

YAZI KURULUMUZ

MUHTEREM MENSUPLARINA

Kıymetli makalelerinizin, zaman alıcı, yazışmalara meydan vermeden doğruca idare adresine gönderilmesini önemle rica ederiz.

58 / 123

EKSİK BORCUN MAHİYETİ (+)

Prof. Dr. Théo Guhl

İsviçre Bern Üniversitesinden

2. Borç

Fakat sadece görünüşte borçlunun hareket hattı faydalı değildir. Gerçekte bu hareketi hukuki bir öneme sahiptir ve modern doktrin bu durumda alacaklının istemini muhtevi yenilik doğuran haklarını (droit formateur) tanımıştır. Bu doktrine göre kendisine icap yapılan kimse bu icabı kabulünde tek taraflı olarak bağit meydana gelir (doğurucu yaratıcı haklar = droit formateur générateur); aynı surette seçmeli borçta (obligation alternative) seçme hakkına sahip olan kimse, seçme anında, borcun muhtevasını değiştirir (değiştirici hak, md. 72 - Türk. 71); kiracı, çalıştıran veya ortak hukuki münasebeti fesih ederken bu münasebeti sona erdirmektedir (Fesih eden yaratıcı hak = droit formateur résolutoire) (1)

Bu doktrin hak sahibinin kendi biricik iradesiyle (2) arzu edilen neticeye ulaşması fikrine dayanmaktadır. Bunun doğru olmadığı, nitekim karşı tarafca bazı yaratıcı hakların alacaklıya açıkca verilmesinden anlaşılmaktadır; meselâ taraflarca fesih hakkının kabulü ve şufa, vefa ve iş-tira hakları gibi. Bütün bu hallerde, yaratıcı hakka muhatap olan kimse, önceden rıza gösterir ve alacaklı (hak sahibi) nin fiiline müsaadeyi vaad eder. Şu kadarki kanun bu fiili tecviz ettiği takdirde, bu, tarafların iradesini tamamlar.

Buna karşılık, alacaklının alacağıнын konusu borçlunun bir şeyden kaçınmasından ibaret olduğu takdirde doktrin yaratıcı haklarından bahsedebilir.

3. Eksik Borçlar

Tabii veya eksik borçlar icrai vasfı noksan olduğu için ancak mahdut olarak hukuken himaye edilen borçlardır. (2.II). Bu özel mahiyetin sebepleri ve hukuki neticeleri çeşitlidir :

(+) Bu yazının baş tarafı, 3. Yıl 2. sayıdadır .

(1) Fesih beyanı geri alınmaz. N.d.t. ATF 68 II 248 veya JdT 1943 52.

(2) N.d.t. Metinde tırnak arasında; Von Tuhr. Edit. Fran. p. 19.

I — İcrai vasıf bazan lüzumsuzdur. Ahlâkın emreylediği ödevler veya sosyal icaplar bu nevidendir. Ahlâk ve örf bu ödevlerin (meselâ bağış, uzak akrabalara yardım) yerine getirilmelerini sağlamağa yeter. Burada hukuki münasebetin hususi mahiyeti icrai vasfı kaldırmaktadır. Bir baba tanımadığı tabîi çocuğuna bakar; ergin bir çocuk ana - babasının yanında yaşar ve gelirini veya işini onlara ayırır.

Bununla beraber hukuk bu muameleleri himaye eder. Bir yandan ahlâki bir vazifeyi yerine getiren kimsenin bu muamelesi bağış değildir. (III 239 Türk. 234); diğer yandan, hukuki bir borcu hata ile yerine getireceğine inanarak ifa eden kimse bundan dönemez (II 64 - Türk. 62). Fakat aile ve miras hukukunda geri isteme bazı hallerde kısmı olarak tecviz edilmiştir. (Mk. 334 ve 633, TMK. 321 ve 610).

II — Borç, muhtevası ahlâka aykırı ise, hükümsüzdür. (20. md.). Boşanmaya rızayı sağlamak için, bir miktar para vaadi dâba-ahlâka aykırıdır. Aynı surette, mirasın hile ile ele geçirilmesine yardım edecek bir kimseye ücret tesbit eden anlaşma da batıldır. Bu anlaşma ile hiç bir alacak meydana gelemez (ATF 51 11 118 veya JdT 1941, 245).

Bununla beraber, bu neviden olan taahhütler ifa edilirse, geri isteme bahse konu olamaz. Zira haksız veya ahlâka - adaba aykırı bir gayeye ulaşmak üzere edimde bulunan kimse himayeye lâyık değildir. (Bk. 66 - TBK. 65).

III — Diğer haller, genel olarak iktisadi alana ilişkindirler. Kantonlar alkollü içkilerin perakende satışından doğan alacakların, kır otelleri masrafları da içinde olarak, ödettirilmesi dava hakkını tahdit edebilir (md. 186 Türk. BK. alınmamıştır). Evlenme tellallığı icraen istenebilir bir alacak doğurmaz (416-TBK. 408). Aynı surette kumar ve bahis (BK. 513, TBK. 504).

Bununla beraber eksik borcu ifa eden kimse (BK. 514 - TBK 505), edim kumar veya bahis maksadiyle alınan bir paranın ödenmesine müteallik da olsa edimi geri isteyemez (BK. 514 - TBK. 505). Bu konuda kumarın nevi önemli değildir; yarış, kumar zekâ oyunu, müsaadeye dayanan piyango ve kur'a çekmeler kumar gibidirler. (BK. 515 - TBK. 506), aynı surette, kumar mahiyetinde beliren ve tayini kolay olmıyan, fiyat farkına göre yapılan veya vadeli olan alış - verişlerde de hüküm böyledir. (BK. 512 - TBK. 504). Federal mahkemenin eski içtihatları, tarafların açıkca ve zımnen satı nalınan emteanın fiilen teslimini veya satılan şeylerin kabulünü ortadan kaldırmaya matuf ve hakikatte mevzuu fiyat farklarına dayanan anlaşmalarını kumar mahiyetinde sayılmakta idi. (ATF. 62

11 112 veya JdT 1936, 430). Federal mahkemenin yeni içtihatları haklı olarak, bu mahiyet üzerinde durmaktadır. Gerçekte ,borcun hakiki olarak ifasını açıkca ortadan kaldıran hükmü tatbikatta tesbit imkansızdır, böyle bir hüküm kabulü sırf bir faraziyedir ki bu adli bir karara temel olamaz. Bundan başka, gerçek olarak yapılan vadeli muameleler vardır, tüccarın fiyat değişikliği dolayısıyla meydana gelecek zarardan kaçmak üzere giriştiği karşılıksız satış (vente à découvert) gibi. Kumar mahiyetini taşıyan Alış-veriş ne dış şekli, ne işleyişi itibariyle, gerçek ve muntazam bir muameleden farklı değildir. Bunun içindirki her olayda şartların bütününcü incelemek lâzımdır. Kumarın mevcudiyetini ortaya koyan işaretler, ezcümle : Hava oyununu yapan müessese veya meslek ile uzlaşılın oyun arasında her hangi bir münasebetin yokluğu, borsa muamelelerini bilmeme, işlerin neticelenmesinde her hangi bir plân ve ayırma yapılmaması, umumi alış - veriş nisbetle muamelelerin ehemmiyeti; oyuncunun imkânları ile normal olarak sezilebilen zarar tehlikeleri arasında nisbetsizlik bulunmasıdır. Şu hale göre kumar defî bütün bu hallerden birinin mevcudiyeti ve hava oyununun tanınması veya kolayca tanınabilir olması hallerinde kabul olunabilir (ATF 65 11 21 - JdT 1939. 272). Kumar hakkındaki kanun hükümleri borç ikrarları, veya neticelerini ihdas ederek kolayca inhiraf ettirilebilir, bunların kumar maksadiyle kullanılması aynı surette tabii bir borcu meydana getirir. Bu kaide ancak muameleye ilk girişen taraflar hakkında cari olup meselâ böyle bir kıymetli evrakı kazanmış olan iyi niyetli üçüncü şahıslara sari ve şâmil olmaz (BK. 513 - TBK. 504).

IV — Prensip itibariyle bütün alacaklar zamanaşımına tabidir (Md. 127, Türk 125 ve müteakip). Zamanaşımına uğrayan borç, eksik bir borç olarak mevcudiyetine ve borçlu tarafından daima ifa edilebilmesine rağmen, düşer. Borçlu rızasıyla veya hata ile kendisini dava edene karşı kazandığı zamanaşımını ileri sürmekten feragat eder, borcunu ifa eylerse, bir bağışta bulunmuş olmaz ve geri alma hakkından da faydalanamaz. (Md. 63, T. 62). Aciz vesikasına müsteniden tesbit edilen alacaklar, borçlu bakımından zamanaşımına uğramazlar (icra ve iflâs, 149-V). Aynı surette, gayrimenkul rehninin tapu siciline tescili ile temin edilen alacaklar da zamanaşımına uğramaz (MK. 807 TMK. 779). Yalnız menkul rehni ile temin edilen alacak normal olarak zamanaşımına uğrar, fakat alacak zamanaşımına uğramış da olsa rehin hakkı baki kalır BK. 140 - TBK. 138).

Théo Guhl-R. Des Gouttes, Le droit Fédéral des obligations, Zurich,
3. édition,

Çeviren : Dr. iur A. Pulat Gözübüyük