkü mütenevvî hâdiselerde şartlar çok değişmektedir.

İsviçre M.K.una ait büyük şerhlerde bu zorluklar o derece göze çarpmaz, çünkü müellifler bu mefhumu her zaman nisbeten muhtasar şekilde, muayyen bir maddeye münhasır kalarak, tetkik etmektedirler. Zaten Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda medenî kanuna ait büyük sistematik eserler mevcut değildir. Bu sebeple masraf mefhumu da sistematik surette incelenmemiştir.

İsviçre - Türk M.K.unda —ve B.K.unda— masraf veya sarfiyat bilhassa dört yerde ehemmiyetlidir: Sebepsiz mal iktisabı (B.K. 64), vekâlet ve vekâletsiz işgörmeye (B.K. 394 ve 413), intifa hakkı (M.K. 725) ve zilyetlik (M.K. 907 ve 908).

İsviçreli şârihlerin eserlerinde bu maddelere ait izahat tetkik edilirse, tatmin edecek bir tarife tesadüf olunmaz. Ezcümle Becker İsviçre B.K.una ait eserinde mad. 402 şerhinde (bizdeki 394. maddeye tekabül eder) şöyle diyor: «Masraflar, yâni avanslar ve sarfiyat, vekilin istediği ve vekâletin icrası için deruhte ettiği mali fedakârlıklardır (14).

Kısm Meselesi, Mevzuatta ve Hukuk İlminde, Tarihte ve Bugün, Medenî Kanunun XV. yıldönümü eserinde, İstanbul 1943, s. 407-475.

(14) Becker, Das Obligationenrecht in Kommentar zum Schweiz. ZGB., cilt II, mad. 402 şerhi N. 2.

Leemann eşya hukuku şerhinde mad. 753'e ait izahatta (kanunumuzda 725. maddeye tekabül eder) hiç bir tarif vermez (15).

Ostertag «Zilyetlik ve Tapu Sicili» eserinde mad. 939 şerhinde (bizdeki 907. maddeye tekabül eder) sarfiyatı şöyle tarif ediyor: Ayında maddi tahavvülleri (inşaatta tadilat, yeni tesisat, tâmirat ilh..) mucip olup olmadığına bakılmaksızın, şeyin nef'ine yapılan bilûmum edalar sarfiyattır (16).

Von Tuhr, İsviçre M.K.unun umumî hükümlerine ait sistematik eserinde bir faslı «Sarfiyatın Tanzimi» bahsine ayırmakta ve orada şöyle demektedir: Zarardan farklı olarak sarfiyat bir kimse-
nin maruz kaldığı değil, fakat kendi iradesiyle bir başkası veya bir şey için icra kıldığı, mamelekteki bir tenezzüldür (17).

Bu tarifler arasında ittirat bulunmadığı ve her müellifin, demin belirttiğimiz gibi, mefhumu muayyen bir müessese zaviyesinden tarife çalıştığı görülüyor. En umumî tarif yine von Tuhr'un tarifidir.

Bu vaziyet karşısında von Tuhr delâletiyle Alman medenî hukuk ilmine intikal etmek gerekiyor. Hemen her medenî hukuk müessesesinde İsviçre hukukundan Alman hukukuna geçmek mümkün ve faydalıdır. Fakat mevzuumuz bakımından Alman hukukunda da ittiratsızlık vardır. Bununla beraber Alman hukuk ilminde masraf ve sarfiyat meselesi çok daha geniş tetkiklere mevzu teşkil etmiş bulunuyor. Bu mefhumun tarifi meselesini Alman hukuku bakımından tafsilen incelemek, ortaya çıkacak problemler itibariyle çok faydalı olabilirse de, bu araştırma bizi çok uzağa götürebilir. O sebeple, bütün sarfiyat ve masraf hâdiselerini içine alan umumî bir tarifi hemen göstererek bunun üzerinde biraz durmağı tercih ediyoruz. Alman hukuk literatüründe tesadüf edilen bir çok tariflerin içinde maksadı en iyi ifade edeni şudur: «Sarfedenin mamelekinde bir azalma husule gelecek surette bazı malların rızâi olarak âharın aynına veya muayyen bir maksada hizmet etmek üzere tahsisi, sarfiyatı veya masrafı ifade eder». Masraf ile sarfiyat arasında fark gözetilecekse, yukarıdaki tariftten ona göre «âharın aynına» veya «muayyen bir maksada» ibaresini çıkarmak gerektir (18).

Bu tarife göre bazı noktaları inceliyelim:

(15) Leemann, Das Sachenrecht, Kommentar zum Schweiz. ZGB., mad. 753 şerhi.

(16) Ostertag, Besitz und Grundbuch, Kommentar zum Schweiz. ZGB., mad. 939 şerhi; N. 2.

(17) von Tuhr, a.g.e., cilt I; s. 108.

(18) E. Degener, a.g.e., s. 19 ve 21.

1. «Tahsis» keyfiyeti. Ne vakit bir malın «tahsisi» sarfiyat veya masraftır? Neden bilhassa «tahsis» denmiştir de, bilfarz —başka tariflerde görüldüğü gibi— «eda» tâbiri kullanılmamıştır? Bir malın bu yolda «tahsisi», «vakfı», «hizmete tahsisi» hangi kesafet veya şiddet derecesinde olmalıdır ki, sarfiyat veya masraf sayılabil-sin?

Bu bakımdan üç kesafet derecesi tefrik olunmaktadır:

a) Sarfedilen malın tahsisinde en büyük şiddet derecesi, malın tamamıyla ziyadır. Misal: Hayvana verilen yem, bir iş için görülen hizmet.

b) Tahsiste ikinci şiddet derecesi, malın maddeten baki kalması, fakat hukuken zâyî olmasıdır. Misal: Asıl ile birleştirilen şeyin mütemmim cüzü olması.

c) Tahsisin en zayıf derecesinde mal ne maddî, ne de hukukî bakımdan ziyaa uğrıyor. Meselâ sarfedilen şey aslın teferruatı seclyesini kazanıyor (19).

Bu derece taksimatı meselenin aydınlanmasına yarıyorsa da, iki misal üzerinde biraz daha tâmikte bulunmak gerektir.

Müstevdi hasta beygir için ilâç aldırıyor. Getirilen ilâç verilmeden hayvan ölüyor. Burada ne tevdi edilen beygir, ne de onun sahibi ilâçtan müstefit olmuşlardır. Buna rağmen ilâç masraf sayılmaktadır, çünkü ortada, müstevdiin mamelekinde azalmayı mucip bir tahsis mevcuttur. Objektif olarak ilâç müstevdiin harcadığı paraya muadildir; fakat şübjektif bakımdan bu ilâcın müstevdi için kıymeti yoktur. Bu hâdisede müstevdi masrafı için tazminat istiyebilir, çünkü mameleki, azalmış görünecek tarzda âharın aynına hizmet etmiştir.

Diğer misale gelince: Bir evin zilyedi bazı tâmirat yaptırmak için kıymetli evrakını satarsa, mücerret bu kıymetli evrakın devir ve ferâğı masraf sayılamaz, çünkü buradaki hizmet veya tahsis, sarfedenin mamelekinde bir azalmayı mucip olacak derecede kesafet arz etmiyor.

2. Tarifte «rızaî» tâbirinin de mahsus ehemmiyeti vardır, çünkü —izahatımızın başında da belirttiğimiz gibi— masrafı prensip itibarıyla zarardan ayıran bu rıza, ihtiyar veya iradedir.

3. Tarifte «mal» mefhumunun da yer almış olması şu me-

(19) E. Degener, a.g.e., s. 14 de bu hususta müellif Schakowsky'ye istinat ediyor: Schakowsky, Die Rechte des Besitzers gegenüber dem Eigentümer wegen Verwendungen, Leipziger Diss. 1913, Zeulenroda, s. 3.

seleyi ortaya çıkarıyor: İş veya hizmet «mal» yahut «mali kıymet» (mameleke dahil kıymet) makulesine dahil midir?

Haddi zatında iş kuvveti veya sây, mameleke dahil bir mal veya kıymet değildir, bizatihi insana bağlıdır, halbuki mamelek mefhumu hak sahibinin yanında müstakil olarak yer alır.

Fakat iş kuvveti ile mali kıymetler yaratılabildiğinden, bilvasıta iş kuvveti de, kıymetler yaratan bir âmil olarak, bir kıymet ifade eder. Sây vasıtasıyla başarılan netice, insanın bir nevi semeresidir. Sây, piyasada muayyen bir kıymet ifade eden bir netice veya eser vücade getirdiği anda âdeta müstakil bir şey oluyor. Dernburg, Staudinger, Oertmann gibi Alman müellifleri bu izah tarzını kabul ve müdafaa etmektedirler (20). B.K. mad. 394 şerhinde İsviçreli müellifler de sâyi bu yolda masrafa dahil saymaktadırlar.

III. Masraf ve sarfiyata ait hükümlerin umumi noktâ-nazarlara göre tetkiki.

Yukarıda işaret etmiş olduğumuz gibi, masraf ve sarfiyat M. K.un muhtelif müesseselerinde ayrı hükümlerle tanzim edilmiştir. En mühim sahalar şunlardır:

Borçlar Kanununda:

Sebepsiz mal iktisabı (mad. 65);

Vekâlet (mad. 394);

Vekâletsiz işgörme (mad. 413).

Medenî Kanunda:

İntifa hakkı (mad. 725);

Zilyetlik (mad. 907, 908).

Masraf ve sarfiyatın bütün fer'i hükümleriyle tetkiki, bu müesseselerin ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir, çünkü bunlarda hâdiselerin unsurları çok farklıdır. Fakat böyle bir tetkikat bu makalenin çerçevesine sığmaz; ve esasen gayemiz, kanunun bu mefhumlar bakımından yapmadığı umumileştirmeyi bir dereceye kadar gerçekleştirmektir. Bu sebeple bütün masraf ve sarfiyat hâdiselerine şâmil olan esasları toplu olarak göstermeğe çalışacağız (21).

(20) E. Degener, a.g.e., s. 17.

(21) Bidayette işaret etmiş olduğumuz gibi, BGB den farklı olarak kanunumuzda masraf ve sarfiyata mütedair umumi hükümler sevk edilmiş değildir. Kısmen von Tuhr'a dayanmak suretiyle bazı esasları umumileştireceğiz. fakat aynı zamanda umumi esastan vaki muayyen inhirâfları belirtmek lüzumunu duyacağız (Von Tuhr'un bu umumileştirmeyi yaparken Alman M.K.'undan mülhem olduğu zâhirdir).

1. Masraf veya sarfiyatın ölçüsü. Roma hukukundan beri mutlak olan bir taksime göre zarurî, faydalı ve füzulî masraflar birbirinden ayrılmaktadır (M.K. 907, B.K. 64).

a) Zarurî masraflar (*impensae necessariae*). Muntazam bir idare veya işletmenin gerektirdiği sarfiyat zarurîdir. Masrafın sarfedene zarurî görünmüş olması kâfi değildir; bununla beraber, vaziyetin objektif olarak mütalâasına da lüzum yoktur; hasmın da bu masrafı zarurî addederek yapacağı kabul edilmek mümkünse, masraf zarurî sayılır. Bu noktaya von Tuhr işaret ediyor ve şu misali veriyor: Hasta hayvana baytar celbini âraz haklı gösteriyorsa, baytarın yaptığı muayene ciddi bir tehlikenin mevcut olmadığını ispat etse bile, kendisinin celbi zarurî masraf sayılır (22).

Daha sonraki hâdiseler yüzünden istifadeyi mucip olmaması, masrafın zarurîlik seciyesini bertaraf etmez. Meselâ damın tâmirinden sonra binanın yanmasında bu vaziyet vardır.

b) Faydalı masraflar (*impensae utiles*). Bu nevi masraf zarurî olmamakla beraber bir istifadeyi temin, bilhassa şeyin kıymetini tezyit eder. Meselâ bir tarlanın ıslahı için yapılan masrafta hal budur. Bazı hâdiselerde masrafın faydası sübjektif olarak mütalâa edilir. Ezcümle vekilin faydalı saymağa mezun bulunduğu masraf tazmin olunur (B.K. 394). Başka hallerde ise objektif fayda nazarı itibara alınır; meselâ işgörene sırf, iş sahibi için hakikaten istifadeyi mucip olan masraflar ödenir (B.K. 413). Diğer taraftan B.K. mad. 64'e göre, sebepsiz iktisap eden, o şeyi kabzettiği zaman suiniyetle hareket etmişse, yaptığı faydalı masraflar ancak iade zamanında mevcut olan fazlalık nisbetinde tazmin olunur.

c) Füzulî masraflar (*impensae voluptuariae*). Bunlara zevk veya lüks masrafları demek daha doğrudur. Bu gibi masraflar ne zarurî, ne de faydalıdır; bunlar lüks ihtiyacını karşılar veyahut hissi merbutiyet kıymetini yükseltirler (M.K. 907, B.K. 64) (23).

2. Neler masraf sayılır?

a) Sarfeden, para veya başka şeyler istihlâk etmiştir (meselâ âhara ait bir hayvanı beslemek için); yahut bir şeyi, mütemmim cüzü olacak surette, masraf mevzuu olan şey ile birleştirmiştir (meselâ inşaat yoluyla ilâve).

b) Eşyanın istimalini terk (meselâ başkasına ait bir şeyin mu-

(22) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 109; Ostertag, a.g.e.; s. 100; Ostertag yalnız objektifliği bahis mevzuu ediyor.

(23) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 110.

hafazası için bir oda tahsisi) veya, şayet sarfeden bu yüzden hâdiselerin normal seyri itibariyle kendisine ait bulunan bir kârdan mahrum kalıyorsa, hizmetlerin ifası (meselâ bir tabibin veya avukatın işgören sıfatıyla meslekî hizmetler ifa etmesi) (24) dahi masraf mahiyetindedir.

c) Üçüncü şahıslara karşı borç iltizamı da masraf olabilir: B.K. unda bu neviden masraf hususunda yalnız vekâlette (mad. 394), işgörmeye (mad. 413) ve âdi şirkette (mad. 527) sarahat varsa da, başka hallerde bunu kıyasen kabul etmek gerektir (25).

3. Masraf nasıl tazmin edilir?

a) Masraf, yapıldığı anda ifade ettiği kıymete göre, nakten ödenir. Bu hususta kanunda sarahat mevcut değilse de, von Tuhr «Actio de in rem verso, İşgörme Nazariyesine mütedair etüd» adlı eserinde bu meseleyi tafsilen incelemekte ve masrafın tazmini hususunda B.K. mad. 43 I hükmünde tecelli eden serbest tanzim şeklinden istifade edilemeyeceğini, zirâ masrafın mamelekte ihtiyarî bir tenezzülü ifade ettiğini isabetle belirtmektedir (26).

b) Masrafın arzettiği nakdî kıymete, sarfiyatın yapıldığı günden itibaren faiz yürütülür. Burada nazarı itibara alınan mülâhaza şudur: O zamandan itibaren sarfeden değil, fakat diğer taraf masraftan faydalanmaktadır. Faizler kendisine ödenmiyecek olsa, sarfeden mamelekinde husule gelen tenezzülün tazmin ve telâfisini temin edemezdi. B.K. unda vekâlet (mad. 394), vekâletsiz işgörme (413), komisyon (422) ve âdi şirket (527) müesseselerinde faizin tediyesi hususunda sarahat vardır.

Buna mukabil üzerinde masraf yapılmış olan şeyden sarfeden ivazsız istifade ediyorsa, ancak bu istifadenin nihayete ermesi anından itibaren kendisi faizi talep edebilir. Alman M.K. unda 256. maddede bu hususta sarahat vardır. Von Tuhr ve Leemann M.K. mad. 725 delâletiyle intifa sahibi için aynı neticeye varıyorlar: Meselâ intifa sahibi —hasılat icarında kiracı için aynı vaziyet düşür-

(24) Alman M. K. mad. 1835 gereğince vasi, vesayetin idaresi zımında yaptığı masrafların tazminini vesayet altında bulunan kimseden istiyebileceği gibi, meslek veya sanatına dahil bulunan hizmetler dahi masraf sayılır.

(25) Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, II. Band des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff, yeniden işlenmiş olan 12. basım, Marburg 1932, s. 88.

(26) Von Tuhr, Actio de in rem verso, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, s. 40.

nülmek gerektir— faydalı masraf şeklinde manzur olan bir bina inşa etmişse ve gayrimenkulü intifa müddetinin hitamında tahliye ederken masraflarının tazminini istiyorsa, kendisine faiz tanınmaz, çünkü binanın kullanılmış olması, sarfedilen paranın faizinin yerini tutar (27).

c) Masraf üçüncü şahsa karşı borç iltizamı suretinde yapılmışsa, tazmin, bu borçtan kurtarma tarzında olur (B.K. 394, 413, 527).

Böyle bir halde (meselâ sarfeden vekâletin icrası için gerekli vasıtaları temin maksadiyle ödünç para almışsa) sarfedenin bir borçtan kurtarma talebi vardır. Von Tuhr'a göre, masrafı yapan, üçüncü şahsa borçlu bulunduğu meblâğın kendisine verilmesini isteyemez, çünkü böyle bir tediye sarfedenin malî kaybını aşar ve üçüncü şahsı lüzumsuz yere izrar edebilir (28). Becker bu kanaatte değildir; kendisine göre, sarfeden ancak borç muacceliyet kespedince bu meblâğı isteyebilir. Filhakika daha önce isteyebilse ve alabilse, belki hakkı olduğundan fazla temin etmiş olur. Aksi halde ise von Tuhr'un gösterdiği sebep varit değildir. Bundan başka üçüncü şahsa karşı böyle bir borçtan dolayı her zaman yalnız sarfeden mes'uldür; binaenaleyh bilfarz müvekkil veya iş sahibi meblâğı sarfedene —vekil veya işgören— verdikten sonra, onun bu parayı üçüncü şahsa ödeyip ödemediği iş sahibini hiç bir suretle ilgilendirmez (29).

4. Masrafın tazmini nasıl istenir? Bu hususta muhtelif müesseseler bakımından önemli ayrılıklar vardır ve bu sebeple meseleyi tafsile tâbi tutmak gerektir.

a) Talep, def'i ve hapis hakkı. Tazminatın nasıl istenebileceği hususunda bu ihtimalleri vekâlet ve vekâletsiz işgörmeye, zilyetlik, sebepsiz mal iktisabı için ayrı mütalâa edelim.

aa) Vekâlette ve vekâletsiz işgörmeye (B.K. 394 ve 413) masraflardan dolayı vekil ve işgören teknik mânada talep hakkına —yâni bir ifa veya ictinabı istemek hakkına— sahiptir. Keza intifa hakkı sahibi mükellef olmadığı halde yaptığı masrafa mukabil tazminat isteyebilir. İntifa sahibinin bu talebi vekâletsiz işgörmeye hükümlerine tâbidir (M.K. 725).

bb) Buna mukabil hüsnüniyet sahibi zilyet yaptır-

(27) Lehmann, a.g.e., s. 88; 4 a; von Tuhr, a.g.e.; cilt I; s. 112; Lehmann; a.g.e.; mad. 753 şerhi N. 7.

(28) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 112.

(29) Becker, a.g.e., mad. 402 şerhi.

ğı faydalı ve zaruri masraflar için talep hakkını haiz değildir. Her ne kadar kanun 907. maddesinde «yapmış olduğu zaruri ve faydalı sarfiyatın iadesini talep» diyorsa da, bu teknik mânada talep mefhumunu ifade etmez. Zilyet sarfiyatının ödenmesini ne talep, ne de dâva edebilir. Müsterek hukuka uygun (30), fakat Alman M.K.undan farklı olarak hüsnüniyet sahibi zilyet ancak bir defli kullanabilir: Yaptığı sarfiyat tazmin edilinceye kadar şeyi teslimden imtina edebilir. 907. maddenin sarih hükmüne göre, sarfeden kimse «zaruri ve faydalı sarfiyatın iadesini talep ve tediye zamanına kadar o şeyi hapsedebilir.»

Burada dikkate şayan bir nokta vardır: Menkul mallarda hüsnüniyet sahibi zilyet teslimden imtina zımında o şeyi yedinde alıko-yacak, zilyetliği nakletmiyecektir. Menkullerde vaziyet böylece aşikâr olmakla beraber, gayrimenkullerde hapis hakkı acaba ne suretle istimal edilebilir? Hapis hakkını umumî olarak tanzim eden 864. madde bu hakkı «menkul eşya» ya ve «kıymetli evrak» a münhasır tutuyor. Gayrimenkuller bakımından hapis hakkı ancak 907. madde ile tanınmış olup, bu madde hakkın nasıl kullanılacağı hususunda hiç bir kayıt ihtiva etmiyor. Bu noktaya Rossel işaret ediyor. Bu müellifin umumî hapis hakkına ait şerhi çerçevesinde izah etmek istediği cihet şudur: Her ne kadar 864. madde, borç ile eşya arasındaki irtibata dayanmak üzere (debitum cum re junctum), yalnız menkul şeyler ve kıymetli evrak bakımından hapis hakkını tanıyorsa da, karşılıklı taahhütleri havi akitlerde «aktin ifa edilmemiş olması def'i» zaviyesinden (exceptio non adimpleti contractus) gayrimenkuller hususunda da hapis hakkını umumî olarak —yâni 907. madde çerçevesi dışında dahi— tanımağa mâni yoktur. Meselâ gayrimenkule müteallik alım-satım aktinde mukabil edayi alamıyan satıcı ifadan imtina edecektir; yâni satıcı, alıcının mâlik sıfatiyle tapu siciline teşcili hususunda lüzumlu olan (mad.922) muvafakati göstermekten imtina edecektir. Bunun üzerine müktesip mad. 642 f. I, c. 2 gereğince mülkiyetin kendisine tanınmasını hâkimden istiyecek, fakat fâriğin kullandığı, aktin ademi ifası def'ini nazarı itibara alan hâkim müktesibin bu talebini reddedecektir. Demek oluyor ki, gayrimenkuller bakımından hapis hakkı, takip hakkıyla mücehhez bir imtiyaz olarak değil, sırf hasma karşı ileri sürülen bir defi şeklinde kullanılabiliyor.

Aktin ademi ifası definden mütevellit, gayrimenkullere müte-

(30) Windscheid, a.g.e., § 422, not 7.

allik hapis hakkına ait bu tafsilâttan, 907. maddeye müstenit, gayrimenkule ait hapis hakkının nasıl kullanılacağını istihraç edebiliriz. Filhakika faydalı veya zarurî masrafı yapmış olan, hüsnüniyet sahibi zilyet gayrimenkulü iade mükellefiyeti karşısında kalırsa, yaptığı bu masrafın tazminine kadar tapu siciline tesçiline muvafakatten imtina edecektir. Kendisinin bu imtinaı muvacehesinde hâkimden mülkiyetin tanınmasına matuf karar (M.K. mad. 642) istihsal edilemez, çünkü bu imtina keyfiyeti 907. madde ile sarahaten bahsedilen hapis hakkına dayanmaktadır (31).

Dikkati çeken diğer bir nokta da şudur: Zarurî veya faydalı masrafı yapmış olan, hüsnüniyet sahibi zilyede bu masrafı için bir talep tanınmadığını, yegâne himaye vasıtasının hapis hakkı olduğunu yukarıda belirtmiştik. İmdi bu zilyet şeyi iade ettikten sonra masrafın tazminini temin için elinde hiç bir hukukî vasıta kalmaz. Böyle bir halde, yâni şeyin tesliminden sonra, mâlik ihtiyariyle zilyedin bu masrafını tazmin ederse, vaziyet nedir?

Von Tuhr a göre hüsnüniyet sahibi zilyedin sarfiyatından nâkıs borç doğar; binaenaleyh böyle bir ödeme muteberdir. Mâlik kendisini hataen tediye ile mükellef saymış olsa bile, ödediğini geri alamaz.

Demek oluyor ki, sarfiyatın tazmini ezcümle kumar ve bahse müşabih olarak nâkıs borçtur. Ancak hapis hakkının mevcudiyeti sarfeden için kuvvetli bir teminattır (32).

M. K. mad. 907 I hükmüne dayanan bu hapis hakkı kayıtsız ve şartsız olarak mevcuttur ve herhalde mad. 864'teki umumî olarak tanzim edilmiş olan hapis hakkının şartlarına tâbi değildir.

Yalnız hüsnüniyetle hareket eden zilyedin bu hapis hakkını kullanabileceğine bir kere daha işaret edelim.

cc) Sebepsiz mal iktisabı. B.K. mad. 64 «müddeaaaleyh, yaptığı zarurî yahut faydalı masrafları istirdada salâhiyeti vardır» der. Mehazın Almanca metninde yine «talep» kelimesine tekabül eden «Anspruch» tâbiri yer almıştır. Fakat bu da hakikî bir talep değildir. İadesi gereken şey para ise, masrafların bedeli tenzil edilir. Menkul malın iadesi halinde ise müddeaaaleyh (sebepsiz iktisap eden) 864. maddedeki hapis hakkını kullanabilir. Diğer şeylerde,

(31) *Rossel-Mentha*, Manuel du droit civil suisse, Tome III, Lausanne Genève 1922, s. 245 not 1658. Gayrimenkullerde hapis hakkının nasıl kullanılacağı meselesine hocam Ord. Prof. E. Mardin dikkatimi çekmiştir. Kendisine teşekkürü borç bilirim.

(32) *Von Tuhr*, a.g.e., cilt I, s. 31.

meselâ alacaklarda, kanunî bir hükmün bulunmaması sebebiyle kıyasen bir defî tanımak gerekecektir (33).

b) Refî hakkı (*ius tollendi*). Yapılan masraf, iadesi gereken şeyin mütemmim cüzü olmuşsa, masrafın tazmin edilmemesi halinde sarfeden, hüsnüniyet sahibi olmak şartıyla, o şeyi refî edebilir. Sarfedilen şey 619. maddeye göre mütemmim cüzü olunca, sarfeden onun üzerindeki mülkiyeti kaybeder, fakat refî üzerine yeniden mâlik olur.

Refî hakkı, başkasına ait bir şeye hüsnüniyetle zilyet bulunan şahsa (M.K. mad. 907), intifa hakkı sahibine (M.K. mad. 725), sebep-siz iktisap borçlusuna (B.K. mad. 65) ve vekâletsiz işgörene (B.K. mad. 422) tanınmıştır. Alman M.K.undan farklı olarak, bu refî hakkının başka hukukî münasebetlerde dahi kullanılabileceğine dair kanunumuzda sarahat yoktur. Halbuki ezcümle icarda, hâsılat icarında, âriyette de borçluya böyle bir hak tanımak gerektir. Bu hallerde borçlunun, iade ile mükellef olduğu şeye yaptığı masraflar kendisine tazmin edilmezse, o da bir refî hakkı kullanabilmelidir (34).

Kanun refî hakkını, ayırma «zararsız mümkün ise» kaydıyla kabul etmektedir. Bu kayıt lafzen anlaşılırsa, ekseri hallerde refî hakkını kullanmağa imkân kalmaz, çünkü hemen daima böyle bir ayırmada asıl şey zarar görür. Alman M.K.unun 997. maddesine göre zilyet eski haline getirme hususunda teminat gösterirse, asla âriz olabilecek zarara bakılmaz. Bu hükmü İsviçreli şarihler de kabul ediyor ve bu hususta Alman M.K.una atıf yapıyorlar. Ancak von Tuhr, eski hale getirme için teminat talep edilebileceğini kabul etmiyor; kendisinin kanaatine göre Oser'in (B.K. mad. 65 şerhi), Wieland ve Ostertag'ın (M.K. mad. 939 şerhi) Alman M.K.unun 997. maddesine işaret ederek böyle bir teminat talebini kabul etmeleri doğru değildir, çünkü Alman M.K. unun mezkûr maddesi, İsviçre B.K.unda bahis mevzuu olmayan, şeyin iadesinden sonra refî hakkının istimali ihtimaline aittir. Filhakika gerek İsviçre M.K. mad. 939 da ve gerek İsviçre B.K. mad. 65 te, refî hakkının «şeyin iadesinden evvel» kullanılacağı hususunda sarahat vardır. Türk B.K. unda mad. 64 te «iadeden evvel» kaydı mehzazın tekabül eden 65. maddesindeki gibi aynen mevcut ise de, Türk M.K.unda 907. maddede bu kayıt, mehzazdan farklı olarak, yoktur. Bu vaziyet karşısın-

(33) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 32.

(34) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 112.

da, hüsnüniyetle hareket eden zilyedin refi hakkını şeyin iadesinden sonra dahi kullanabileceğini, bu bakımdan kanunumuzun mehzadan ayrılarak Alman M.K.una yaklaştığını, binaenaleyh 907. maddeye müstenit refi hakkının, zilyetliğin hasma intikalinden sonra kullanılması bahis mevzuu olduğu takdirde, böyle bir hâdiseye Alman M. K.unda 997. madde delâletıyla 258. maddede görülen hükmün tatbik edilerek hasmın, refiden hâsıl olabilecek zararına karşılık teminat itasını talep edebileceğini kabul gerektir. Tabiatıyla bu neticeye, Alman M.K. unda böyle bir hüküm vardır şeklinde değil, ve fakat kanunumuzda mevcut bir boşluğu menfaatler ihtilâfının âdilâne halli sadedinde doldurmak gayesiyle mukayeseli hukuk metodundan istifade etmek suretiyle varıyoruz. Filhakika kanunumuzun 907. maddesinde refi hakkının istimali hususunda «iadeden evvel» kaydı konmadığına göre, masraf yapmış olan kimse «iadeden sonra» dahi —şayet hasım kıymetini tazmine hazır değilse— refi hakkını kullanabilir; yalnız böyle bir halde hasmı —yâni yeni zilyet olmuş olanı— daha fazla himaye etmek gerektir ve bu itibarla kendisine, teminat istemek hakkı tanınmalıdır. Bu hakkın tanınması, kanundaki bir boşluğun doldurulması tarzında mümkün oluyor.

Netice olarak diyebiliriz ki: Von Tuhr ile beraber, refi hususunda kanunda mevcut «zararsız mümkün ise» kaydını lâfzen anlamaya muarızız; asla zarar ârız olsa bile, refi hakkı kullanılabilir, fakat eski hale getirme şarttır; sebepsiz iktisapta —ve B.K. mad. 413 e müsteniden vekâletsiz işgörmede— refi ancak «şeyin iadesinden evvel» kullanılabilir ve bunun için hasım teminat itasını istiyemez. Hüsnüniyetle hareket eden zilyette ise (M.K. mad. 907), mehzadaki «iadeden evvel» kaydı kanunumuzun metnine girmediği cihetle, tafsil yapılacaktır: İadeden evvel teminat göstermeden refi hakkı kullanılabilir, fakat eski hale getirme şarttır; iadeden sonra ise, refi hakkının istimâli için diğer taraf, muhtemel zararlarına karşılık olmak üzere, masraf yapandan teminat istiyebilecektir (35).

Tekrar edelim ki, sarfedene masrafı için tazminat teklif edilirse, refi caiz değildir.

Burada bir noktanın daha tetkiki gerekiyor: Refi sarfeden için hiç bir menfaati mucip değilse, vaziyet nedir? Meselâ evi tahliye eden kiracı divar kâğıdını sökebilir mi? Şüphe yok ki, kiracı bu divar kâğıdını tekrar kullanamaz ve bu itibarla kendisi için yeknazarda bir menfaat mülâhaza edilemez. Ostertag, Alman M.K.unun

(35) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 113; Ostertag, a.g.e., mad. 939 şerhi.

997. maddesindeki hal suretine dayanarak, böyle bir hâdisede refi hakkının kullanılamıyacağını kabul ediyor; filhakıka Alman M.K. unun mezkûr hükmüne göre şayet refi kendisine bir fayda temin etmiyorsa, sarfeden refi hakkını kullanamaz. Bununla beraber von Tuhr bu kanaatte değildir ve kendisine hak verilmek gerekiyor. Von Tuhr'un telâkkisine göre, kiracının, kendisi tarafından divara yapıştırılmış olan kıymetli kâğıdı sökmekte menfaati yoktur denemez ve hâdisede M.K. mad. 2 hükmünün anladığı mânada hakkın suiistimali dahi yoktur. Zira kiracıya kâfi miktarda tazminat teklif edilmezse, ve kiracı, mal sahibinin parasız veya cüz'î bir bedel mukabilinde odanın güzelleşmiş olmasından faydalanmasına mâni olmak arzusunda ise, kâğıdı koparmaktan başka bir çare kalmaz. Asıl ehemmiyetli olan cihet şudur ki, kiracı kâğıdı böyle bir halde koparmak imkânından mahrum kalırsa, bu divar kâğıdı için ödenecek tazminat hususunda hiç bir vakit kiracı ile mal sahibi makul bir uzlaşmaya varamazlar (36).

Masraf yapan kimse bir tazmin talebini haiz ise, onun yerine refi hakkını kullanmakta muhayyer değildir (37).

5. Masraf ve zarar. Bu iki mefhum arasındaki fark yukarıda belirtilmiş, mamelekte masrafın iradî, zararın ise gayriiradî bir tenezzülü intaç ettiği söylenilmişti. Masraf ile zarar arasındaki münasebet meselesi bilhassa vekâlet müessesesinde ehemmiyetini gösterir. Meseleyi bu müessese bakımından şöyle vazedebiliriz: Vekilin mâruz kaldığı zararları müvekkil ödeyecek midir?

B.K. mad. 394 II hükmüne göre vekil «vekâleti ifa dolayısıyla» uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Ancak burada tebdile uğramış bir beyyine külfeti zararın tazmini borcunu icabı hale göre hafifletilmektedir: Müvekkil, bu zararda kusuru olmadığını ispat ederse, tazmin ile mükellef olmaz. Demek ki tesadüfî zarardan dolayı (damnum ex occasione mandati: vekâlet vesilesiyle veya dolayısıyla —vekâlet sebebiyle değil—) müvekkile mesuliyet teveccüh etmez. Misal: Vekil, ihtira beraati hukukuna göre memnu olan emtea ile seyahat ediyor —yâni seyyar satış memuru vaziyetindedir— ve bir demiryolu kazasına mâruz kalıyor. Bu kaza vekâlet sebebiyle değil, ancak vekâlet vesilesiyle (damnum ex occasione mandati) vukubuluyor. Demiryolu kazasıyla, satış emteasının memnu metarlardan olması arasında bir bağıllık yoktur. Müvekkil mesul değildir. Fakat

(36) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 113; Ostertag, a.g.e., mad. 939 şerhi.

(37) Ostertag, a.g.e., mad. 939 şerhi.

başkasının ihtira beraatini takliden yapılmış olan emteayi sattığı için seyyar memur mesul tutulursa, müvekkil mesul olur (vekâlet sebebiyle zarar: *damnum ex causa mandati*). Ancak burada da müvekkilin kusuru aranır. Beyyine külfeti tebdil edilmiştir, müvekkil kusuru olmadığını ispat edecektir. Meselâ seyyar memur, patronun malûmatı olmaksızın memnu emteayi da araya karıştırmışsa ve patron bunu ispat edebilirse, mesuliyetten kurtulur.

Vekilin, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zarardan dolayı müvekkil mesuliyet altında kalmak istemezse, kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat zorundadır. Buna mukabil vekâletsiz işgörmeye iş sahibi, hâkimin takdir edeceği zararı tazmin edecektir (B.K. mad. 413 f. I), mehazın Almanca metnine uygun daha doğru bir ifade ile: «... sair zarar için hâkimin takdiri dairesinde tazminat ödeyecektir». Vekâletsiz işgörene nazaran vekilin o kadar müsait bir vaziyette bulunmaması İsviçreli müellifler tarafından kanun koyucusunun bir sehvi sayılıyor (38).

Von Tuhr bir de şu ehemmiyetli noktaya temas ediyor: «Masraf ile zarar arasında gözetilen fark, yeknazarda zannedilebileceği kadar kat'i değildir. Zira başkasının menfaatine olarak kendisini veya bir şeyini bilerek tehlikeye maruz bırakan kimse, tehlikenin tahakkuk etmesi ihtimali için zararı istemiş oluyor ve onu bu sebeple şarta bağlı masraf olarak ileri sürebilir. Bu itibarla, bir kimsenin masraftan mütevellit tazminat talebini haiz bulunduğu bütün hallerde, bilerek tehlikeye mâruz kılmaktan ileri gelen zararın dahi tazmini gerekecektir. Buna mukabil bir kimse, muamelâtta ki telâkkiye nazaran kendini tehlikeye mâruz kılmış olmaksızın bir zarar tahakkuk etmişse, masraf zaviyesinden tazmin bahis mevzuu olamaz; meselâ vekil, müvekkilin emriyle yaptığı bir seyahatte demiryolu kazasına uğrarsa, vaziyet budur; zira demiryoluyla seyahat bugünkü hal ve şartlar altında hayatı bilerek tehlikeye mâruz bırakmağı ifade etmiyor» (39).

Von Tuhr'un, zarar ile masraf arasındaki hududun seyyaliyetini gösteren yukarıdaki —tırnak içine aldığımız— izahatı esas itibariyle makul ve mukni ise de, bir kimsenin başkasının menfaatine olarak «kendisini veya bir şeyini» bilerek tehlikeye mâruz bırakması keyfiyetini biraz tafsile tâbi tutmak gerektir.

(38) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 110 dip notu 21; Becker, a.g.e., mad. 402 ve 422 şerhi.

(39) Von Tuhr, a.g.e., cilt I, s. 110-111.

Yukarıda II altında masraf veya sarfiyatın tarifi meselesini inceledik, «mal», «malî kıymet», «mameleke dahil bir kıymet», «malî fedakârlık», «eda», «mamelekteki iradî tenzil» gibi mefhumları bahis mevzuu etmiştik. Bir kimsenin «kendisini ... bilerek tehlikeye mâruz» bırakmasından doğacak zararı bu mefhumlardan birine irca etmek mümkün değildir. Vücudun tamamıyeti ve hayat bakımından mâruz kalınacak tehlike veya yapılacak fedakârlık asıl mânasında masraf veya sarfiyat sayılamaz. O halde şöyle diyeceğiz: Masraf deyince, mameleke dahil kıymetler bakımından yapılan fedakârlık anlaşılır (masraf ile zarar arasındaki münasebeti burada vekâlet akti bakımından incelediğimiz cihetle, mameleke dahil kıymetler itibariyle yapılan bu fedakârlık vekâletin ifasını istihdaf veya ifanın zarurî neticesi olarak tecelli ediyor, diyebiliriz). İmdi vekâletin ifası zımında mameleke dahil kıymetlerin bilerek tehlikeye maruz bırakılması, şarta muallâk masraftır. Bu kıymetlerin tehlikeye mâruz bırakılması masrafı teşkil ediyor; eğer bunlar zarara uğrarsa, sarfedilmiş oluyorlar; şarta bağılı masraf bu yolda anlaşılmalıdır. Şimdi, von Tuhr'da kâfi derecede vazih bulmadığımız noktaya gelelim: Bedenin veya hayatın feda edilmesi veya tehlikeye maruz bırakılması haddi zatında masraf değilse de, bu yoldan bilvasıta mameleke dahil kıymetlerin feda edilmesi veya tehlikeye maruz bırakılması masraf mefhumuna idhal edilebilir. Meselâ annenin ricası üzerine bir kimse çocuğu yangın tehlikesinden kurtarırsa, yalnız yanan elbiselerinin değil, fakat vücudundaki yanıkların tedavisi masrafının da tazminini talep edebilir (40).

Ezcümle vekil ölürse, yakın akrabasının infak mükellefini kaybetmiş olmasından mütevellit zararları vekilin kendi masrafları telâkki etmek mümkün değildir. Alman hukukunda, hayatı tehlikeye mâruz bırakan böyle bir vekâleti, vekilin hısımları dahi lehinde olarak zımnî bir garanti mukavelesi mânasında tefsir etmek temayülü hâkimdir. Bu izahat hususunda kendisine istinat ettiğimiz Alman müellifi Lehmann, Alman Temyiz Mahkemesinin, resmî bir memurun davet veya tensibi üzerine bir kimsenin yardımcı olarak faaliyet icra ettiği müteaddit hâdiselerde bu izah tarzını kullandığına işaret etmektedir. Misallerden biri şudur: Bir zabıta memuru hususî şahsı, yakalanan bir suçluya nazarete davet ediyor; hususî şahıs bu işi yaparken, suçlu tarafından bıçaklanarak öldürülüyor. İşte bu

(40) *Lehmann, a.g.e., § 159, s. 571 d.*

davette mahkeme, nafaka mükellefine muhtaç fûruu vahim bir akibetin vukuu halinde vikayeye matuf bir taahhüdün Devlet adına deruhte edilmesini görmüştür (41).

Mamafih ölüm hâdisesini de tetkik etmek suretiyle biraz fazla tafsilâta girmiş bulunuyoruz. Kaide olarak, bir kimsenin bilerek deruhte ettiği zararları ihtiyarî mamelek fedakârlıkları mânasında masraf veya sarfiyat şeklinde imâl etmek zorluk yaratmaz.

IV. Netice.

Esas itibariyle masraf ve sarfiyat meselesi tâli mahiyette sayılabilir, çünkü nihayet bunlar müstakil mevcudiyeti olmıyan, hukukî müessese ve prensiplere teferru eden mefhumlardır. Halbuki bilhassa bu ferî mefhumlar sayesinde kanunun bir çok müesseselerine derinden nüfuz etmek mümkündür. Böyle bir tetkikat, umumî esasların tatbiki için birçok misaller temin ve amelî görüşü takviye edebilir. Üstelik birbirinden tamamiyle ayrı gibi görünen müesseseler arasında mevcut bir çok bağları da bu mefhumların itinalı tetebbuu ve kanun dahilinde takibi ortaya koyabilir. Kanaatimizce, teknik tafsilâta nüfuz etmeden umumî esaslara hâkim olmak zordur (42).

Sonda bir noktaya daha işaret etmek isteriz: İzahatımızın muhtelif noktalarında gösterdik ki, İsviçre M. K., Alman M.K.una nazaran masraf ve sarfiyat meselesini çok noksan bir şekilde tanzim etmiştir. İsviçre kanun koyucusunun gayesi açıktır: Kanun nasıl olsa hayatın mütenevvi bütün hâdiselerini zaptedemediği için, onu fazla geniş tutup teferruata boğmakta mâna yoktur. Hâkim daima serbest olsun, boşlukları takdire göre doldurabilsin. Fakat burada bir itirazımız olacak: İsviçre Kanun koyucusu, bazı Alman hukukçularının bile hayranlığını celbedecek ölçüde Alman M.K. unun fevkine çıktığı halde, İsviçre ilmî içtihadı, madde numaralarını da göstermek suretiyle, Alman M.K.una atıf yapmakta, orada hazır bulduğu hal suretlerini çok defa aynen ıktibas etmektedir. Masraf ve sarfiyat üzerinde yaptığımız tetkikat, daha evvel de bazı vesilelerle müşahede ettiğimiz bu hâdiseyi daha açık göstermektedir. Demek istiyoruz ki, bilhassa mufassal tanzim şekilleriyle tenkidî mucip görülen Alman M.K.una bu tarzda müracaat edilmesi, İsviçre kanun koyucusunun yüksek gayesini tamamiyle teyit etmiyor.

İsviçre M.K. bütün müessese ve prensiplerinde teferruattan sakınarak hâkimi fazla bağlamamak gayesini takip ederken, başka bir

(41) *Lehmann*, a.g.e., s. 571.

(42) *Schwarz*, a.g.e., krş.

mülâhazaya da yer veriyor; ancak bu sayede hukukî vahdet temayülü İsviçreye has olan vazifesini başarabiliyor: Hukuk nizamının gelişmesinde kanton hukukuna pay bırakmak, kantonların taamül ve geleneklerini nazarı itibara almak. İsviçre M.K.unun, kanunumuzla tabiatıyla girmemiş olan beşinci maddesi bunu açıkça göstermektedir. Bu hususta Egger'in şerhinde aynen şu cümle vardır: «Hukuk gibi kazai içtihat da yeni nizamda esas itibariyle ananeci seciyesini muhafaza etmiştir» (43).

İsviçre kanunkoyucusunun bu gayesi karşısında Türk hâkiminin rolü ve mevkii nedir? İsviçreliler, ananeci seciyenin muhafazası için hâkime çok takdir hakkı bırakan, boşlukları fazla olan bir kanun kabul ettiler. Biz bilâkis bu kanunu, mazi ve anane ile irtibatımızı kesmek, tarihî bir an içinde yeni bir medeniyete dönmek için ıktibas ettik. Burada göze çarpan zahirî tezadı şöyle telif edeceğiz: İsviçreliler için tarih ve ananeye bağıllığı temin eden elâstikî, boşluklu kanun bünyesi, bize yeni bir hukuk yaratmakta kolaylık bahşedebilecektir.

Dr. Bülent Davran

(43) A. Egger, a.g.e., s. 29.