

ANDRÉAS VON TUHR

**Borçlar Kanununun
Umumî Hükümleri**

Almanca aslından çeviren :
Doçent Dr. HIFZI VELDET

§ 1. Giriş

Borçlar Hukuku federal hususî hukukun aynı zamanda hem en eski ve hem de en yeni kısmıdır. 14 haziran 1881 tarihli Borçlar Kanunu hususî hukukun tevhide en uygun gelen kısımlarını çok muvafakiyetli bir şekilde ve modern hukukî hayatın ihtiyaçlarını tam karşılayacak bir tarzda kanunlaştırmıştır. 1881 tarihli Borçlar Kanunu muhteva bakımından başlıca daha önceki üç esere dayanmaktadır : Zürih kantonu için *Bluntschli* tarafından hazırlanan 1853-1855 tarihli Medenî Kanun¹, 1861 tarihli Alman Umumî Ticaret Kanunu ve 1866 tarihli Dresden Projesi (Alman Umumî Borçlar Kanunu lâyihası).

1912 yılı sonkânununda yürürlüğe giren Medenî Kanununun hazırlanması işini takiben Borçlar Kanunu, Medenî Kanunun müellifi Eugen Huber'in önderliği altında yeniden gözden geçirildi. Gözden geçirilen Borçlar Kanununun birinci projesi 1904 te Langenthal'de toplanan bir komisyon tarafından müzakere edildikten sonra değiştirilmiş bir şekilde Federal Heyetin 3 mart 1905 tarihli tezkeresiyle Federal Meclis'e sunuldu. İkinci müzakere mayıs ve ilkteşrin 1908 ve mayıs 1909 da mütehassıslar komisyonu tarafından yapıldı. Bu son müzakerenin neticesi Federal Heyetin 1. haziran 1909 tarihli tezkeresiyle Federal Meclise sunuldu. İşbu kanun 1909 ilkteşrin ve ilkkânun aylarında Milli Meclis ve haziran 1910 da Kantonlar Meclisi tarafından müzakere ve her iki Meclisce 4 sonteşrin 1910 da kabul edildikten ve yazılış şekline ait bazı tadillere uğradıktan sonra 30 mart 1911'de kat'iyen kabul ve 5 nisan 1911'de neşrolundu ve 1 sonkânun 1912'de yürürlüğe girdi.

Bu gözden geçirmeye, münhasıran, eski Borçlar Kanununu Medenî Kanuna uygunlaştırmak ve birincinin yirmi senelik tatbikatında hasıl olan tecrübelerin katî surette icabettirdiği değişiklikleri yapmak maksadile teşebbüs olundu² : uygunlaştırma, Medenî Kanuna alınmış olan bazı mevadın, bilhassa menkullere müteallik aynı hakların Borçlar Kanunundan çıkarılması ve ona bazı yeni mevadın ilâvesi suretile yapılmıştır : borcun nakli, gayrı menkul alım-satımı, bağışlama,

¹ *Guggenbühl*, Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuchs, tez. Zürih 1924. *Bauhofer*, Entstehung und Bedeutung des Züricher privatr. Gesetzbuchs, Zür. Preisschrift, 1924.

² 3 Mart 1905 tarihli tezkere s. 4 ve müt.

tellallık, ölünceye kadar bakma akitleri. Bundan mada hizmet akti etraflı olarak tanzim edilmiş ve kanunun muhtelif yerlerinde, fikrimce hepsinin ıslah sayılması mümkün olmıyan, daha küçük değişiklikler yapılmıştır. Diğer taraftan eski kanunun, metinde yapılacak bir rötüşle giderilebilecek olan, bazı eksiklikleri ve karanlık noktaları olduğu gibi kalmıştır³. Borçlar Kanunu yeniden gözden geçirilirken, 1900 denberi Almanya'da yürürlükte bulunan Alman Medenî Kanununun tesirinden kurtulmak mümkün olmamıştır, zira bu sonuncusu, hususî hukuken en yeni ve en tam bir kodifikasyonunu teşkil etmektedir.

Borçlar Kanununu, beşinci kısım olmak üzere Medenî Kanuna eklemek hususundaki ilk fikir tatbik edilmedi. Borçlar Kanunu Medenî Kanundan ayrıdır, fakat medenî hukukun bütün kısımları için umumî bir önemi haiz — ve diğer kodifikasyonlarda, İsviçre Medenî Kanununda bulunmayan, bir umumî hükümler kısmı içinde toplanmış — pek çok hukuk kaide ve mefhumlarını ihtiva etmesi itibarile, Medenî Kanunun lüzumlu bir tamamlayıcısıdır. MK. m. 7 [5] e nazaran Borçlar Kanununun akitlerin inikatlarına, hükümlerine ve sukutlarına müteallik umumî kaideleri (1-40, 68-109, 114-142 [1-40, 67-108, 113-140]) medenî hukukun diğer kısımlarında dahi caridir⁴. Meselâ Medenî Kanunda eksik bir tarzda tanzim edilmiş olan aynı akitte^{5a}, bilhassa mülkiyetin naklinde bu kaide tatbik olunur. Fakat Borçlar Kanunu medenî hukukun sair münasebetlerine, ancak bunların hususî mahiyetleri (meselâ mülkiyetin nakli için zilyetliğin de nakli lüzumu) nazarı itibare alınmak şartile tatbik olunabilir. Bu mülahaza iledir ki, Federal Mahkemenin karar vermiş olduğu veçhile, meselâ aynı hak iddiasında^{5b} müruruzaman carî değildir (Praxis 11 No. 51 ; FMK. 48 II s. 38). Diğer taraftan Borçlar Kanununun, MK. m. 7 [5] de zikrolunan hukukî kaidelerden başka hükümleri dahi aynı suretle Medenî Kanun münasebetlerine tatbik kabiliyetini haizdir ; meselâ şarta ait hükümler, m. 151 [149] ve müt., bir dereceye kadar, aynı akitte de caridir. Borçlar Kanununun tatbiki, tabiidir ki Medenî Kanunun Borçlar Kanununa ait mefhumlara açık olarak atıf yaptığı yerlerde olur ; meselâ MK. m. 726-727 [699-700] de zikrolunan sebepsiz maledinme, Borçlar Kanunu esaslarına göre hükmolunmalıdır ; m. 929 [897] de tanzim edilen zilyetlik davası müruruzamanında dahi keyfiyet aynıdır.

³ SJZ'deki makalelerime müracaat ediniz : 17 s. 225 (101. madde için), 18 s. 201 (bağışlama), 18 s. 365 ve 383 (alım - satım ve kira), 19 s. 225 ve 245 (kefalet).

⁴ Borçlar Kanunu yalnız Medenî Kanunu değil, diğer federal kanunları da tamamlar, Sigorta mukavelesine müteallik kanunun 100. maddesi bu noktayı tasrih etmektedir.

^{5a} [Bak : aşağıda s. 125, 128 ve 649 not 58 ; keza : Roguin, La Règle de droit s. 413 ve müt.].

^{5b} [Bak : s. 604 not 16].

Borçlar Kanunu üç kısma ayrılır. Birinci kısım (bap 1-5, m 1-182 [1-181]) borçların doğumuna, hükümlerine, sukutuna, (borçlular arasında teselsül, şart, pey akçası, zamanı rücu ve cezaî şart⁵ gibi) hususî bazı münasebetlere ve alacağın temlikine ve borcun nakline müteallik umumî hükümleri muhtevîdir. İkinci kısım (bap 6-23, m. 184-551 [182-541]), (vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf akit benzeri de dahil olmak üzere) münferit akdî münasbetleri tanzim eder. Evvelce tehir edilmiş olan tadilâtı halen yapılmakta olan üçüncü kısım (bap 24-33, m. 552-880) ticarî şirketleri, kıymetli evrakı ve ticaret ünvanını tanzim etmektedir.

Alman, Fransız ve İtalyan mevzuatından farklı olarak, İsviçrede ticaret hukuku için ayrı bir kanun yapılmamış, bu, Borçlar Kanunu içinde medenî hukukun öteki kısımları ile mezcedilmiştir. Şunlar bilfiil ticaret hukukuna aittir : 17. bap (ticarî mümessiller, sair ticarî vekiller), 24-27. bap (ticaret şirketleri), 33. bap (ticaret sicilli, ticaret ünvanı ve ticaret defterleri). Keza 15. bap dahi mahiyeti itibarile ticarete müteallik bir hukuk münasebeti olan komisyondan bahsetmektedir. M. 104 [103] tacirlere ve m. 314 [308] ticarî fâizin hesabına ait hususî hükümleri muhtevîdir. M. 190, 215 ve 313 [187, 212, 307] de «ticarî mevad ve muamelelere» mahsus mühim kaideler vardır ; bu kaidelerin tatbiki lâzım olup olmadığını anlamak için, tarafların tüccar sıfatını haiz olup olmadıklarından ziyade, bizzat işin mahiyetine göre tipik ticaret gayesi bulunup bulunmadığını (tekrar satım maksadile alın) tetkik lâzımgelir⁶. Bundan mâda Borçlar Kanununun hükümleri, gerek ticarî işlerde ve gerek sair işlerde tatbik olunur; meselâ satılan şeydeki sakatlığı bildirmek hususunda alıcının, aslında ticaret hukukundan gelen, mükellefiyeti, m. 201 [198]. Mâmafih bu gibi hukuk kaidelerinin tatbikinde bir ticaret işletmesile adî işler arasındaki esaslı fark göz önüne alınır ve bu sebeple meselâ sakatlığın bildirilmesi işinde, tacir olmıyanlara karşı, tacirlere nisbetle, daha müsamahalı davranılır.

Nasıl ki Borçlar Kanunu, Medenî Kanunda tanzim edilmiş olan hukukî münasebetlere bu kanunun 7 [5]. maddesine tevfikân tatbik ediliyorsa, bunun aksi olarak, Medenî Kanun dahi Borçlar Kanununun tatbikinde büyük ehemmiyeti haizdir. Bilhassa MK. m. 1-10 [1-7] de, hususile hakların istimalinde ve vecibelerin ifasında hüsnüniyet (doğruluk) kaidelerine riayet lüzumunu mutazammın olan 2. maddede keyfiyet böyledir.

MK. m. 6. ya göre, federal medenî hukuk, kantonların (muhakeme

⁵ Ve yeniden gözden geçirme esnasında hataen umumî kısma konulan m. 159 [157].

⁶ Bak : Oser m. 190 mütalâa II.

usulü dahil olmak üzere)⁷ âmme hukukuna dokunmamıştır. Halbuki mahfuz addetmediği noktalarda kantonal hususî hukuk esas itibarile lâğvedilmiştir. Bu gibi mahfuziyetler Borçlar Kanununun bir çok yerlerinde vardır : meselâ m. 56 (hayvanlar tarafından yapılan zarar), m. 186 (alkollü içkilerin perakende satışı), m. 218 (arazinin parçalanarak satışı) ve m. 418 (kambyo acenteleri) gibi. Mahfuziyetin mânası muhteliftir : bazı hallerde bir hukukî meselenin halli tamamen kantonal hukuka havale olunmuştur, meselâ m. 56 da hayvanlar tarafından yapılan zarar gibi ; diğer hallerde ise kantonlar federal hukuka aykırı veya bunu tamamlayıcı kaideler koyabilirler ve bu gibi kaideler mevcut olmadığı takdirde federal hukuk tatbik olunur, meselâ : m. 61 ve 236. Bazı mahfuziyetler, m. 33, 73, 97, 362, MK. m. 6 nın esasen kantonlara bıraktığı âmme hukukuna aittir. Bu mahfuziyetler MK. m. 5 I. mucibince, yalnız mevcut olan kanton hukukuna değil, müstakbel kanton hukukuna da taallük etmektedir⁸.

Bir çok hallerde kanun âdete (meselâ m. 81, 112, 189, 211, 212, 213 [80, 111, 186, 208, 209, 210]), yahut mahallî âdete (m. 158, 271, 284 [156, 266, 279]) atıf yapar ve böylece âdeti hukukun ikinci derecede bir kaynağı mertebesine⁹ çıkarır ki, kanun gibi, âdetin tatbiki da onun taraflarca malûm olmasına veya onların rızalarına uygun bulunmasına bağlı değildir¹⁰. MK. m. 5 II. ye göre, muhalif bir âdetin varlığı ispat olunmadıkça, evvelce yürürlükte bulunan kantonal hukuk âdet ad-dolunur. Ticaret ve sanayiın bazı sahalarında âdetler, ilgililer tarafından, ticarî âdetler namı altında yazılı olarak tesbit olunurlar¹¹. Âdet kanun tarafından müeyyidelenmediği takdirde, irade beyanlarının tefsirinde nazarı dikkate alınır¹²; tarafların iradesinin unsuru olmak itibarile âdet, kanun tarafından yedek (dispositiv) hüküm olarak tesbit edilen hukukî kaidelerden önce gelir.

Kanunda (ve onun tarafından müeyyidelenen âdette) bir hüküm bulunmadığı takdirde hâkimin örf ve âdet hukukuna göre karar vermesi lâzımgelir¹³ MK. m. 1. Halbuki örf ve âdet hukuku ekseriya muayyen havalie veya muayyen şahıslar çevresine münhasır bulun-

⁷ Bununla beraber federal kanunkoyucu, kantonlarda federal hukuk prensiplerinin tatbikını temin için lâzımgelen muhakeme usulü kaideleri koymak hususunda kendini selâhiyetli görmüştür ; bak : A. Reichel, Einfluss des ZGB auf den kantonalen Prozess, SJZ 6. s. 101 ; aşağıda § 4 not 30, § 30 not 22.

⁸ Bunun aksine olarak şayet meselâ m. 236 da olduğu gibi, muayyen bazı mevad için kantonlar yeni hükümler koymağa selâhiyetli kılınmışsa, evvelce mevcut kantonal hukukun bakasını kabul etmek icabeder, O s e r, mutalâa 3.

⁹ Bak : aşağıda § 7. not 44.

¹⁰ Becker, m. 18 not 13.

¹¹ Bak : Wehrli die Zürcher. Rohseidenusanzen, tez Zürich. [Bak : § 73 not 47.].

¹² Bak : aşağıda § 34 not 17.

¹³ Gmür, ZGB und Gewohnheitsrecht.

duğundan bunu, kanunun başka taraflarında örf veya mahallî âdet dediği şeyden tefrik güçtür.

Kanunda veya örf ve âdet hukukunda bir hüküm bulunmadığı takdirde, hâkim kanunkoyucu olsaydı kendisinin koyacak olduğu kaideye göre hükmeder. Birinci madde ile tanınan ve güzel bir şekilde ifade edilmiş olan bu yaratıcı faaliyetinde hâkim, hukukî nazariyelere ve an'aneyle dayanmalıdır. Hukukî nazariyeleri İsviçre hukuk literatüründen mâda, BK'nın tarihî temellerine uygun olarak, bilhassa Müşterek Hukuktan^{13a} ve bu hukukun gelişmiş eseri olan Alman Medenî kanunundan ve, BK'nın bazı kısımları için de, Fransız hukukundan almak icabeder. An'ane ise mahkeme teamülünde bütün kuvvete tecelli eder. Nazariyeler ve mahkeme kararları hâkimi bağlamaz, bizzat bir karar ittihazında kendisine sadece bir yardımcı vasıta olur. Bilhassa hâkim önceki kararlarla bağlı değildir. Zira devamlı bir mahkeme teamülü gerçi emin bir hukukî vaziyet ihdas ederse de, diğer taraftan hiç değişmeyen bir tatbikat, hukukî hayatın her türlü ilerlemesine engel olur.

^{13a} Müşterek Hukuk (gemeines Recht, droit commun), Almanyada XIV. asırdan itibaren iktibas olunmağa başlanan ve tamamlayıcı mahiyette mer'iyete giren Roma hukukudur ki buna «Pandekt Hukuku» dahi denilir. Almanyada, Medenî Kanununun mer'iyete girdiği 1. I. 1900 tarihinden önce hukuk birliği yoktu. Alman Konfederasyonunu teşkil eden her krallığın ve hatta dukalık ve şehirlerin kendilerine mahsus hukukları vardı ki, bunlardan krallık ve dukalıkların hukuklarına «Landrecht = Memleket hukuku» ve şehirlerin hukukuna da «Stadtrecht = şehir hukuku» denilir. İşte Müşterek Hukuk veya Pandekt Hukuku denilen muktebes Roma hukuku, bu suretle ayrı ve dağınık şehir ve memleket hukuklarında hüküm bulunmadığı takdirde tatbik olunmak üzere, tamamlayıcı mahiyette, mer'î olmağa başlamış ve hemen bütün Alman memleketlerinde tatbik edildiği için «Müşterek Hukuk» unvanını almıştır. 1. I. 1900 de Alman Medenî Kanununun (BGB) yürürlüğe girmesi ile, memleket ve şehir hukukları ile birlikte Müşterek Hukuk dahi lâğvedilmiştir; fakat ehemmiyeti hâlâ mevcuttur, zira bugünkü Alman hususî hukukunun sistemi, çok mükemmel olan Müşterek Hukuk nazariyatine kurulmuştur (Türkçeye çevirenin notu).

Borçlar Hukukunun Umumî Mefhumları

§ 2. Borç münasebetinin özü ve kuruluşu

I. Borç münasebeti (Obligation) iki (veya daha çok) şahıs arasındaki bir hukukî münasebet olup, bununla o şahıslardan biri (borçlu), diğerine (alacaklıya) karşı bir ödeme (*) (Leistung) mükellef olur¹. Borç münasebeti alacaklı bakımından bir alacak (Forderung), borçlu için bir mükellefiyet (Verbindlichkeit) veya borç (Schuld)^{1a} tur.

II. Alacaklar ile Medenî Kanununun 4. kısmında bahis mevzuu olan aynı haklar mâmelek haklarının en mühim nevileridir². Bu iki nevi hak arasındaki en esaslı fark, hakkın müteveccih bulunduğu mevzuun değişik olmasından ileri gelir. Alacak, bir fiili (bir ödemi) yerine getirmeye mecbur olan borçlunun şahsına karşı bir haktır ; bu sebeptendir ki alacağa şahsî hak dahi denilir³. Eşya üzerindeki hakların veya aynı hakların mevzuu bir şeydir ki, bunun üzerinde hak sahibinin hudutsuz veya hudutlu bir hâkimiyeti vardır. Aynı haklar, **mutlak** haklar sınıfına girer, zira hak sahibi hâkimiyetini, bunu ihlâl eden herkese karşı tanıtabilir ; halbuki alacak **nisbî** bir haktır⁴ : alacaklının işi esas itibarile münhasıran borçlu ile ve alacağından üçüncü şahıslara karşı hiçbir hak doğurtamaz. Bu zıddiyet, muhtevası bir şeyin

(*) Ödem (Leistung, prestation), bir borç münasebetinde borçlu tarafından alacaklıya karşı taahhüt olunan tarzı harekettir. Meselâ alım - satım akdinde satıcının yerine getirmekle mükellef olduğu ödem : satılan şeyin mülkiyetini alıcıya nakletmek ve alıcının yerine getirmekle mükellef olduğu ödem de : satış bedelini satıcıya tediye eylemektir. Türk Borçlar Kanunu, bizim «ödem» kelimesile ifade ettiğimiz «Leistung, prestation» mefhumunu bazı yerde «tavaz», bazan «yapılacak iş veya şey» bazan «verilecek şey», bazan «eda» kelimeleriyle ifade etmiştir, bak aşağıda § 7. (H. V.).

¹ L. 3 pr. de obl. et act. D. 44,7 : obligationem substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. BGB § 241 ile mukayese ediniz. BK. bunu tarif etmemiştir.

^{1a} Borç münasebeti alacaklı ve borçlu sıfatı ile karşı karşıya duran iki şahsı ihtiva eder. Aynı hak sahibine ait olmakla beraber birbirinden ayrı bulunan iki mâmelek arasında da borç münasebetine benzer bir hukukî münasebet mevcut olabilir, bak : MK. m. 209 II [205 II] ve Egger, mutalâa 2 c.

² Bir mâmelek, aynı haklardan ve alacaklardan başka şunları da ihtiva edebilir : maddî olmayan şeyler üzerindeki haklar (te'lif ve ihtira hakları) ve üyelik hakları (esham, şirket hisseleri).

³ Bak : meselâ MK. m. 959 [919].

⁴ Allg. Teil. § 11.

tesliminden ibaret olan alacaklarda en açık olarak kendini gösterir. Alıcının, satılan şey üzerinde doğrudan doğruya hiçbir hakkı yoktur: buna el koyamaz^{4a}, bilâkis satıcıya müracaatle o şeyin teslimini istemesi lâzımdır. Onun hakkı, mâlikinki gibi, şeye zilyet olan bütün üçüncü şahıslara karşı tevcih olunamayıp, ancak kendi borçlusuna : satıcıya ve bunun külli halefine (mirasçılara) karşı tevcih olunabilir, o şeyin mülkiyetini satıcıdan cüz'i halef sıfatile almış olana karşı tevcih olunamaz⁵. BK. m. 259 II [254 II] nin hususî hükmile korunmuş olmadıkça kiracı için de keyfiyet esas itibarile böyledir. Bir alacağın, borç münasebetinde alacaklının borçlusu vaziyetinde bulunmayan bir üçüncü şahsa karşı ileri sürülebilmesi ancak istisnaen mümkün olabilir. Bunun en mühim misali tapu siciline şerh MK. m. 959 [919] dır ki bu alıcıya ve kiracıya, BK. m. 260 [255], haklarını sonraki müktesibe karşı da muhafaza imkânını verir^{5a}.

Borçlara müteallik haklar ile aynı haklar arasındaki ayrılık hasmın iflâsı halinde de kendini gösterir. Borçlunun iflâsı halinde alacaklı esas itibarile diğer alacaklılarla müsavi tutulur ve hakkı mahdutlaşır. Aynı bir hakka malik olan kimse ise bu hakkını, herhangi bir üçüncü şahsa karşı olduğu gibi, iflâs masasına karşı da tam ölçüde kullanabilir : bu da kendine ait bulunan malın ayrılıp verilmesini (İc. İf. K. m. 242) veya kendisine rehin edilmiş olan şeyin satış tutarı üzerinde imtiyazlı olarak kaydedilmesini talep suretile olur (İc. İf. K. m. 219).

III. Obligation kelimesi iki ayrı mânada kullanılır :

1. Dar mânada Obligation, tek bir alacak ifade eder ; meselâ alıcının, satılan şeyin teslimine ve kiracının tek bir aylık kira bedeline müteallik alacakları gibi⁶.

2. Daha geniş mânada Obligation (borç münasebeti), iki kimse arasında bir vakiyaya dayanan ve bir veya bir kaç alacak husule getiren bir münasebet ifade eder. Bilhassa bir akitle, meselâ bir alım-satım, bir kira, bir şirket mukavelesile taraflar arasında (veya istisnaen üçüncü bir şahıs lehine) doğan bütün münasebetler bu kabildendir. Bu geniş mânadaki Obligation, tek alacağın aksine olarak, en

^{4a} Bak : aşağıda § 46 not 95. Hakkımı tahakkuk ettirmek için alacaklının ilkönce borçluya müracaat ederek ondan iradesini vazifesine uygun bir şekilde kullanmasını istemeğe mecbur tutulması, kanun tarafından borçlunun şahsiyetinin nazarı itibara alınmasından ileri gelmektedir, bak : Allg. Teil I. s. 97.

⁵ Allg. Teil § 46 not 4. [Bak : aşağıda § 18 not 24 ; § 85 not 20.]

^{5a} Ayrıca bak : aşağıda § 18 VIII.

⁶ Daha dar bir mânada, bilhassa anonim şirket hukukunda Obligation kelimesinden (BK. m. 669 No 7) gayri menkul rehnile temin edilmiş tahviller (MK. m. 875 [844]), tahvil hamiline ait hisse, bir ödünçten doğmuş olan ve umumî bir istikrazın bir kısmını teşkil eyleyen bir alacak (ve bunu ihtiva eden senet) anlaşılır ; bak : Prax. 12 No 92 [FMK 49 III s. 133] ve tahvilli istikrazlarda alacaklılar birliğine müteallik 20. 2. 1918 tarihli nizamname.

iyi bir şekilde, **borç münasebeti** (Schuldverhältnis) kelimesile ifade olunabilir⁷.

Aşağıdaki noktalar anlaşılırsa borç (Obligation) kelimesinin iki mânası arasındaki fark açıkça göze çarpar :

a) Bir borç münasebetinin sadece bir tek alacaktan ibaret olması ancak istisnaen vaki olur (meselâ faizsiz ödünçte ve haksız fiilden doğan tazminatta olduğu gibi); fakat bu münasebet kaideten birden fazla alacaktan, bilhassa iki taraflı borç münasebeti, taraflardan herbirinin alacaklarından müteşekkildir^{7a}. İşbu geniş mânadaki borç münasebeti içine bunlardan başka, alacağın fer'i hakları⁸ denilen haklar ve borç münasebetine bağlı inşai haklar (Gestaltungsrechte)⁹ yani meselâ kirada hizmet aktinde ve şirkette feshi ihbar hakkı, alım-satım ve ıstisna aktinde fesih hakkı gibi haklar girer.

b) Borç münasebeti (şart veya müddet tayin edilmediği takdirde) akdin inikadı ile doğar. Alacaklar borç münasebetile aynı zamanda doğabilir, meselâ peşin alım-satımında olduğu gibi. Fakat alacak daha sonraki bir zamanda da doğabilir, meselâ münferit kira veya faiz bedeli üzerindeki alacak gibi. Bazan alacak ancak borç münasebetinin devamı esnasında başka vakıaların husulile (meselâ vekilin vekâleti ifa için yaptığı masrafların kendisine ödenmesi hususundaki alacağı gibi), veyahut borç münasebetinin nihayet bulmasıyla (ödünçte sermayenin, kirada kiralananın geri alınması alacağı gibi) doğar¹⁰.

c) Alacaklar kaideten devrolunabilirler, m. 164 [162] ve müt.^{10a}. Bir borç münasebeti ise, aralarında doğmuş olduğu şahıslar için devam eder. Meselâ kirayaveren bir tek veya bütün kira bedeli alacağını başkasına devredebilir, fakat buna rağmen kirayaverenlik hukukî vaziyetini muhafaza eyler : feshi ihbar hakkı ve bilhassa kirayaverene düşen mükellefiyetler onun uhdesinde kalır¹¹.

d) Alacaklar m. 68 [67] ve müt. mucibince ifa ile ve 3. bapta m. 115 [113] ve müt. de tanzim olunan ibra (*), tecdit, alacaklı ve

⁷ Alman Medenî Kanununda Schuldverhältnis kelimesi hem taraflar arasında mevcut bir akitten doğan münasebetlerin heyeti mecmuasını, hem de bir tek alacağı ifade etmektedir, Allg. Teil § 5 not 18. [Bak : aşağıda : § 81 not 64, § 82 not 26, § 85 not 4.]

^{7a} [Bak : § 57 III, § 61 not 32.]

⁸ Bak : aşağıda X.

⁹ Bak : § 3 II. [Bak : § 89 not 47, § 94 4 ; § 95 not 40.]

¹⁰ Bir hukukî münasebet, henüz herhangi bir hak doğurmaksızın, tarafların, aralarında sonradan zuhur edebilecek olan bazı vakıaların hukukî neticelerini muamele şartlarıyla önceden tanzim etmeleri keyfiyetinden de ibaret olabilir, bak : § 20 not 3.

^{10a} [Bak : § 94 not 1.]

¹¹ Ancak gayrı menkulün ferâğındadır ki m. 259 II [254 II] mucibince kira münasebeti gayrı menkulü iktisap edene geçer. [Bak : § 28 not 36].

(*) İsviçre Borçlar Kanununun ibraya-ait 115. maddesi Türk Borçlar Kanununa henedense alınmamıştır (H. V.).

borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifanın mümkün olmaması, tekas ve mururuzaman gibi sebeplerle nihayet bulur. Borç münasebetlerinin nihayet bulması için ise tamamen başka sebepler vardır : müddetin hitamı, fesih, feshi ihbar, borç münasebetinden doğan bütün alacakların ifası suretile tasfiye gibi. Sukut sebeplerindeki farktan dolayı ekseriya bir alacağın, kendisine esas teşkil eden borç münasebetinin nihayet bulmasından sonra da devam ettiği vâkidir ; meselâ bir ücret alacağı tediye ile veya sair bir suretle nihayet bulmadığı takdirde, hizmet münasebetinin hitamından sonra da devam eder¹².

IV. Borç münasebetinin özünde borçlunun bir vazifesi vardır¹³. **Hukukî vazife**¹⁴ mefhumu hukuk ve ahlâkta müşterek olan şu fikre dayanır : insan, hareketlerinde bazı kaidelere riayet etmelidir ve edebilir. Hukukî vazife, hukuk nizamı tarafından ferde tevcih olunan, riayeti mecburî bir emir, emredici bir kaide suretinde tasavvur edilebilir. O, ahlâkî vazifeden şu noktada ayrılır : hukukî vazifeye riayet esas itibarile, ve her ne kadar daima tesirli olmasa bile, devlet kuvvetinin dış vasıtalarile (icra, tazminat, ceza) temin olunur.

Bir hakkın iktisabı veya ziyayı için kanunun bir hareketi şart koyduğu hallerde dahi yanlış olarak ekseriya vazifelerden bahsolunur ; meselâ m. 201 [198] e nazaran alıcının sakatlığı ihbar vazifesi, zarar görenin m. 44 II [44 II] mucibince zarara mâni olmak veya onu azaltmak vazifesi¹⁵, borçlunun iflâsı halinde alacaklının alacağını kaydet-tirmek vazifesi m. 511 [502] gibi. Böyle hareketlerin yapılmasının hakikî vazifelerden olmadığı, yapılmamaları halinde vazife ihlâlinden doğan mutad neticelerin hasıl olmamasından anlaşılır. Bu hareketleri yaptırmak için hasmın ne bir talep ve ne de bir dava hakkı olmadığı gibi, yapılmamaları halinde bir tazminat mükellefiyeti de yoktur. Bilâkis alıcı, satılândaki sakatlıktan dolayı satıcıya karşı haiz olacağı talep hakkını; zarargören tazminat hakkını; alacaklı, kefillere karşı olan alacağını kaybeder, çünkü bu hakların doğumu veya devamı için lâzımolan şart tahakkuk etmemiştir. Bu hareketler bir vazifeyi ifa için değil, bir hakkın kaybolmasını önlemek üzere alâkadarın zatî menfaati icabı olarak yapılır¹⁶. Bu hal, sigorta hukukundaki bir çok ihbar vazifelerinde

¹² Ariyetverenin istirdat alacağı, ariyetalanın ölümü dolayısıyla borç münasebetinin m. 311 [305] mucibince nihayet bulunduğu anda doğar. Oser, istirdat alacağının ariyet akdinden değil, belki mirascının, hakikatte mevcut olmayan, sebepsiz iktisabından doğduğunu söylemekle hata etmiştir.

¹³ Bir alacağın, ifa ile mükellef bir borçlu olmaması halinde bile istisnaen devam edebileceğine dair bak : aşağıda not 59.

¹⁴ Allg. Teil § 4.

¹⁵ Bak : aşağıda § 14 not 4.

¹⁶ M. 193 I [190 I] in ifadesine göre davanın ihbarı satıcıya bir vazife yükletir, fakat II. fıkraya nazaran eğer satıcı bazı hukukî mahzurlara katlanmayı kabul ederse, bu ihbarı nazarı itibara almayabilir.

bilhassa böyledir ki, sarıh bir ifade ile bunlara vazife değil belki sigorta ettirene veya edene düşen külfetler (Obligenheiten) demek lâzımgelir¹⁷. Külfetler ile hukukî vazifeler şu noktada birbirine benzerler : her iki halde de bir fiilin yapılmaması hukukî bir mahzur doğurur; bir külfetin yerine getirilmemesinin kusur neticesi olup olmadığını tetkik lâzımgeldiği hallerde bu benzerlik daha fazlalaşır.

Vazife mefhumu borçlar hukuku sahasını aşar. Zira her hukukî vazife mutlaka bir borç münasebetine dayanmaz.

1. Kanun veya resmî bir makam tarafından umumî menfaat namına fertlere yükletilen bir çok vazifeler vardır ; meselâ ceza tehdidi altında bulunan fiilleri işlememek vazifesi; MK. m. 333 [320], BK. m. 55-56 [55-56] da ev reisine, istihdam edene veya hayvan tutana düşen nazaret vazifeleri; ne şekilde olursa olsun tehlikeli bir iş görülürken lüzumlu ihtiyat tedbirlerinin alınması vazifesi gibi¹⁸. Bu nevi hallerde bazan resmî bir makamın müdahalesile şiddetlendirilen¹⁹ bir vazife vardır, fakat bir alacaklı mevcut olmadığından, borç münasebeti yoktur. Ancak bu gibi vazifelerin ihlâlinden bir zarar meydana geldiği takdirde ki, zarargören için tazminat alacağı ve fail için de buna tekabül eden bir borç mükellefiyeti doğar²⁰.

2. Herkese düşen vazifeler arasında başkalarının mülkiyetine veya sair aynı haklarına karşı her türlü tecavüzdün çekinme vazifesi de vardır. Bu vazifeler, ortada muayyen bir alacaklı olmadığından, borç değildirler. Ancak bir kimsenin hukuka aykırı olarak başkasının mülkiyetine tecavüz etmesi halindedir ki o kimse ile malik arasında bir hukukî münasebet doğar, şöyle ki :

a) **bir alacak** : malik, zararverenden, eski hukukî vaziyetin iadesi için, ister tazminat şeklinde, ister başkasının mülkiyetine yapılan müdahaleden elde edilen bir iktisabın geri verilmesi şeklinde olsun, bir ödemin ifasını istediği takdirde bir alacak doğar ;

b) **bir aynı talep**. MK. m. 641 II [618] : malını haksız olarak elde tutana karşı istihkak davası (vindicatio), veya zilyetliğine müdahale edene karşı, müdahalenin men'i davası (actio negatoria)²¹. Bu talepler

¹⁷ Kisch, Handb. des Privatversicherungsrechts cilt II § 24 ; Rölli, Kommentar zum VVG m. 4 not 2 ; Schönerberger, Eigenes und fremdes Verschulden, Freiburg, tez. s. 30 ve müt.

¹⁸ FMK 21 s. 622.

¹⁹ Meselâ bak : m. 59 II [59 III].

²⁰ Bazı hallerde sadece tehlikenin mevcut olması ile, buna maruz olan şahıs lehinde bir alacak doğar ki bu alacak, tehlikenin izalesi için lâzımgelen tedbirlerin alınmasını talep hakkıdır, m. 59 I [59 I].

²¹ Zilyetliğin himayesi talepleri dahi (tazminat talebine müteallik olmadıkça) aynı mahiyettedirler, MK. m. 927, 928 [895, 896], zilyetlik hakkı talepleri de böyledir MK. m. 934, 936 [902, 904]. Bak : Allg. Teil I s. 254. [Bak : § 80 not 15].

alacak değildirler²². Zira malikin istediği şey bir ödem, bilhassa hasmın mâmelekenden alınacak bir ödem olmayıp, ancak mülkiyetinin hudutsuz istimaline riayettir. İstihkak davası ile malik hasmından malını geri alabilir, müdahalenin men'i davası ile de hertürlü müdahaleye nihayet verdirir²³. Aynı taleplerin alacak olmadıkları, hasım tarafın iflası halinde en açık bir surette görülür : istihkak davası ile malik malının iflas masasından alınıp kendisine verilmesini istiyebilir, halbuki tazminat veya sebepsiz iktisap alacaklarında iflas alacaklılarının akıbetini paylaşır.

3. Karı ve kocanın şahsî vazifeleri, MK. m. 159 [151] ve müt., borç değildir²⁴. Bu vazifeler hukuk sahasını aşan ahlâkî esasları ile; muhtevaları ile²⁵ ve ihlâllerinden doğan hukukî neticelerle²⁶, borçlardan ayrılırlar. Ana-babanın çocuklarına karşı vazifelerinde de keyfiyet böyledir, MK. m. 271 [260] ve müt.²⁷. Çocuğun itaat vazifesi, MK. m. 275 [264], bugünkü hukukta dahi, hukukî bünyesi itibarile, borçlardan ziyade aynı haklara yaklaşan velâyetin tersyüzüdür : velâyet de, mülkiyet gibi, hukukî vasıtalarla ancak harice karşı himaye edilir²⁸ ve hâkimiyet altında bulunanlara karşı ise başlıca zatî kuvvet ile istimal olunur ki, bu kuvvet icabında MK. m. 284 [273] mucibince vesayet makamının ittihaz edeceği tedbirlerle kuvvetlendirilir²⁹.

²² Allg. Teil, § 15 not 4. [Bak : aşağıda § 94 not 22].

²³ Hasım taraf iade masrafları ile mükellef değildir, meğer ki malı eline geçirirken bir kusur işlemiş ola. Mülkiyete karşı olan bir müdahalenin izalesi için yapılan masraflar hususunda Müsterek Hukuk [bak : s. 5 not 13a] dahi bu esası kabul eder, Windscheid § 198 not 3 ve 4 ; halbuki BGB § 1004, bütün bu masrafları hasma yükler, bak : Allg. Teil § 15 not 33, Wolff. Sachenrecht § 87 I, 3, MK. m. 679 [656] ya göre de aynı hal suretini MK. için dahi kabul icabeder.

²⁴ Allg. Teil § 6 III.

²⁵ MK. m. 159 [151] de zikredilen muhtevayı taşıyan vazifeler bir akid ile meydana getirilemezler.

²⁶ MK. m. 169 [161] mucibince hâkimin emrettiği tedbirler ve en son olmak üzere boşanma. Buna mukabil fikrimce aile hukuku vazifelerinde, borçlar hukuku için karakteristik olan, ödememezlik sebeble tazminat yoktur.

²⁷ Bir çocuk noksan terbiye veya nezaret dolayısıyla cismanî veya ruhî bir zarara uğradığı takdirde fikrimce ana - babasından tazminat talebi hakkına malik değildir. Ödeşme, bu gibi hallerde ana - baba tarafından muavenet vazifesinin ağırlaşması ile ve ölümlerinden sonra da MK. m. 631 II [608 II] nin tatbikile olur.

²⁸ MK. m. 275 I [264 I] e dayanan dava.

²⁹ Naef, Unterlassungsanspruch namı ile Zürich'te verdiği tezin 17. sahifesinde ana - babanın tedip hakkına katlanması için çocuk aleyhine dava ikame olabileceğini kabul ediyor. Fikrimce bir mahkemenin MK. m. 284 [273] de mevzuubahis vesayet makamına müracaat yerine bu davayı kabul edebileceği şüphelidir ve ben böyle hükümlerin infazı tarzını tasavvur edemiyorum.

V. Bazı borçlar doğum sebepleri itibarile Borçlar Kanununda tanzim edilmemişlerdir³⁰ :

1. Başkasının malı üzerindeki zilyetlikten doğan alacaklar (tazminat, menfaatler, masraflar), aynı haklardadır, MK. m. 938 [906] ve müt.

2. Karı-koca yahut akraba arasında nafaka alacakları ve karı-koca mallarının idaresi tarzından doğan alacaklar, aile hukukundadır.

3. Muayyen bir mal vasiyetinden doğan alacak, miras hukukundadır.

4. Cemiyetle âzaları arasındaki borç rabitaları, şahsın hukukundadır, MK. m. 71 [64].

VI. Borçlunun mükellefiyetine, alacaklının, borçlanılmış olan ödemin ifasını istemek hakkı tekabül eder. Bu isteme gayri resmî olarak bir ihtarla, resmî olarak bir dava ikamesile yapılır. Ödemin ifasını isteme hakkına **talep hakkı** denilir³¹. Bu hak alacağın özü, alacaktan alacaklı lehine doğan en mühim selâhiyettir. Hukuk nazariyatında talep ile alacağın ekseriya aynı şey addolunması³² ve hattâ kanunun ifadesinde dahi bu iki tabirin aynı mânada kullanılması³³, bundan ileri gelmektedir. Buna rağmen borç münasebetinin daha ince tahlilinde talep ile alacağı mefhum itibarile birbirinden ayırmak lâzımdır³⁴. Her şeyden önce şu sebeple ki : bir alacağa dayanmayan, bilâkis mutlak hakların kullanılmasını temin eden talep hakları, hususile yukarıda s. 10 da zikrolunan aynı talepler vardır. Sonra borçlar hukukunda dahi talep hakkı ve alacak aynı şey değildir. Aralarındaki fark iki istikamette kendini gösterir :

1. Alacak ödemin alacaklıya karşı borçlanıldığı anda doğar. Ala-

³⁰ Alman hukuku için bak : *Gierke* § 175 I. [Bak : aşağıda § 80not 14.]

³¹ Talep kelimesi hukuk muhakemeleri usulünde daha geniş fakat daha az kati bir mânada kullanılıyor. Bu kelime, (tesbit davasında ve inşai davada olduğu gibi, bak : aşağıda § 3 not 22), davaedilenin bir şey yapmasını veya yapmamasını istemek maksadile olmasa bile, davacı tarafından yapılan her talebi ifade etmektedir.

³² Meselâ *Enneccerus* § 204 I l. de böyledir. Borçlar Kanunu için de *Naef*, *Unterlassungsanspruch a. g. e. s.* 28.

³³ BGB de talep hakkının (*Anspruch*) tarifi, § 194, esas itibarile alacağın tarifinin, § 241, aynıdır. BK ne alacak (*Forderung*) ve ne de talep hakkı (*Anspruch*) kelimelerini tarif etmeyip, bunlardan birini diğerinin yanında kullanır ve bu terimlerden niçin bazan birini ve bazan da diğerini kullandığını anlamak dahi mümkün olamaz ; *Forderung*'un kullanıldığı 128, 129, 130. maddelere ve *Anspruch*'tan bahseden 67, 133, 139, 371. maddelere bakınız. Kanundaki terimlerin bu katiyetsizliği karşısında, nazari bir hukuk kitabında *Anspruch* kelimesine kati bir mâna vermek caiz olup ancak bu kelimenin kullanıldığı her maddenin tefsirinde bu mânadan neticeler çıkarılamıyacağı da tabiidir. [Bu hususta Türk Borçlar Kanununda da bir ıstılâh birliği yoktur. Bilhassa «*Anspruch*=talep hakkı» yerine bazan hak, bazan da dava kelimeleri kullanılmaktadır ; bak : BK. m. 126, 127, 128 ; 66, 131, 363. H. V.1.]

³⁴ *Allg. Teil* § 15 II.

caklının talep hakkı ise, ancak ödemi isteyebileceği yani alacak muaccel hale geldiği zaman doğar³⁵.

2. Talep hakkı alacağın alacaklıya verdiği en mühim bir salâhiyettir, fakat yegâne salâhiyet değildir :

a) Alacaklı dava açıp bir hüküm istihsal ederse icra tarikile hakkını elde edebilir. Cebri icra safhasında borçludan hiçbir ödem istenemez veya borçlu ödemi ifaya icbar edilemez³⁶, alacaklı kendisine karşı ifası lâzımgelen şeyi, müracaati üzerine icra makamının alacağı tedbirlerle elde eder. Alacaklının icra hakkı bir talep hakkı değil, borçlunun mâmelekine müracaat hususunda, alacağı dayanan, bir salâhiyettir³⁷.

b) Hakkını cebri icra yolu ile istifa salâhiyetinden mâda alacaklı için, alacağının ödenmemesi veya geç ödenmesi hallerinde şayet borçlu kusurlu ise, bir tazminat talebi doğar, m. 97, 103 [96, 102]. Kaideten alacaklı hakkını cebren istifa etmek veya tazminat ile iktifa eylemek şıklarından birini seçebilir³⁸. Fiilen icra imkânsız olduğu zaman alacaklı tazminatla iktifaya mecbur kalır.

c) Alacakta inşai haklar da dahil olabilir³⁹. Meselâ seçme hakkı m. 72 [71], mühlet tayini hakkı m. 107 [106], alacağı ihbarla muaccel hale getirme hakkı m. 318 [312], takas hakkı m. 120 [118] gibi. Bu salâhiyetler, talep değildirler, zira bunlarda alacaklı borçludan bir şey istemez, bilâkis arzu olunan neticeyi bizzat kendi fiili ile elde eder⁴⁰.

d) Alacaktan alacaklı için bir defi⁴¹, yani alacağını öne sürerek kendi ödemini ifadan imtina salâhiyeti doğabilir. Meselâ m. 82 [81] mucibince iki taraflı bir akitte alacaklı alacağı ödenmediği veya ödenmek için arz edilmediği müddetce kendisine düşen ödemi yerine getirmekten imtina edebilir.

e) Alacağın normal varlığına, alacak üzerinde tasarruf salâhiyeti dahildir⁴² ; meselâ ibra veya tecil, temlik ve terhin ve bilhassa borçluyu

³⁵ Allg. Teil § 15 VII, *Staudinger*, § 198 2 ve 3 c ; *A. Planck*, § 194 ten evvelki mütalâa 5 d ; BK için *Naef a. g. e. s. 29*. [Bak : § 62 not 6].

³⁶ Ancak para cezası veya hapisle tehdit hallerindedir ki, borçluyu, icra vastasile, hükme uygun harekete zorlamağa teşebbüs olunur.

³⁷ Allg. Teil I s. 111, 176, 261.

³⁸ Bak : aşağıda § 4 not 12.

³⁹ Bak : aşağıda § 3. [§ 78 not 1 ve 2 ; § 79 not 2.]

⁴⁰ Diğer inşai haklar münferit alacakta değil, borç münasebetinde dahildirler, meselâ kiranın ve hizmet akdinin nihayet bulması sebebi olarak feshi ihbar gibi, bak : yukarıda not 9. [Bak : § 95 not 34].

⁴¹ Bak : aşağıda § 3 not 41. [§ 81 not 20].

⁴² MK. m. 641 [618] mülkiyetin esaslı unsurları arasında, istenildiği gibi tasarruf salâhiyetini de saymaktadır. Aynı şeyin alacak ve diğer haklar için de kabulü lâzımdır.

borcundan kurtaracak surette ödemin kabulü gibi. Bu salâhiyetlerinin kullanılmasını alacaklı, bir temsil salâhiyetile bir üçüncü şahsa terkedebilir⁴³. Normal olarak alacakta dahil bulunan, tahsil salâhiyeti⁴⁴ istisnaen, alacaklıya değil, fakat bir üçüncü şahsa ait olabilir, bilhassa üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelede vaziyet böyledir, m. 112 [111]⁴⁵.

VII. Talep, alacaklı tarafından, kendisinden bir ödemin ifası istenilen borçlunun şahsına karşı ileri sürüldüğü halde, icra vasıtaları ekserî hallerde⁴⁶ bizzat borçluya karşı⁴⁷ değil, bilâkis onun mâmelekine karşı istimal olunur. Borçlu borcunu arzusu ile ödemezse alacak, icra uzuvlarının yardımı ile istifa olunur; bu, borçlunun mâmelekinden bazı eşya alınması ve eğer bunların aynen ifası lâzımsa, alacaklıya verilmesi, şayet bahis mevzuu olan borç bir para borcu ise, bu eşyanın alacaklı menfaatine paraya tahvil olunması suretile olur. Borcun hukukî tahlili yapılırken, ekseriya olduğu gibi yalnız talep hakkı değil, onun tatbik vasıtası olan icra dahi gözönüne alınır, o zaman, alacak borçlunun şahsına karşı bir haktır, şeklinde yapılan mutat tarifin doğru olmadığı meydana çıkar⁴⁸. Alacağın hedefi ilk safta borçlu ve ikinci safta, şayet kendisi mahkûm olur ve ödemezse, onun mâmelekidir⁴⁹.

Cebrî icrada alacaklının elkoyması haline maruz bir mâmelekin hukukî vaziyeti, en iyi, **mesuliyet** (Haftung) kelimesile isimlendirilebilir⁵⁰. Alacak, borçlunun bir mükellefiyetinden ve mâmelekinin mesuliyetinden müteşekkildir. Normal olarak mesuliyet bir borçla beraber bulunduğu için, borca da ekseriya mesuliyet denilir, bilhassa muhtemel bir zararı tazmin mükellefiyetleri böyledir; meselâ, borçlu kast veya ihmalden, kendisinin veya başkasının kusurundan mesuldur, denilir, bak : m. 55, 56, 99, 100 [55, 56, 98, 99]. Bununla, istenerek ifa olun-

⁴³ Temsil salâhiyeti, alacakta dahil bütün salâhiyetlere şamil olabildiği gibi, yalnız talep'e, bilhassa alacağın dava edilmesine veya alacak üzerinde muayyen bir şekilde tasarrufa, meselâ tahsil veya temlike de münhasır bulunabilir.

⁴⁴ Allg. Teil I s. 142.

⁴⁵ Üçüncü şahıs ifayı isteyemediği takdirde, talep hakkı ile tahsil salâhiyeti iki ayrı şahsa taksim edilmiş olur. Talep hakkı alacağın özünü teşkil ettiğinden, bu, o şahıslardan hangisine aitse asıl alacaklı odur.

⁴⁶ Bir şeyi yapmak veya yapmamak mükellefiyetlerinin para cezası veya hapis tehdidile yerine getirilmesi hali müstesnadır.

⁴⁷ Eski hukukta borç için hapis usulü cari olduğu müddetçe başka türlü idi ; nasıl ki talep hakkı borçluya karşı dermeyan olunabiliyorsa, icra dahi borçlunun şahsını (hedenini) tazyik ederdi.

⁴⁸ Bak : yukarıda not 3.

⁴⁹ Bu sebepledir ki alacağın sağlamlığı bir taraftan borçlunun şahsı (lâyık olduğu itimad derecesi), diğer taraftan da mesul mâmelekinin miktarı ile taayyün eder. [Bak : § 99 not 5.].

⁵⁰ Allg. Teil § 4 VI.

madığı takdirde borçlunun mâmelekenden icra yolu ile istifa olunan borç kastedilmektedir.

Kaideten mesuliyet, borçlunun icra esnasında mevcut olan bütün mâmelekine şamildir, ancak hususî sebeplerden dolayı hacizden veya alacaklının sair suretle elkoymasından kurtulan cüzler müstesnadır⁵¹. Borcun doğumundan sonra borçlunun mâmelekine ilâve olunan şeyler, alacaklı borçlusunun bu yeni iktisabını önceden hesaba katmamış olsa bile, alacaklıya karşı mesuldür⁵². İcradan önce borçlunun mâmelekenden ayrılan cüzleri artık mesul değildir, meğer ki üzerlerinde bir rehin hakkı bulunsun veya İc. İf. K. 285. ve müt. maddelerine göre iptal davası ile, onlar yeniden mesuliyet çerçevesine girsin⁵³. Borçlunun bütün mâmelekine şamil olan mesuliyete ekseriya şahsî mesuliyet denilmekte (meselâ MK. m. 220 [216]) ve bununla borçlunun şahsî gerisindeki mâmeleki kasdolunmaktadır; halbuki hudutsuz mesuliyet tabiri daha doğrudur⁵⁴.

Istisnaen, bazı alacaklar vardır ki bunlar karşısındaki mesuliyet, mâmelekin muayyen parçaları ile hudutlu mesuliyettir. Meselâ gayrimenkul mükellefiyeti MK. m. 782 [754], irad senedi MK. m. 847 [817] bir gayrimenkulun hali hazırdaki malikinin mükellefiyetidir ki, o bunlar için münhasıran o gayrimenkul ile mesuldür; aynı suretle MK. m. 208, 221 [204, 217] mucibince karı bazı borçları için ancak mahfuz malları ile mesuldür⁵⁵; hazine, mirascı sıfatile ancak miras kalan mallarla mesuldür, MK. m. 592 [571]⁵⁶. İcranın, mâmelekin sadece muayyen parçalarına (meselâ ancak menkul servete) tatbik edileceği, yahut da mâmelekin bazı parçalarının icradan hariç kala-

⁵¹ İc. İf. K. m. 92, 93 [71, 72].

⁵² İleride iktisap edilecek mallar üzerindeki mesuliyet tarafların iradesile ortadan kaldırılamaz; bağışlayanlar ve vasiyet edenler dahi yaptıkları teberruun, iktisabedenin borçlarına karşı mesul olamayacağını şart edemezler. BK. m. 519 II [510 II] kaydı hayat ile iradde buna bir istisna koymuştur. Buna mukabil, bir teberru, iktisabedenin alacaklısı teberru olunan şeye müracaat ettiği takdirde hükümsüz olacağı ve teberruun asıl sahibine avdet edeceği infisahî şartına bağlı olarak yapılabilir.

⁵³ MK. m. 717 [690] mucibince istisna olunanlar dahi böyledir.

⁵⁴ BK. m. 821 deki «haftet persönlich» (şahsan mesul olur) tabiri «ist verpflichtet» (mükelleftir) den başka bir mâna ifade etmez ve bu, doğru olan tabirin lüzumsuz bir itnabıdır.

⁵⁵ Kanun yanlış olarak «Verpflichtung der Frau mit dem Wert ihres Sondergutes» (kadının mahfuz malları ile mükellefiyeti) nden bahseder. Halbuki maddeler arasındaki irtibattan (m. 207, 219 ve 220 [203, 215 ve 216]) kati olarak meydana çıkıyor ki, mahdut olan şey kadının mükellefiyeti değil, mesuliyetidir, bak: Egger m. 208 1a. (Bu mütalâa Türk Medenî Kanunu için varit değildir, zira mevzuubahs maddelerde Türkçe metin hep «mesuliyet» tabirini kullanmıştır. H. V.).

⁵⁶ MK. m. 592 [571] in ifadesi de müphemdir. Hazinesinin mükellefiyetinin, terekenin nakdî kıymetini aşmayacağı zannedilebilir. Halbuki kastedilen şey terekenin borçları ile tam bir mükellefiyet olup ancak icranın, terekenin malları ile mahdut olduğudur, bak: Escher.

cağı kararlaştırılmak suretile, mukavele ile dahi bir mahdut mesuliyet⁵⁷ tesis olunabilir⁵⁸. Buna mukabil terekenin resmen tasfiyesi halinde bahis mevzuu olan şey, MK. m. 593 III [572 III] ün ifadesinden zan-nolunacağı gibi, mirascının mahdut mesuliyeti değil, belki ona ait her türlü mükellefiyetin ortadan kalkmasıdır ki, bu keyfiyet, en açık bir şekilde, mirascının tasfiye esnasında dava edilememesinden anlaşılır⁵⁹. Mirasbırakan'ın vaktile yaptığı borçlar için⁶⁰ terekenin ancak bir mesuliyeti kalır ki, alacaklıların haklarını bu terekeden mirascı değil, tasfiye memuru tesviye eder. Buna rağmen mirascının, terekeden olan alacakların borçlusu olduğundan bahsedilmesi, mirasbırakan'ın borç-larının, artık mirascının mâmelekine dahil bulunan tereke üzerinden tesviye olunmasından ve tasfiye kapandıktan sonra mirascının, her-hangi bir suretle ödenmemiş olarak kalan alacakların tekrar borçlusu mevkiine girmesinden ileri gelir⁶¹. Mevcudu borca yetişmeyen bir te-rekenin iflas usulüne göre tasfiyesi halinde de keyfiyet böyledir.

Mahdut mesuliyetli alacaklardan, borçlunun mükellefiyetinin âzami bir had ile (meselâ m. 493 [484] mucibince kefalet senedinde gösteril-mesi lâzım azamî miktarda olduğu gibi) tahdit kılındığı⁶² alacakları ayırmak lâzımdır. Bu gibi hallerde bazan kemmiyetce mahdut bir mesuliyetten bahsolunur. Hakikatte mahdut olan borçtur, fakat bu borcun miktarı için borçlu bütün mâmelekile mesuldür⁶³.

Borçlunun mâmeleki yanında bir üçüncü şahsın mâmeleki de mesuliyet altında bulunabilir⁶⁴. Meselâ mal ortaklığı halinde MK. m. 219 [215] mucibince, kocanın bütün borçları için, onun mahfuz mal-larının yanında karı-kocanın müşterek malları da mesuldür. Bundan başka rehin olarak verilen şey, borçlunun mâmelekine dahil olmasa bile, alacaklıya karşı mesuldür.

⁵⁷ Allg. Teil I s. 326 ; Planck, şerh II s. 30 ; Gierke, s. 38 ; Reichel, G. Cohn'a Armağan ; Oser, 1. bap, III 2a.

⁵⁸ Alacaklı elinde bulunan kanunî vasıtaların tahdidini pek arzu etmediğinden, bu nevi mukavelelere nadiren rastlanır. Meselâ : bir mirascının, mesuliyetin tereke üzerine tahdidi suretile yaptığı borç mukavelesi (Reichsg. s. 90 ve 93) ; malor-taklığı halinde mesuliyetin mahfuz mallar üzerine tahdidi suretile kocanın bir borç tanınması, Wolff, Aile hukuku § 62 not 17.

⁵⁹ Tuor, m. 593 [572] not 7.

⁶⁰ M. 596 I [575 I] tasfiye memurunun, mirasbırakan'a ait teahhütleri ifa mec-buriyetinde olduğunu açık olarak söylemektedir.

⁶¹ Ancak tereke mütebakisinin kendi mâmelekinde husule getirdiği ziyadedden, Tuor m. 593 [572] not 8.

⁶² Roma hukukundan misaller : actio de peculio ve mirascının mükellefiyetine ait sub beneficio inventarii. Dernburg II § 14, III § 171.

⁶³ Böylece meselâ MK. m. 590 II [569 II] deki hallerde mirascının mükellefiyeti, terekeden edindiği ziyade miktarı ile mahduttur ; fakat bu bu mükellefiyetten doğan mesuliyet, mirascının bütün mâmelekine şamil olur. Keza MK. m. 188 II [180 II] de de mahdut mükellefiyetler bahis mevzuudur.

⁶⁴ Held, Geldschuld und Vermögenshaftung, SJZ 19 s. 37.

VIII. Borçlunun müteaddit alacaklıları varsa, alacaklar, doğum zamanları nazarı dikkate alınmaksızın, esas itibarıyla aynı kuvveti haizdirler⁶⁵. Borçlu, meselâ aynı şeyi iki alacaklıya karşı borçlandığı için, bunlardan yalnız birine tesviyede bulunabildiği takdirde, diğer alacaklıya karşı tazminatla mükellef olur. Her alacaklı, diğer alacaklıları nazarı itibarıyla almaksızın kendi hakkını dava yolu ile takip edebilir ve borçlunun, bütün alacaklılara karşı mesul olan mâmelekinde icraî takibatta bulunabilir.

İflasın açılması halinde hukukî vaziyet değişir, o anda borçluya ait bulunan ve iflas devam ederken ilâveten iktisap olunan bütün mâmelek, haczi caiz olmıyan şeyler müstesna olmak üzere⁶⁶, iflas masasını teşkil eder ve bu anda mevcut bulunan bütün alacaklılara karşı alacakları nisbetinde mesul olur⁶⁷. Tediye kalan kısım için müflis mükellef kalır ve iflasın kapanmasından sonra iktisap eylediği mâmelek ile mesul olur, meğer ki bir konkordato ile bu mükellefiyetten ibra edilmiş ola.

IX. Hukukî hayatta borç münasebetine düşen vazifeler tetkik edildiği zaman görülür ki, borç münasebetleri bu bakımdan dahi aynı haklarla karakteristik bir tezat arz ederler. Mülkiyet ve öteki aynı haklar ile hak sahiplerine dış âlemin muayyen kısımları üzerinde inhisarcı bir hâkimiyet bahşedilir ve bu, üçüncü şahısların müdahalesine karşı himaye olunur. Halbuki borç münasebetleri, muhtelif hak sahiplerinin hukukî sahaları arasında rabitalar meydana getirmeye tahsis edilmişlerdir. Borç münasebeti, alacak olarak, alacaklının mâmelekinin müsbet bir unsuru (aktif kısmı) ve aynı zamanda borç olarak, borçlunun mâmelekinin menfi bir unsuru (pasif kısmı) dır⁶⁸.

Şahsî rabita, eşya tesliminin veya bir eser vücuda getirilmesinin teahhüt edilmesi suretile iki mâmelek arasında birinden diğerine bir akışın hazırlanmasından ibaret olabilir⁶⁹. Bu nevi borç münasebetleriyle alacaklının ve borçlunun mâmelekleri arasında birbirine doğru karşılıklı bir çekme ve gerilme rabitası doğar ki bu, normal olarak, ifa ile çözümlenir. Şahsî rabita, borçluya ait bir maldan veya borçlunun çalışma kudretinden istifade hususunun az çok

⁶⁵ Allg. Teil § 94 III.

⁶⁶ Bak : yukarıda not 51.

⁶⁷ Bazı alacaklar iflasta imtiyazlıdır, le. H. K. m. 219. Rüçhan hakları denilen bu imtiyazlar (BK. m. 170 [168] ve 178 [176], BGB § 401) ayrı bir hak olmayıp, muayyen bazı alacakların vasıflarındandır, bak : Allg. Teil § 13 II ve aşağıda not 75.

⁶⁸ Bu sebeptendir ki bir memleketin iktisadi servetini gösterir istatistikte, camia âzası arasındaki borç münasebetleri hesaba katılmaz. Zira bir mâmelekin aktif kısmı olmak itibarıyla her alacak, başka bir vatandaşın mâmelekindeki pasif kısım demek olan bir borca tekabül eder.

⁶⁹ Servetin bir elden diğer ele akışı ekseriya böyle bir muhteva taşıyan bir taahhüdün ifası suretile olur ; fakat bu, daha önce mevcut bir taahhüt olmadan dahi vaki olabilir, meselâ elden bağışlama.

uzun bir müddet için alacaklının emrine bırakılmasından da ibaret olabilir (kira, hizmet akti)⁷⁰. Mülkiyet hakkı ve aynı hakların çoğu bir müddetle tahdit edilmemiş hâkimiyet münasebetleri oldukları halde, hukuk nizamında, müddetle tahdit edilmemiş borç münasebetleri aleyhine bir temayül vardır, bak : kira için BK. m. 269 [264] (BGB § 567), ve hizmet akti için BK. m. 351 [343] (BGB § 624).

X. Bir alacak, kanun hükmü veya tarafların iradesile fer'i haklarla techiz edilebilir. Fer'i haklar⁷¹ alacağın esaslı unsurlarından olmayıp (bak : yukarıda VI), alacaktan ayrı hususî bir takım haklardır ki, alacağın gayesine hizmet ederler ve bu sebeple alacakla hukukî bir irtibat halinde bulunurlar; bu irtibatın şekli fer'i hakların nevilerine göre değişir. Bazı fer'i haklar alacağın genişlemesinden ibarettir ; faizler ve temerrüitten doğan zararın tazminine müteallik alacak⁷², keza asıl ödeme birlikte borçlanılmış olan akdî ceza [cezaî şart] gibi, m. 160 II [158 II]⁷³. Diğer fer'i haklar alacağa teminat hizmetini görürler; kefile karşı olan alacak, rehin ve hapis hakları gibi⁷⁴. Borcu tesbit eden vesika üzerindeki mülkiyete de alacağın bir fer'i hakkı denilebilir. Buna mukabil iflas halinde bir alacağa ait imtiyaz bir fer'i hak değil⁷⁵, belki alacağın hukukî bir vasfıdır; aynı suretle tapuya şerh de alacağı kuvvetlendirir⁷⁶. Tahkim şartı dahi fer'i hak doğurmaz, belki alacakta (muhakeme usulüne ait) bir tadilât husule getirir.

§ 3. İnşai haklar, Salâhiyetler, Defiler

I. Aynı haklar ve borç münasebetleri mâmelekin en önemli unsurlarıdır. Bunlar maddî olmıyan eşya üzerindeki haklarla ve İsviçre (Türkiye) hukuku tarafından tanınmış olan şahsiyet hakları¹ ile birlikte insanın hukukî sahasını teşkil ederler ve, hak sahibine dış âlemin bir kısmı veya diğer bir insanın hareket tarzı üzerinde hukukî bir hâkimiyet bahsettikleri için, hâkimiyet hakları tesmiye olunabilirler. Modern dogmatik (nazariyat) hukukî mefhumların daha ince tahlilinde, hukuk nizamının bu ilk unsurlarından başka diğer bir takım salâ-

⁷⁰ Devamlı borç münasebetleri için bak : Gierke, § 176 II 7.

⁷¹ Allg. Teil § 13. [Bak : aşağıda § 74 not 22 ; § 95 not 7 ; § 99 V.]

⁷² İfanın imkânsız olması halinde asıl ödeme yerine tazminat kaim olur. Bu itibarla m. 97 [96] dan doğan tazminat talebi, alacağın bir fer'i hakkı değil, belki değişmiş muhteva ile bizzat kendisidir, Allg. Teil § 16 s. 274.

⁷³ Bundan mâda mahkeme masraflarının tediyesi alacağı, m. 195 No. 3, 208 II, 499 II [192 No. 3, 205 II, 490 II]. [Bak : § 57 not 13 ; § 87 not 14].

⁷⁴ Bu haklar dahi, aynı mahiyette olmakla beraber, geniş mânada alınan borç münasebetinin unsurlarından sayılabilirler ; zira bunların gayesi borçlunun borcunu temin eden mesuliyetin kuvvetlendirilmesinden veya genişletilmesinden ibarettir, bak : yukarıda VII.

⁷⁵ Bak : Prax. 12 No. 168 [FMK. 49 III s. 201] ve yukarıda not 67.

⁷⁶ FMK. 44 II, s. 366.

¹ MK. m. 28 [24] ; BK. m. 19 [19].

hiyetler görmüştür ki bunlara ikinci derecede (talî) haklar² denilebilir. Bunlar, bir kimsenin kendisi veya başka birisi için bir hakkı kurmak veya ortadan kaldırmak veya değiştirmek salâhiyetinden ibarettir. Bu haklar «iktidar» ifade eden³ haklardır, zira sahiplerine bir hukukî netice vücade getirmek salâhiyetini bahşederler. Bunları iki gurupa ayırmak mümkündür : İnşai haklar ve Salâhiyetler.

II. İnşai hak (*) (Gestaltungsrecht)⁴ tabirinden, bir insanın sadece kendi iradesile bir hukukî tahavvül vücade getirebilmesi⁵ hususunda ayrı bir hukukî vaziyete dayanan salâhiyeti anlaşılır. Vücade gelen hukukî tahavvülün nev'ine göre şu tefrik yapılabilir :

1. Kurucu inşai haklar (begründende Gestaltungsrechte); bunların kullanılması ile bir hukukî münasebet kurulur, yahut bir hak iktisap olunur. Eşya hukukunda: işgal ve ihraz hakları⁶ ve bazı alacaklıların, borçlularına ait gayrı menkul üzerinde bir gayrı menkul rehni iktisabına müteallik — MK. m. 837 [807] nin almanca metninde yanlış olarak Anspruch (talep hakkı) denilen — salâhiyeti⁷. Borçlar hukukunda : icaba muhatap olanın, kabul ile bir akit meydana getirmesi⁸; iştirak, vefa ve şüf'a hakları⁹; sonradan doldurulmak üzere beyaza imza edilen bir vesikanın doldurulması hakkı¹⁰; temsilolunanın icazeti, BK. m. 38 I [38 I], ve kanunî mümessilin icazeti, MK. m. 410 [394] ¹¹. Aile hukukunda : mahkeme kararı ile nesebi tashih ettirme hakkı, MK. m. 260 [249], gibi.

² Allg. Teil § 7.

³ Zitelmann, Intern. Privatr. II s. 32.

(*) *Gestaltungsrecht* tabiri fransızcaya *droit formateur* şeklinde tercüme edilmiştir. Bahsin tetkikinden anlaşılacağı üzere bu haklar, münhasıran hak sahibinin iradesile, ya bir hukukî vaziyet kurmak veya bunu değiştirmek veyahutta ortadan kaldırmak suretile yeni bir hukukî vaziyet inşa ettikleri için bunları Türkçede «inşai haklar» tabiriyle ifade etmeyi uygun gördük (H. V.).

⁴ *Seckel, Festgabe der Jur. Ges. Berlin 1903, s. 205.* İnşai haklar *Oser*, tarafından rastgele zikredilmiştir, m. 164. not 5. [Bak : *Oser*, 2. tabı m. 1 - 67 ye ait iptidai mülâhazalar, 34 ve müt.].

⁵ Kendi iradesile bir hukukî değişiklik meydana getirebilme hususunda her insana tanınmış olan imkân (medenî hakları kullanma ehliyeti) bir hak değil, belki insanın temyiz kudretinin derecesine bağlı bir hukukî vasıftır. [Bak : § 87 not 42. *Saleilles, Théorie gén. de l'obl. s. 346.*].

⁶ Meselâ sahipsiz araziye işgal hususunda kantonal hukuk tarafından tanzim olunan işgal (ihraz) hakları, MK. m. 664 III [641 III]; bir şeyle birleşen ziyadeyi ayırıp alma hakkı MK. m. 939 II [907 II], ki bu hakkın kullanılması ile zilyet asıl şeyden ayrılan kısmın mülkiyetini iktisap eder, *Ostertag*, not 14. Halbuki sahipsiz menkullerin ihrazı bir ihraz (işgal) hakkına dayanmaz, zira bu, MK. m. 718 [691] muoibince herkese açıktır.

⁷ Şayet alacaklı bir gayrı menkul rehni tesisini borçludan istemek mecburiyetinde bulunsaydı o zaman bir Anspruch (talep) mevcut olurdu. Fakat alacaklı gayrı menkul rehnini borçlunun iştiraki olmaksızın tesis edebileceğinden, MK. m. 963 [922], onun salâhiyeti, kurucu inşai haklardandır. [Bak : § 95 not 7.].

⁸ Bak : aşağıda § 24 not 43. [§ 20 not 66.].

⁹ Bak : aşağıda § 30 not 37, § 33 II.

¹⁰ Bak : aşağıda § 21 not 27.

¹¹ Bak : aşağıda § 27 not 40.

2. Borçlar hukukunda birçok **değiştirici inşai haklar** (ändernde Gestaltungsrechte) vardır, meselâ seçimlik borç münasebetlerinde¹² seçme hakkı^(*); alacaklı veya borçlunun, alacağı muaccel bir hale koymak için haiz oldukları ihbar hakkı, meselâ ödünçte olduğu gibi, m. 318 [312]¹³; gecikmiş ifanın reddi, m. 107 II [106 II], ki bununla alacağın muhtevası şu mânada değiştirilmiş olur : alacaklı, borçlanılmış olan asıl ödem yerine tazminat talep veya akti feshedebilir; m. 112 III [111 III] mucibince üçüncü şahsın beyanı, ki bununla âkitler aralarındaki mukaveleyi bozmak veya değiştirmek imkânını kaybederler^{13a} ; komisyoncunun bizzat alıcı veya satıcı olarak müdahalesi, m. 436, 437 [427, 428] ki bu suretle bir komisyon mukavelesi bir alım-satım aktine inkılâb eder¹⁴; alacaklı tarafından serdedilen iflas talebi, İc. İf. K. m. 166 ki, alacağın vaziyetinde bir değişiklik (derhal muaccel olması ve paraya inkılâbı, İc. İf. K. m. 208, 211), ve borçlunun mesuliyetinde bir tahavvül husule getirir. Kezalik alacaklı tarafından, borçluya ait mükellefiyetin muhtevasını muayyenleştirmeğe yarayan emirler m. 369 [360], veya talimat m. 397 [389], dahi bir inşai hakkın kullanılması addolunabilirler.

3. Borçlar hukukunda **bozucu inşai haklar** (aufhebende Gestaltungsrechte) dahi kezalik çok olup, husule getirdikleri neticeler dolayısıyla bunlara menfi haklar da denilebilir¹⁵. Menfi haklardan ekserisi bir borç münasebetine teveccüh ederler ve ona sonverirler, meselâ iptal, m. 230 [226], vekâletten azil, m. 404 [396], kirada, m.267 [262], hizmet aktinde, m. 347 [340], vekâlette m. 404 [396], şirkette m. 545 No. 6 [535 No. 6], feshin ihbarı¹⁶; bir aktin feshi, m. 107 [106]^{16a}, bir kollektif şirketten bir şerikin çıkarılması, m. 576 ve müt. , gibi. Diğer menfi haklar münferit alacaklara veya haklara teveccüh ederler; böylece takas, m. 124 [122]^{16b}, ile iki alacak ve m. 34 [34] deki salâhiyet ref'i ile de mümessilin temsil salâhiyeti ortadan kalkar¹⁷.

Bir irade beyanı yapılmak suretile bir hukukî neticenin meydana gelmesine mâni olmak salâhiyetine de menfi hak denilebilir; meselâ icabın geri alınması ve m. 9 [9] mucibince yapılan diğer beyanlar gibi^{17a} ; kezalik rızanın fesadında, m. 31 [31], «âkidin akti ifa etme-

¹² Bak : aşağıda § 11 not 10 (§ 73 not 71 ve 84 ; § 75 not 1.).

(*) Bak : aşağıda § 11. «Wahlobigation, obligation alternative».

¹³ Bak : aşağıda not 16. ^{13a} [Bak : § 83 not 10.].

¹⁴ Bundan mâda m. 397 II [389 II] mucibince vekilin beyanı.

¹⁵ Allg. Teil § 10.

¹⁶ İhbar iki nevi iş görür : bazı hallerde bir alacağı muaccel kılar, bak : yukarıda not 13, diğer hallerde bir borç münasebetini ortadan kaldırır, bak : Allg. Teil § 5 not 33 ; Kipp, Windscheid § 361 hakkında mülâhaza 4 ; Gierke, § 176 not 122. [Bak : § 62 not 41.]

^{16a} [Bak : § 74 not 49.].

^{16b} [Bak : § 79 not 1.].

¹⁷ Hibeden rücu için bak : SJZ 18 s. 206.

^{17a} Bak : aşağıda § 22 not 40.

mek hakkındaki kararının diğer tarafa beyanı¹⁸ ki, buna daha kısa bir tabirle bozma (*) denilebilir.

İnşai haklardan en çoğunun kullanılması, karşı tarafa tevcih edilen bir irade beyanı ile olur¹⁹. Şayet inşai hakların şartları mevcutsa, bu beyanın karşı tarafa ulaşması ile istenilen netice husule getirilmiş olur, meselâ icabın kabulü ile akit inikad eder; seçme beyanının karşı tarafa ulaşması ile alacak seçilen mevzua inhisar eder; takas beyanı ile her iki alacak ortadan kalkar. İşte bu otomatik neticeleri itibariledir ki inşai haklar, talep haklarından ayrılırlar. Bir talep dermeyan eden kimse hasmının, bir mükellefiyet altında bulunan, iradesine müracaat eder ve onun — talebi yerine getirmek için yapmağa mecbur olduğu fiil ile — kendisini tatmin etmesini bekler. Fakat ifanın gönül rızası ile yapılmaması ihtimaline karşı talep hakkının dava ve icra ile tamamlanması lâzımdır. Bir talep hakkının yerine getirtilmesine yarayan davaya ödem davası (Leistungsklage) denir, zira bu dava neticesinde davaedilenin bir şey yapmağa (fiile) veya yapmamaya (içtinaba) mahkûm edilmesi icabeder (bak : s. 6 not *).

Halbuki inşai hakların yerine getirilmesi için, kaideten, bir davaya ihtiyaç yoktur. Şayet hasım, bir inşai beyanın, meselâ bir takas beyanının muteberliğine itiraz ederse ancak o zaman bir mahkeme kararı istenebilir. Fakat bu takdirde karar, davaedilen için hiçbir mükellefiyet ihtiva edemez, belki evvelce husule gelmiş bulunan hukukî neticeyi tesbiteder^{19a}. Meselâ takasın muteberliğini kabul etmiyen müddealeyh, takas yapmağa veya takasa uymağa veya hattâ sadece bunu tanımağa bile mahkûm edilmez, hüküm, takasın esasen vukuagelmış olduğunu davaedilene karşı kaziyeye muhkeme şeklinde tesbit eder.

Bir inşai hakkın dava vasıtasile kullanılması sırf istisnaîdir. Meselâ bir şerik muhik sebeplerden dolayı şirketin feshini isteyebilir. Ancak m. 269 [264] ve 352 [344] mucibince muhik sebeplerden dolayı kiranın veya hizmet aktinin feshi bir irade beyanı ile vukua geldiği halde, m. 545 No. 7 [535 No. 7] mucibince şirketin feshi için bir mahkeme kararı lâzımdır. Binaenaleyh şerik muhik sebeplerden dolayı şirketi feshettirme hakkını ancak dava açmak suretile kullanabilir²⁰. Böyle davaların da esasında bir talep hakkı (Anspruch) yoktur: davacının istediği, davaedilenin bir fiili değil, fakat hukukî vaziyeti değiştirici bir mah-

¹⁸ Bak : aşağıda § 29 not 52.

(*) *Bozma* = *Anfechtung* ; kanunlarımızda bu kelime bazan «*fesh*», bazan da «*iptal*» tabirleriyle ifade olunmaktadır.

¹⁹ Bak : aşağıda § 20 not 14, inşai muamele (*Gestaltungsgeschäft*).

^{19a} Tesbit davaları için bak : *W. Bär*, SJZ 20 s. 73 ve müt. [bak : § 79 not 15 ve § 80 not 28].

²⁰ Şayet bozma hakkı bir alacak hakkı değil de, bence daha doğru olduğu veçhile, bir bozucu inşai hak addedilirse, İc. İf. K. m. 285 deki iptal davası da böyledir, bak : aşağıda § 29 not 61.

keme kararı, yani misalimizde şirketin feshi kararıdır²¹. Bu nevi davalara, inşai davalar (Gestaltungsklagen) ve bunlara tekabül eden mahkeme kararlarına da, inşai kararlar (Gestaltungsurteile) denilir²².

İnşai haklardan bir çoğu ancak mukavele veya kanun ile tayin edilmiş müddetler içinde kullanılabilirler, meselâ icabın kabulü, m. 21 ve 31. e göre bozma (*) gibi.

III. Tali hakların ikinci gurupunu idare hakları (Verwaltungsrechte) yahut hareket salâhiyetleri (Machtbefugnisse) ismi altında toplamak mümkündür. Burada bir mukaveleyi, yahut bir taraflı hukukî muameleleri öyle bir tarzda yapmak salâhiyeti bahis mevzuudur ki — normal olarak ancak yapanın hukukî sahasında tesir hasil eden — bu muameleler burada başkasının mâmelekine tesir etsin²³. Bu gurupa, ilk safta, temsil salâhiyeti girer, bak : aşağıda § 41; keza başkasına ait şeylerde bizzat kendi namına tasarrufta bulunmak^{23a} veya başkasının hesabına borç akitleri yapmak hususunda, vasıtalı temsile esas teşkil eden salâhiyet dahi buraya girer.

IV. İnşai haklara yaklaşan hak nevelerinden biri de defiler (Einreden) dir²⁴. Defi kelimesinin hukuk muhakemeleri usulünde, medenî hukukun yeni dogmatikindeki mânadan ayrı bir mânası vardır²⁵. Bu ayrılığı anlamak için davaedilenin kendini müdafaa hususunda kullanabileceği vasıtaları gözönüne almak lâzımdır :

1. davaedilen, davacının, hakkını istinad ettirmek üzere ileri sürdüğü vakıalara — ki buna davanın temeli denilir — **itiraz edebilir^{25a}** veya,

2. davacı tarafından ileri sürülmüş olan vakıalara rağmen, onun hakkının mevcut olmadığını gösterecek **yeni vakıalar** dermeyan edebilir. Davaedilen tarafından ileri sürülen ve onun tarafından ispatı icabeden²⁶ bu vakıalar şunlar olabilir :

²¹ Davanın esasını davacıya ait bir hakkın teşkil etmekte olduğu şundan çıkmaktadır : muhik sebeplerin mevcudiyeti halinde mahkeme davacının talebini yerine getirmekle mükelleftir.

²² İnşai davaların en iyi misali boşanma davasıdır ki bununla eş boşanma hakkını kullanır : onun istediği boşanmayı bahşedecek, davaedilen değil, ancak mahkemedir. Tenzil davası da bunun diğer bir misalidir, *Tuor*, MK. m. 522 ye ait mülâhaza 3. [Bak : § 2 not 31 ; § 29 not 23 ; § 97 not 10.]

(*) Bak : s. 21 not (*).

²³ Bizzat kendi namına hukukî muamele yapmak hususunda herkese doğrudan doğruya tanınmış olan imkân bir hak olmayıp, medenî hakları kullanma ehliyetinin bir neticesidir.

^{23a} Bak : aşağıda § 28 not 18.

²⁴ Allg. Teil § 17.

²⁵ Keza hukuk muhakemeleri usulünde Anspruch (talep) kelimesi de medenî hukuktakiinden ayrı bir mânada kullanılır, bak : yukarıda § 2 not 31.

^{25a} [Bak : § 64 not 52].

²⁶ MK. m. 8 [6] nin ifadesi aşıkâr olarak çok dardır. Taraflardan her biri kendince dermeyan edilen vakıaları, m. 8 [6] nin dediği gibi, sadece bu vakılardan bir hak çıkardığı zaman değil, onları hasmın bir talebine karşı müdafaa yollu ileri sürdüğü zaman dahi ispata mecburdur. BGB'nin ilk projesinde § 193 ve 194 böyledir ki bu. Müsterek Hukuka [bak : s. 5 not 13a] uymaktadır, Windscheid § 133. [Bak : § 69 not 25.]

a) **hakkın doğumuna mâni olan vakıalar**, yani davacının hakkının doğmamış olmasını intaç eden vakıalar, meselâ medenî hakları kullanma ehliyetinin yokluğu veya ahlâka aykırılık²⁷;

b) **hakka nihayet veren vakıalar**, yani davacının hakkının sönüp bitmesini intac eden vakıalar, meselâ ifa, ibra, ödemin imkânsız hale gelmesi, haksız (sebepsiz) olarak istifa edilen şeyin elden çıkması, m. 64 [63].

Davacının haklarına karşıdurucu bu gibi vakıaların ileri sürülmesine medenî hukukun en yeni doktrininde ve Alman Medenî Kanununda «Einwendung» **itiraz**^{27a} denilmektedir. Bunun aksi, medenî hukuktaki mânasında ve Alman Medenî Kanununun dili ile «Einrede» **defi**dir. Defi, itiraz gibi, davaedilen lehine tesir eden bir vakıa değil, fakat borçlanılmış olan ödemin ifasından, özel bir sebeple, imtina etmek hususunda davaedilene ait bir haktır. İtiraz dermeyan etmek, bir vakıa ileri sürmektir, halbuki bir defi dermeyanı, bir irade beyanı suretile bir hakkın kullanılmasıdır.

Borçlar Kanunu, eski istilâh tarzını takib ederek bütün hallerde «Einrede» defi kelimesini kullanmakta ve bununla hem davaedilen tarafından ileri sürülen vakıaları²⁸ ve hem de borçlanılmış olan bir ödemi ifadan imtina hakkını kastetmektedir²⁹. Bununla beraber bu iki mefhumu Borçlar Kanununda dahi birbirinden ayırmak lâzımdır. Teknik mânasında defileri Borçlar Kanununun dahi tanımakta olduğu, bu kanunun tadilinde eklenen bir hükümden açıkça anlaşılmaktadır: m. 67 II [66 II]³⁰. Burada hukukî sebebi olmadan yapılan (mücerret) bir alacak bahis mevzuudur³¹. Bir kanunkoyucu bu vaziyeti bir itiraz olarak, yani alacağın doğumuna mâni bir vakıa olarak kabuledebilirdi. Fakat Borçlar Kanunu (BGB § 821'e uyararak) başka türlü mülâhaza ediyor : alacak, hukukî sebebi olmamasına rağmen, muteber bir surette doğmuştur. Burada borçlu zararına olarak alacaklının haksız (sebepsiz) bir iktisabı vardır. Borçlu, BK. m. 62 [61] mucibince bu iktisabın geri verilmesini, yani alacağın iptalini isteyebilir. Haksız (sebepsiz) iktisap talebinden borçlu için — şayet alacak kendisine karşı derme-

²⁷ Sırf mantıkî bir mülâhazaya göre davacının, hakkının doğumuna ait bütün şartları izah etmesi ve netice itibarile mânilerin mevcut olmadığını dermeyan etmesi icabederdi, meselâ bir mukaveleye dayanarak dava ettiği takdirde taraflardan hiç birinde medenî hakları kullanma ehliyetsizliğinin mevcut olmadığını ileri sürmesi lâzım gelirdi. Fakat hayattaki tecrübeye nazaran bu gibi haller istisna teşkil ettiğinden, bunlar davanın temelinden hariç bırakılır ve bir hakka mâni teşkil eden vakıaların dermeyan ve ispatı davaedilene düşer. [Bak : § 84 not 69; § 94 not 52].

^{27a} Bak : § 55 not 9; § 62 not 56 ve 57 ; § 73 not 87 ; § 79 not 13 ; § 96 not 1.

²⁸ Bak : meselâ m. 18 II. [§ 79 not 12].

²⁹ Bak : meselâ m. 145 [143], 169 [167], 179 [177] ve *Over*'in bu maddeler hakkındaki mütalaaları. [Bak : § 99 not 78].

³⁰ M. 60 III [60 III] hakkında bak : aşağıda § 39 not 56.

³¹ Bak : aşağıda § 32 not 18 [§ 17 not 31; § 96 not 61].

yan olunursa — mukabil bir hak çıkar: Borçlu borcunun doğduğu hal ve şartlara dayanarak «bu borcu ifadan imtina eder». Bu, teknik mânâda defi denilen hukukî müessesedir. Bu suretle telâkkiden, borçlunun mukabil hakkının ne zamana kadar mevcut kalacağı yahut kullanılabilceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bunun, ancak borçlunun haksız (sebepsiz) iktisap alacağı mururuzamana uğrayıncaya kadar devam edeceği zannedilir. Fakat Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu bu defie bir müddetle mukayyet olmayarak müsaade edilmesini daha doğru bulmuşlardır. Şayet m. 67 II [66 II] de bir itiraz bahis mevzuu olsaydı, bir müddetle tahdit meselesi aslâ düşünülmezdi. Zira, pek tabiidir ki, alacağın doğumuna mâni olan bir vakıa, bu alacağın dermeyanı mümkün olduğu müddetçe ileri sürülebilir.

Bunlardan mâda şunlar da teknik mânâda birer defidir : aktin ödenmemesi (ödememezlik) def'i, m. 82 [81]³²; aktin feshi veya satış bedelinin tenzili def'i, m. 210 [207]; bağışlayanın m. 250 [245] den doğan def'i; kefilin peşin dava (Vorausklage) def'i, m. 495 [486]³³; ve hepsinden önce mururuzaman def'i, m. 142 [140]³⁴. Hapis hakkı dahi, MK. m. 895 [864] ve BK. m. 57 [57], 272 [267], mülkiyet talebine karşı bir defi ile korunmuştur; bir şeyde hapis hakkı olan kimse, alacağı tesviye edilmediği müddetçe, o şeyi, MK. m. 641 [618] e göre esas itibarile mükellef bulunduğu iadeden imtina edebilir. Keza başkasına ait bir şeyin zilyetliğini tazammun eden her aynî veya şahsî haktan dahi mülkiyet talebini³⁵ karşılayan bir defi doğar.

Def'in kullanılması, borçlanılmış olan ödemin ifasından imtinadan ibarettir ve bu da, eğer bu ödem üzerindeki talep mahkemesiz olarak ileri sürülmüşse, hasma yapılacak bir beyanla, ve eğer dava olunarak dermeyan olunmuşsa, mahkeme huzurunda yapılacak bir beyanla olur. Defi ancak muhakemenin, davaedilenin beyanları kabul edilebilecek safhasında ileri sürülebilir. Şayet davaedilen, muhakemenin cereyanında ödemin ifâsından imtina için son fırsatı kaçırsa bu defi artık düşer.

Defi'in esasî bir hak olduğu için bunlar Borçlar Kanunundaki diğer «defiler»den yani vakıalar serdinden ibaret olan ve Alman hukukunun yeni ıstılahlarında «Einwendung» itiraz ismi verilen defilerden karakteristik farklar arzederler :

a) İtirazın dayandığı vakıalar da, defiler gibi, kaideten, davaedilen

³² Oser, mütalâa 3; Becker, mütalâa, 7. [Bak : § 64 not 16].

³³ Oser, mütalâa 1 b.

³⁴ Bak Oser ve Becker, [Bak : § 81 not 34].

³⁵ Kirayaverenin kiralanasını geri almak hususunda m. 271 [266] dan doğan şahsî alacak hakkı (Roma hukukunun actio locati'si) ancak kira münasebetinin sona ermesinde doğar. Halbuki mülkiyet talebi hakkı, başkasına ait şeyde zilyet bulunan kiracıya karşı daha önceden itibaren mevcuttur, fakat bu talep, kiranın devamı müddetince, m. 253 [248] den alınan defi ile çürütülebilir.

tarafından dermeyan olunur ve, inkâr halinde, onun tarafından ispat edilmek icabeder; fakat eğer hâkim istisnâen bunlar hakkında başka bir vasıta, faraza davacının izahatı, ile resmen bilgi edinirse, o zaman bunları resen dahi nazarı dikkate alır. Meselâ davacının izahatından, davaedilenin hukukî muamele ehliyetini haiz olmadığı, yahut alacağın ödendiği anlaşılırsa, davaedilen bunlara istinad etmese bile, hâkim bu hâdiseleri kendiliğinden nazarı itibare almak mecburiyetindedir³⁶. Halbuki defiler davaedilen tarafından dermeyan edilmedikçe, yani davaedilen, def'in dayandığı hâdiseye meselâ mururuzamana istinaden ödemi ifadan imtina ettiğini bildirmedikçe, hâkim tarafından resen nazarı itibare alınmaz³⁷. Bir def'in ileri sürülmesi bir hakkın kullanılması demektir, ve bu sebeple davaedilenin iradesine bağlıdır. Bu iradeye hâkim tekaddüm edemez. Bu itibarla, davaedilen hakkında muhakkemenin gıyaben cereyanı halinde defi vakıaları nazarı itibara alınmaz³⁸.

b) Borçlu, diğer haklardan olduğu gibi, defilerden de vazgeçebilir³⁹. Bunun için mahkeme dışında veya mahkemede yapılacak tek taraflı bir beyan yeter. Halbuki vakıalar, meselâ bir borcun ödenmiş olması, bu vakıalar kendi lehine tesir eden tarafın beyanı ile bertaraf edilemez^{39a}. *Facta infecta fieri non possunt* (olan, olmamış olamaz). Meselâ borçlu, borcunu ödemek üzere yaptığı tediye borcun ifası addetmek istemediğini beyan etse bile, nihayetbulmuş olan borç tekrar doğmaz. Ancak bu beyan alacaklı tarafından kabul edildiği takdirde bundan yeni bir mükellefiyet doğup doğmayacağı⁴⁰ sorulabilir ki, böyle bir mükellefiyet kaideten bir bağışlama vaadi olabilir ve yazılı şekle muhtaçtır.

Defiler şu bakımlardan tefrika tabi tutulabilirler :

1. Hukukî esaslarına göre. Defi, başka bir hukukî vaziyette bir talep ile dermeyan edilebilecek diğer bir (şahsî veya aynî) hakka dayanabilir ki, böylece defi bu hakkın tedafüî surette istimali şeklinde tezahür eder⁴¹. Başkasının malı üzerinde zilyetlik hakkını haiz olan herkes, meselâ kiracı, ilkönce zilyetliğin kendisine teminine müteallik bir talep hakkına maliktir; fakat zaten zilyetse, malikî istihkak iddiasına karşı bir defie maliktir. Bunun benzeri olan fakat aynı olmayan bir hal de hapis hakkıdır, MK. m. 895 [864]; bu hak, şeyin zilyetliğine müteallik bir hakka istinad etmeyip, muhtevası başka olan fakat hapse-

³⁶ Eğer hâkim, bizzat davacının izahatından, m. 513 [504] mucibince bağlamayan bir kumar ve bahis [oyun mukavelesi] mevzuubahs olduğunu anlarsa keyfiyet yine böyledir. ³⁷ Prax. 12 No. 173 s. 424 [FMK. 49 II s. 379.]

³⁸ Meğer ki davaedilen mahkeme dışında ödemeden imtina etmiş ve bu hâdis hâkimce resmen malûm bulunmuş olsun.

³⁹ Bak : m. 141 [139]. [Bak : § 75 not 12; § 81 not 36.]

^{39a} [Bak : § 55 not 8 ve 39; § 96 not 84.]

⁴⁰ Allg. Teil § 17 not 28, § 43 not 114, § 72 not 175. [Bak : § 20 not 23; § 66 not 34; § 77 not 17]. ⁴¹ Bak : yukarıda § 2 not 41.

dilen şeyle aralarında bir münasebet bulunan bir alacağa istinad eder ki bu münasebete irtibat (Konnexität) denilir. Bir aktin ödenmemesinden doğan defi (m. 82 [81]), iki taraflı bir akitte âkitlerden her birine ait talep hakkının ters yüzünden başka bir şey değildir. Alım-satımın feshine veya satış bedelinin tenziline ait defilerle m. 67 [66] dan çıkan defide⁴² de keyfiyet böyledir. Bu gibi defiler, diğer müsbet bir hakkın mevcudiyetile kaim olduklarından, **müstakil olmıyan defiler** ismile isimlendirilebilir. Bunun aksine olarak, **müstakil defiler** de vardır, meselâ mururuzaman veya peşin dava (Vorausklage) (m. 495 [486]) defileri gibi⁴³. Bu haklar sadece bir ödemin ifasından imtina salâhiyetinden ibarettirler ve başka suretle kullanılamazlar.

Müstakil olmıyan defiler, müsbet bir hakka dayandıklarından bu hak sahibinden başkasına da ait olamazlar. Böylece, davaedilen, istihkak iddiasına karşı ancak kendi şahsına ait zilyetlik hakkına dayanabilir, yoksa üçüncü bir şahsın haiz olduğu böyle bir hakka dayanamaz⁴⁴. Kezalik hapis hakkı da ancak bu hakkı kullananın zatî alacaklarını himayeye yarar. Başkasının hakkına dayanan bir defi (exc. de jure tertii), esas itibarile, imkân haricindedir. Bunun kefil için bir istisnası vardır : kefil m. 506 [497] mucibince asıl borçlunun haiz olduğu defileri kullanabilir; m. 179 [177] mucibince, bir borcu devralan kimse için dahi keyfiyet böyledir.

Müstakil olmıyan defi, kaideten, ancak defie esas teşkil eden hak kendi aleyhlerine müteveccih bulunan şahıslara karşı kullanılabilir. Bu hak aynı olursa (rehin veya intifa hakkı), defi de bizzat hak gibi⁴⁵, zilyetten o şeyi talep eden herkese karşı ileri sürülebilir. Defi bir alacağa dayanmakta ise o zaman bu alacağın borçlusundan başkasına dermıyan olunamaz. Meselâ X'e ait bir şey A tarafından B'ye kiralanmışsa, X'in istihkak iddiasına karşı B kendisini, A ile yapmış olduğu kira aktine dayanmak suretile müdafaa edemez. Fakat bu kaide-nin mühim istisnaları vardır : temlik edilmiş bir alacağın borçlusu, m. 169 [167] mucibince, temlikedene karşı haiz olduğu defileri temlik edilene karşı da kullanabilir ; bir gayrimenkulün kiracısı, m. 259 II [254 II] ye tevfikân, gayrimenkulü iktisabedenden, kanunen feshi ihbar caiz olan zamana kadar, gayrimenkuldeki zilyetliğine riayet edilmesini istiyebilir. Ayrıca bak: MK. m. 895 III [864 III] ve 924 III [892 III].

⁴² Bu defi şu mülâhazaya dayanır ki, borçlu alacaklıya ödeyeceği şeyi (sebepsiz iktisap olarak) derhal geri alabilir. Bu sebeptendir ki ödemi ifadan imtina edebilir; zira Romalıların dediği gibi, dolo facit qui petit quod redditurus est (iadeye mecbur olacağı şeyi isteyen kimse suiniyetle hareket etmektedir).

⁴³ M. 121 [119] mucibince kefilin defi de böyledir. [Bak : § 81 not 59].

⁴⁴ Meğer ki davaedilenin bu zilyetliği, davacıya karşı dermıyan edebilmek hakkına malik ve şeyi davaedilene bırakmak salâhiyetini haiz bulunan bir kimsenin zilyetliğinden neşet etmiş olsun [bak : BGB § 986 I 2]. Böylece meselâ kiracının kiracısı, kirayaverenin istihkak iddiasına karşı kiracının haiz olduğu hakka dayanabilir [bak : § 90 not 62; § 96 not 35].

⁴⁵ Bak : yukarıda § 2 not 5.

Müstakil olmıyan defiler, kendilerini doğuran müspet hakkın sukutu ile nihayet bulurlar, böylece meselâ hapis hakkı def'i veya ödememezlik def'i, himayesine yaradıkları alacağın ödenmesi veya ibra edilmesi ile sona ererler.

2. Neticelerine göre şu tefrik yapılır :

a) **kat'i** (devamlı) **defiler** (dauernde Einreden) : ifadan kat'i ve nihai surette imtina etmek hakkı; meselâ mururuzaman def'i, m. 67, 210 [66, 207] den doğan defiler^{45a} gibi. Bir kat'i def'in kabul ettirilmesi, davanın nihai surette reddi neticesini doğurur. Pratik neticesi bakımından, kat'i def'in mevcudiyeti halinde ödemin, çok defa düşünüldüğü veçhile, borç teşkil etmediği mülâhaza olunabilir, zira borçlunun imtina halinde artık onun ifasına mahal kalmaz^{45b}; yalnız mururuzaman halinde eksik bir borç baki kalır, bak : aşağıda § 4 No. 3 ;

b) **taliki defiler** (aufschiebende Einreden), borçlanılmış olan ödemin ifasından muvakkaten imtina etmek hakkını verirler, meselâ ödememezlik def'i [exceptio non adimpleti contractus] ve peşin dava (Vorausklage) def'i [bak : m. 495 II [486]]. Böyle bir defi kabul edilince dava, vakti hulûl etmemiş gibi reddedilir, fakat mani ortadan kalkınca tekrar açılabilir.

3. Doğan neticenin şümûlüne göre de şu tefrik yapılabilir : **tam defiler** (Volleinreden) ki bunlar ödemden bütün şümülü ile imtina hakkını verirler, meselâ mururuzamandan yahut [satılan şeydeki ayır dolayısıyla] aktin feshinden doğan defiler gibi; **kısmi defiler** (Teileinreden) : bir ödemin muayyen bir miktarı tecavüz eden kısmını ifadan imtinaa yararlar, meselâ satış bedelinin tenzili def'i ve bağışlayanın m. 250 No. 2 ve 3 [245 No. 2 ve 3] e dayanan defi gibi.

Kat'i defiler, bozucu inşai haklara çok yaklaşırlar, meselâ kullanılması, defiler gibi, davanın reddi neticesini doğuran bozma^(*) ve takas hakları, bak : yukarıda II 3. Bu sebepten dolayı eski içtihat bu salâhiyetlere defi namını vermiş⁴⁶ ve eski Borçlar Kanunu da bunları defi addetmişti⁴⁷. Yeni nazariye (Dogmatik), inşai hakların mahiyetini tanıdı ve bunların defilerle olan farkını tesbit etti : defiler davacının talebine engel oldukları halde inşai haklar daha kudretli bir tesire maliktir : bunlar davacının hakkını ortadan kaldırırlar. Meselâ mururuzamanda davacının davası reddedilir, çünkü davaedilen el'an borçlu olduğu ödemi ifadan imtina edebilir; bozma^(*) veya takas halinde ise dava reddedilir, çünkü davacının alacağı artık mevcut değildir. Binaen-

^{45a} Bak : aşağıda § 32 not 19 [§ 80 not 47].

^{45b} Bilhassa cond. indebiti de, bak : aşağıda § 52 [§ 74 I 2].

⁴⁶ Roma hühukundaki exceptio doli'den doğan takas için bak : Windscheid § 340.

⁴⁷ Böylece meselâ eski BK. m. 189, temellük edene karşı mevcut defiler arasına takası da sokmaktadır [yeni BK. m. 169 II [167 II] ile mukayese ediniz] [Bak : § 79 not 12].

(*) Bak : s. 21 not (*).

aleyh dermeyan edilmiş olan bir defa gerilınabildiği ve bu geriliş artık davacının talep hakkına hiçbir mâni kalmaması neticesini doğurduğu halde, bozma (*) veya takas ile ortadan kaldırılmış olan bir hak bu beyanın geri alınması ile tekrar doğmaz, ancak yeni bir akitle yeniden ihdas edilebilir. Bir bozucu inşai hakkın muhakeme esnasında dermeyan edilmesi, bu hak eğer mahkeme dışında zaten kullanılmışsa, hakkı ortadan kaldırıcı bir itiraz teşkil eder; şayet bozma (*) veya takas ilk defa muhakeme esnasında dermeyan edilirse, bu halde muhakeme usulü şekilleri dairesinde yapılmış bir irade beyanı mevcuttur ki bu, sadece davanın neticesine değil, taraflar arasındaki maddî hukukî münasebete dahi tesir yapar^{47a}. Nazariyat çok defa eski görüş tarzında ısrar ettiği halde, bu yeni telâkki muaddel Borçlar Kanununa girmiştir⁴⁸.

§ 4. Eksik borç münasebetleri

Öyle borçlar vardır ki, bunlar, hususi sebeplerden dolayı, bir dava veya icra takibile ifa ettirilemezler¹. Bunlara, Roma hukukundan gelen bir tabirle, ekseriya tabii borçlar denilir². Fakat bu tabir ancak Roma hukukunun tekâmül seyrinden anlaşılabilceği için ve bugünkü hukukta, Romahlarda olduğundan başka, diğer davasızlık halleri mevzuubahs olduğu cihetle, başka bir tabir kullanarak, bunlara eksik borç münasebetleri demek daha uygun düşer. Bu haller, gerek kanunkoyucuyu bu eksikliği kabule sevkeden sebep ve gerek hukukî mahiyet itibarile, birbirinden çok ayrı-gayıdır.

I. Kumar ve bahis kanun tarafından tasvip edilmez, zira bunlar iktisadî bakımdan yersiz ve faydasız servet değişikliklerine sebep olurlar ve kaybeden için çok defa meş'um neticeli zararlar doğururlar, diğer taraftan da kazanana, ahlâkî bakımdan haklı görülemiyen faydalar temin ederler. Bu sebeptendir ki m. 513 [504] şu hükmü koymuştur : «kumar ve bahis bir alacak hakkı tevlit etmez»³. Bundan şu netice çıkar ki, kazanan, kendisine vaadolunan meblağı ne isteyebilir, ne da vaedebilir, ne de başka bir suretle (meselâ takas suretile) kaybedenin iradesi hilâfına elde edebilir. Kaybedenin bir ifa vaadi dahi m. 514 I [505 I] mucibince keza hükümsüzdür. Fakat kaybeden sözünü tutarak gönül rızasile tediyede bulunursa kanun bu hareket tarzını dürüst bulur. İşte bu sebeple m. 514 II [505 II] ödenmiş olan kumar akçasının

(*) Bak : s. 21 not (*).

^{47a} Bak : aşağıda § 20 X 1

⁴⁸ Bak : bilhassa m. 121 [119]; bu maddede, BGB § 770'e imtisalen asıl borçlunun alacağı ile takas dermeyanı hususunda eski 134. maddenin kefile tanıdığı salâhiyet yerine, bundan tefriki lâzımgelen, bir talikî defa hakkı verilmiştir.

¹ Reichel, Jahrb. f. Dogm. 59, 409 ve müt.; 60, 38 ve müt. [bak : § 76 not 51.

² Windscheid § 287.

³ Kumar için BGB § 762 dahi aynı hükümdedir. Allg. Teil § 4 s. 95 [bak : § 78 not 44 ve 49].

geri alınmayacağını tesbit ediyor. Başlı başına bu kaide, kumar borcuna, davası olmıyan bir borç demek için şüphesiz kâfi değildir. Zira öyle haller vardır ki bunlarda, borç olmadığı halde tediye edilen bir şeyin geri istenmesi, hususî sebeplerden dolayı, imkânsızdır⁴. Fakat şu noktayı da gözönüne almak lâzımdır : eğer m. 513 I [504 I] mucibince kumar ve bahisten hiçbir borç, hattâ eksik bir borç bile doğmasaydı, ortada borç olmadığı her iki tarafça bilinerek arzu ile yapılan ödemi bir bağışlama addetmek icabederdi. Halbuki bu telâkki tarafların fikirlerine uymaktan uzaktır, ve ne Alman hukukunda ve ne de İsviçre (Türk) hukukunda kabul olunmamıştır⁵. Bir kumar borcunun tediyesi bir borcun ödenmesi sayılır : kaybeden, ifası lâzımgelen şeyi ödemektedir (her ne kadar kendisi buna zorlanamasa bile); kazanan iş kendisine ödenmesi lâzımgelen şeyi almaktadır (her ne kadar bunu kaybedenin rızası olmadan elde edemese bile). Ödenebilirlik, kumar ve bahiste, eksik dahî olsa, bir borcun mevcudiyetini tesbite yarar bir kıstastır. Evlenme tellâllığı ücreti de böyledir, m. 416 [408].

2. Hukuk nizamı ferd üzerine ancak cemiyet hayatı için en lüzumlu ölçüde cebir yüklediğinden⁶, hukukan zorla yaptırılabilenlerin dışında, ahlâkî vazifeler mevcut olabilir, meselâ MK. m. 328 [315] de çizilen sınıram dışında kalan yakın akraba arasında yardım vazifesi gibi⁷. Ahlâkî vazifeler devletin malik bulunduğu zecir vasıtalarile ifa ettirilemediklerinden bu vazifeler tamamen hukuk nizamı dışında gibi görünürler. Fakat bu gibi vazifeler kanun tarafından iki halde nazarı dikkate alınır : yanılarak, hukukî bir borç zannile ahlâkî bir vazife ifa eden kimse, verdiğini geri alamaz, m. 63 II [62 II] ; bundan başka m. 239 III [234 III] mucibince ahlâkî bir vazifenin ifası bağışlama sayılmaz⁸. Bu iki kıstastan da anlaşılır ki ahlâkî vazife, eksik bir borca benzer^{8a}, çünkü hukukî mânada ödenebilir mahiyettedir. Bu, kumar borcundan şu noktada ayrılır ki, bunun ifası yalnız mümkün değil,

⁴ M. 63 I [62 I] mucibince geri istemenin mümkün olmaması, ancak alınan kimsenin himayeye lâyık olduğu düşüncesine dayanmaktadır. M. 66 [65] hukuka veya ahlâka aykırı bir gaye takip edene karşı bir hususî hukuk cezası ihtiva etmektedir.

⁵ Oser, mütalâa VII 1 s. 5; Becker, bap 1 mütalâa 7.

⁶ Jellinek, Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, s. 45.

⁷ Yahut ta : meccanen yapılan mühim bir hizmet için ücret. Hale göre ve bilhassa mühim bir servet farkı bulunduğu zaman, temyiz kudretini haiz bir şahıs tarafından kusursuz olarak ika edilen zararın tazmini ahlâkî bir vazifedir. Buna mukabil şekil noksanı dolayısıyla hükümsüz olan bir mukaveleyi, bak : aşağıda § 30 not 25, veya mirasbırakanın muayyen şekillerde ifade olunmıyan vasiyetini ifa için hiçbir ahlâkî vazife kabul olunmaz. Prax. II s. 415 [FMK. 48 II s. 308].

⁸ Prax. 4 No. 34'de, ahlâkî bir vazifenin ifasının bağışlama ile bir tutulması yanlıştır [FMK. 40 III s. 463 ; JdT 1915 s. 524].

^{8a} BGB ye göre ahlâkî bir vazifenin ifası bağışlama addolunur, fakat bağışlamaya müteallik bazı hükümler bunda tatbik olunmaz, Allg. Teil § 75 II 11.

ifanın hukukan muteber bir şekilde vaad edilmesi de mümkündür^{8b}. Böyle bir vaad bir bağışlama addedilemediğinden, bağışlama için lüzumlu olan şekle de tabi kılınamaz⁹.

3. Mururuzamanda alacaklı — talep hakkına engel olan bir kat'i defie mevcut olduğundan — ödemi zorla elde edemez. Fakat bir kat'i defie maruz kalan bir borç artık fiilen borç sayılmadığı halde¹⁰, m. 63 II [62 II] mururuzamana uğramış bir borcun yanlışlıkla tediyesi halinde bunun geri istenemeyeceğini söyler ve mururuzamana uğramış borcun bile bile tediyesini bir bağışlama değil, bir ifa sayar. Şu halde mururuzamana uğramış borç eksik borç olarak baki kalır^{10a}. Bunun dava edilememesi keyfiyeti, yukarıdaki hallerin aksine olarak, borçlu tarafından dermeyanı lâzımgelen bir defiden ileri gelir¹¹, m. 142 [140], ki bu defie mururuzaman müddetinin tamam olmasından sonra ferağat ile bertaraf edilebilir, m. 141 [139]. Mururuzaman def'i yalnız alacağa engel olur, yoksa ne alacağı temin eden rehin hakkına, m. 140 [138], ve ne de alacaktan doğan defie mani olmaz.

4. Kaideten alacaklı, kendisine ifası lâzımgelen ödemi dava ile isteyebilir ve cebri icra yolu ile elde edebilir ve ancak hakkının böylece istihsalı borçlunun kötü niyeti veya diğer engeller yüzünden mümkün olmazsa, ödememezlik yüzünden tazminat istemekle iktifaya mecbur olur¹². Fakat öyle haller olabilir ki, bunlarda bir kimse muayyen bir hareket tarzında bulunmağa mecburdur, fakat alacaklı bu hareketin yapılmasını ne isteyebilir ve ne de adliye vasıtasile temin edebilir, ancak bu hareket borçlunun kusuru dolayısıyla yapılmamış ise, sadece tazminat talebinde bulunabilir. Bu gibi vazifeler Borçlar Kanununda, borç münasebetlerinin unsurları olarak sık sık müşahede olunmaktadır. Her borçlu ödemini hazırlamak için lâzımgelen her şeyi yapmak mecburiyetindedir. Meselâ satıcı satılanı vaktinde ve iyi bir halde teslim edebilmek için bütün tedbirleri almalıdır. Fakat alacaklı bu hazırlama vazifelerine tekabül eden hiçbir talep hakkına malik değildir.

^{8b} Başka bir noktâ nazar için bak : FMK. 19 s. 162, 42 II s. 56, Prax 8 Not. 84 ; [FMK 45 II s. 291], buna göre : ahlâki bir vazifeyi ifa (meselâ nafaka talebine hakkı olmayan bir akrabaya muavenet) vaadi bir hukuki esastan mahrumdur ve bu sebeple onun hükümsüz acdi icabeder. Bana öyle geliyor ki hukuki bir esas vardır, o da vaadedenin bir teberru yapmak maksadıdır. Eğer m. 239 III [234 III] ahlâki bir vazifenin ifasının bağışlama ve binnetice bunu ifa vaadinin de bağışlama vaadi sayılmıyacağını söylememiş olsaydı bu vaad bir bağışlama vaadi olacak ve şekle tabi bulunacaktı. Federal mahkeme bu nevi vaadlerde hukukan borçlanmak maksadının ekseriya mevcut olmadığını haklı olarak işaret ediyor.

* Âdet ve muâzeret icabı olan borçlar (bahşişler, hediyeler) için bak : SJZ 18 s. 202 [bak : § 76 not 25; § 87 not 20].

⁹ Bak : yukarıda s. 27.

^{10a} [Bak : § 81 not 46].

¹¹ Bak : yukarıda § 3 not 37.

¹² Bak : yukarıda § 2 not 35.

Alıcı, satıcının malı dikkatle muhafaza etmesini veya mukavelenin ifa edileceği yere vaktinde göndermesini isteyemez ve dava da edemez. Ancak teslim vukubulmadığı takdirdedir ki bunun hangi hallerden ileri geldiği araştırılır ve bu hallerde borçlu tarafından vaki bir vazife ihlâli varsa borçlu tazminatla mükellef olur¹³. Bu gibi vazifelere, ancak muhtemel bir tazminat talebinin şartı olarak bahis mevzuu olduklarından, **müstakil olmıyan** vazifeler denilebilir¹⁴. Borcun esaslı unsuru olan : ifayı talep hakkı bunlara karşı mevcut olmadığı cihetle, bunlar eksik borçlardır. Keza m. 359 II [351 II] mucibince bir hizmet aktinde rekabet yapmamak üzere deruhte olunan ve bir cezaî şart ile temin edilen borç dahi bu mânada eksiktir. Aile hukukunda da buna benzer bir hal vardır ki, o da nişanlanmadır : MK. m. 91 [83] ve müt. mucibince evlenme vaadinin yerine getirilmesi bir dava ile istenemez, fakat yerine getirilmemesi tazminat taleplerine esas teşkil eder¹⁵.

5. Yaptığı masraflar için MK. m. 939 [907] ye göre tazminata hak kazanan hüsnüniyet sahibi zilyedin bu masraflarından eksik bir borç doğar. Filhakika kanun, zilyet tazminat «talep edebilir» diyorsa da^(*) burada kelimenin teknik mânasile bir talep hakkı yoktur¹⁶. Zilyet masraflarının tediyesini ne isteyebilir ve ne de dava edebilir, ancak Müsterek Hukukta^{16a} olduğu gibi¹⁷ bir defa hakkına maliktir¹⁸ : masrafları te-diye olununcaya kadar elindeki şeyin iadesinden imtina edebilir. Bunu iade ettikten sonra masraflarını geri almak için hiçbir hukukî vasıtaya sahip değildir, meğer ki malik ona bunları ödeyeceğini vaadetmiş ola¹⁹. Maamafih ben burada tabii bir borç baki kaldığını kabul etmek taraf-

¹³ Fikrimce iş sahibinin m. 339 [332] den doğan mükellefiyetleri de böyledir. Koruyucu tedbirlerin eksikliği ve çalışma yerlerinin fens bir halde bulunması takdirinde işçi bundan ileri gelen zararın tazminini isteyebilir, yahut m. 352 [344] mucibince feshi ihbar eder, fakat koruyucu tedbirlerin alınması yahut çalışma yerlerinin münasip bir hale getirilmesi için dava edemez. Bu gibi tesisat bazen işletmede mühim değişiklikler yapılmasını icabettirir ve binaenaleyh, fikrimce, ancak bütün işçilerin menfaati icabettirdiği takdirde âmme hukuku vasıtaları ile cebren yaptırılabilir, bak: Müller-Erzbach Jahrb. f. Dogm. 73 s. 177.

¹⁴ Allg. Teil § 4 not 17; Planck-Siber'in şerhi, iptidai mütalâa, s. 20. Reichsg. 72, 394.

¹⁵ Bak : aşağıda § 12 not 24.

(*) Türk MK. m. 907 hem «iddia», hem «talep» tabirlerini kullanmıştır (H. V.).

¹⁶ Bak : yukarıda § 2 VI.

^{16a} [Bak : s. 5 not 13a].

¹⁷ Windscheid, § 422 not 7. BGE § 1000 ve müt. de başka türüdür.

¹⁸ Ostertag, not 10.

¹⁹ Ostertag, not 13 de masraflarının sonradan tazmini için zilyedin bir talep hakkına malik olmamasını ancak şeyin kayıtsız şartsız tesliminin tazminattan ferağı mutazammın olması halinde mümkün görür. Halbuki Müsterek Hukuk'a [bak : s. 5 not 13a] nazaran bu böyle olmadığı gibi MK. m. 939 [907] den de bu mâna çıkmamaktadır.

tarıyım : eğer malik, şeyin kendisine iadesinden sonra masrafları öderse burada bir bağışlama yapılmış olmaz; ve eğer hukukî bir hataya düşerek tediyeye borçlu olduğunu zannetmişse, istirdat talebi reddolunur. Masrafların ödenmesi keyfiyeti sebepsiz iktisap halinde dahi böyledir. M. 65 [64] ün ifadesine göre, davaedilen, masraflarının kendisine ödenmesi için bir «talep hakkı» (*) na maliktir. Fakat bu, tazmini isteyebilir demek olmayıp, ancak geri verilecek borçtan masraflar tenzil olunur, demektir. Eğer geri verilmesi icabeden sebepsiz iktisap paradan ibaretse, masrafların tutarı, hesabın menfi kalemi olarak ondan çıkarılır; şayet menkul bir şeyin geri verilmesi icabediyorsa, bunu sebepsiz iktisap etmiş olan kimse, yaptığı masraf için MK. m. 895 [864] mucibince bir hapis hakkına maliktir; diğer şeylerde, meselâ alacaklarda, kanunî bir hüküm yoksa, iktisabedene, buna benzer bir defî hakkı tanınır.

6. Konkordato ile müflisin borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırılır, İc. İf. K. m. 311. Eksik bir borç kalıp kalmadığı²⁰ münakaşalıdır²¹. M. 311 mucibince rehin haklarının ve kefaletlerin²² baki kalması eksik bir borcun kaldığına delildir. Bundan başka, burada eksik bir borcun mevcüdiyetinin kabul edilmesi şu demektir ki : borçlu, konkordato ile borçlarından kurtulduğunu bilmiyerek borcunun tamamını tediye ederse, bunu geri istiyemez ve borcunun tamamının bilerek tediyesi bir bağışlama teşkil etmez. Bence bu, hayattaki umumî telâkkiye uygundur²³. Hattâ bir çok hallerde, ibra edilmiş mebalığın sonradan tediyesi ahlâkî bir vazife sayılabilir.

7. Karı-koca arasındaki alacaklar şu mânada eksiktirler ki, bunlar evliliğin devamı müddetince MK. m. 173 [165] e göre, kaideten, cebrî icradan mahrumdurlar. Bunun haricinde, evliliğin devamı müddetince dahi eşler alacağın mevcüdiyetine giren bütün salâhiyetlere, bilhassa diğer eş aleyhine dava açarak hüküm istihsalî salâhiyetine maliktir²⁴.

(*) Türk BK. m. 64- *istirdat salâhiyeti* der (H. V.).

²⁰ Nitekim Alman hukukunda galip olan fikir budur, *Jäger*, *Konkurs* O § 193 not 5; *Enneccerus*, § 227 II 4 ve müt.

²¹ *Lehte* : FMK. 26 II No. 99; *aleyhte* : FMK. 28 II No. 68; *Jäger*, İc. İf. K. m. 311'e ait not 3; *Becker*, *iptidai mütalâa* 9, s. 5.

²² İc. İf. K. m. 303; BK. m. 114 III [113 III].

²³ *Becker*, dahi burada bir bağışlama kabul etmek istemiyor, fakat aynı zamanda eksik bir borç da görmüyor. Onun fikrine göre tediye, tarafların zimnî anlaşmaları ile ibrası ortadan kaldırılan eski borca müsteniden yapılmıştır. Pek sun'î olan bu hal sureti bana doğru görünmüyor. Çünkü ibra edilmiş bir alacak bir mukavele ile yeniden canlandırılmaz, bak : yukarıda § 3 not 40. İbra edilmiş alacağın borçlusu artık borçlu olmadığı şeyi tediye ederse bunu - eksik bir borcun mevcüdiyeti kabul olunmadığı takdirde - bağışlama addetmek lâzumdur.

²⁴ *Ekseriya*, evliliğin devamı müddetince eşin dava açmasına lüzum olmaz, çünkü BK. m. 134 No. 3 [132 No. 3] mucibince bu müddet içinde mururuzaman işlemez. [Bak : § 80 not 97].