

# Osmanlı İmparatorluğunda Avrupa Malî Kontrolu

## EUROPEAN FINANCIAL CONTROL IN THE OTTOMAN EMPIRE

*Yazan: Amerikada Williams College Profesörlerinden  
(Donald C. Blaisdell). Tercüme eden: Mülkiye Mektebi  
ve Robert Colec Muallimlerinden HAZİM ÂTIF.*

### Muharrem Kararnamesi Ahkâmı

3 Teşrinievvel notasındaki malî proje, Berlin Muahedesinin en mü-  
him mes'eleleri hakkında devletlere verilen programın bir kısmıdır; bu  
programda, Rus tazminatı harbiyesi dahil olmak üzere, Babıâlinin borçla-

---

(Mr. Goschen), «Devletler tarafından ciddi bir metanet gösterilmediği  
takdirde maksada vusulün şüpheli olmasına rağmen 3 Teşrinievvel nota-  
sının komisyonu celbe teşebbüs için müsait bir fırsat ihzar eylediği» ka-  
naatinde idi. «Parliamentary Papers,» No. C. 3197 (1882) 15 numaralı  
tahrirat, Teşrinisani, 1 1880.

Fakat Rus hükûmeti İstanbuldaki düveli muazzama sefirlerinin, Babıâli  
ile alacaklıları arasındaki müzakerata karışmamaları fikrinde idi. İngiltere  
ve Fransa hükûmetleri beynelmilel malî komisyon mes'elesini mevzubahis  
etmeği kararlaştırmış oldukları halde, Fransa hükûmeti bilahara tebdili  
fikir ederek bundan tamamiyle vaz geçti ve «hamillerin kendi delegele-  
rini intihap ederek Babıâli ile doğrudan doğruya müzakerata girişmelerini  
ve hükûmet tarafından hiç bir suretle aşikâr bir müdahalede bulunulma-  
masını» tercih eyledi. Avusturya hükûmeti 18 inci protokolun takibini  
arzu ediyordu, fakat bunu ancak vaziyeti tetkik için istiyordu. İtalya hü-  
kûmeti ise protokolun tatbikine taraftar olmakla beraber İstanbuldaki  
sefirine verdiği talimatta «İngiliz sefirile ve diğer sefirlerle teşriki mesai  
ederek Türk düyunu umumiyesi hakkında ittihaz edecekleri tedbirlere  
iştirak eylemesi» tenbih olunuyordu. Aynı eser, tahrirat 10, 14, 22, 32, 36.

rının sureti tesviyesi; Karadağ ve Yunanistan mes'elelerinin halli; ve İmparatorluğun Ermenilerle meskûn aksamında yapılacak ıslâhat mes'eleleri dahil bulunuyordu. Babıâli, bu mes'eleleri hal ve tasfiye arzusuna mukabil muahedeye imza koyan diğer devletlerden bahri nümâyişlerden ve sair cebri vasıtalara müracaattan feragat etmelerini bekliyordu.

Bu programın mali kısmı 23 Teşrinievvel tarihli notada tafsil olunmuştu. Bu nota ile Osmanlı hükûmeti hariçteki hamilleri, «düyunu hariciye mürettebatının yeniden tediyesine başlamak üzere bir sureti hal bulmak için, hükûmetle doğrudan doğruya müzakeratta bulunmak maksadiyle delegeler intihabına» davet ediyordu. (25) Bu mümessillerin tayini uzun sürdü (26). 1881 Kânunusanisinde Fransız hamilleri Fransa hariciye nazareti sabık kısmı siyasi müdür muavini (M. Valfrey) i intihap ettiler. İngiliz hamiller ise sabık hariciye müsteşarı (Robert Bourke) i tayin eylediler. O senenin yazında (Baron Mayr) Avusturya ve (Mancardi) de İtalyan hamiller tarafından delege tayin olundular. Bu son delegeler 1881 Eylülünde İstanbul'a hareket ettiler. Hükûmetle müzakerata başlamış olan (M. Valfrey) ve (Mr. Bourke) e iltihak eylediler. Alman dayinlerini ise (Herr Primker) temsil ediyordu.

Eylül bidayetinde başlayan müzakerata bir itilafname imzasıyla nihayet verildi. Ve bu itilafname 20 Kânunuevvel 1881 de iradeye iktiran ederek aynı gün ilân olundu. Bu mukavele, imza olduğu aya izafetle «Muharrem Kararnamesi» denilir ki dikkatle tahlili lâzım bir vesikadır. (27) Bunun muhtevi olduğu yirmi bir madde üç umumî grupa ayrılabilir: Rus tazminatı hariç olmak üzere dahilî ve haricî borçların tenzil, tahvil ve tevhidinde müteallik olanlar; (28) düyunü muvahhadenin mürettebatına ve

(25) — (Du Velay) in yukarda mezkûr eseri, s. 412-15.

(26) — Bazı mahafil Osmanlı hükûmetinin bu siyasetini protesto ederek hala beynelmilî komisyonunda ısrar ediyorlardı. «Parliamentary Papers» No. c. 3197 (1882) tahrirat 21, 51, 64.

[27] Metin aynı eserde bulunabilir, No. Cd. 6736 (1911) ss. 653 ve sonrakiler.

[28] I-VII maddeler. Osmanlı hükûmeti bu kararnameye Rus tazminatının sureti tediyesinin de dercini istemişti. Hamiller vekilleri buna itiraz ettiler ve hükûmet te nihayet 15 eylül de bu noktâ nazarı kabul etti. Procès-Verbaux et Annexes de la commission pour délibérer sur un mode de reglement de la Dette Publique intérieure et extérieure de l'Empire Ottoman (İstanbul, 1915). Düyunu umumîye meclisi tarafından neşredilen bu eserin 12, 25 ve 36 ncı sayfalarına bakınız. (Bundan sonra, bu eserden

idare edecek hey'ete terkolunan varidatı tesbit edenler (29) «Meclisi İdare» namıyla tanınan icra hey'etinin tesisine ve bunun idaresi altında çalışacak teşkilâta ve Meclisle hükümet arasındaki münasebata dair olanlar (30).

Bütün mahafil, muhtelif istikraz mukavelelerinde tesbit olunan mecmu deynin itibarî miktarı üzerinden tediye bulunmağa imparatorluk varidatının müsait olmadığı fikrinde idi. Bu miktarı tenzile lüzum görülüyordu. Hamiller, mümkün olduğu kadar az tenzilat vopmasını istiyorlardı; ne kadar yüksek faizlerle istikraza mecbur bırakıldığını bilen hükümet ise, imkân dahilinde tenzilat yapmak arzusunda idi. Bir uzlaşma hasıl oldu. Borçun tenzil edilmiş miktarı üç kısımdan mürekkepti: evvelâ her istikrazın, muayyen nispetler dahilinde indirilen, tedavülde mevcut kısmı; saniyen 6 teşrinievel 1875 kararnamesi mucibince tedavülden çekilen tahvilat mukabilinde verilen Ramazan tahvilatı; sâlisen aynı kararname ahkâmı mucibince faiz makamında verilen muvakkat vesikalar.

Bu esas dahilinde 191 milyon Sterlinlik sermayei müsemma 106 milyona indirilmiştir. Her istikrazın tedavülde bulunan kısmı Avrupanın muhtelif yerlerinde kaydolunacak ve hamiller ellerindeki tahvilatın tenzil edilmiş miktarına müsavi yeni tahviller alacaklardı[31].

Miktarı tenzil olunan borçun mürettebatı için Osmanlı hükümeti «borçun

---

«Procès verbaux et annexes de la commission de 1881» diye bahsolunacaktır) 14 mayıs 1882 de Türk ve Rus hükümetleri harp tazminatının sureti tediyesine mütedair bir mukavele imzaladılar. Rusya 35000 liralık senevi taksitlerle imha edilecek olan 33000000 liranın faizinden vaz geçti. Amortisman, Halep, Konya, Kastamonu ve Sivas vilâyetleri aşariyle ağnam rüsumundan tediye olunacaktı. «Nouveau Recueil Général», 2me Série, Cilt VIII s. 218.

[29] VIII-XIV maddeler.

[30] XV-XXI maddeler.

[31] Muhtelif duyünün tedavülde kalan kısımlarının tenzilinde hükümet mukavelatta münderiç ihraç fiatlarına istinat etmek istemiş, hamiller vekilleri ise prospectuslerdeki ihraç fiatları üzerinden tenzilinde ısrar eylemişlerdi. Nihayet bu iki miktarın vasatısi üzerinde bir uzlaşma hasıl oldu. Bu esas dahilinde, faiz hariç olmak üzere, tedavülde bulunan tahvilat sermayesi 96.736.291 Sterlin idi. Bu miktara 1876 dan 1880 senesine kadar tediye olunamayan faizler için yüzde on ilâve olunarak mecmu düyunu hariciye (106.409.920) İsterlin yahut beher İsterlin 110 kuruştan 117.050.912 Türk Lirasına baliğ oldu. «Procès verbaux et Annexes de la Commission de 1881», ss. 82-3, 90-94.

tamamen tasfiyesine kadar... katiyen ve kabili nakız olmamak üzere» varidatından bir kısmını terkeylemişti. Kısaca. bu varidat tuz ve tütün inhisarları, pul resmi, müskirat resmi, saydı mahi resmi ve bazı vilayetlerin ipek öşründen ibaretti. Görülüyor ki bu varidat Galata bankerleriyle yapılan 10 teşrinisani 1870 kararnamesinin mevzuunu teşkil eylemekte idi[32]. Bu itilâf feshedilmiş ve bu suretle tasfiye olunacak düyun Muharrem Kararnamesine idhal edilmiştir. Bunlara ilâveten diğer bazı varidat ta terk olunmuştu. Mevcut ticaret muahedelerinin tadili neticesi gümrük varidatında hasıl olacak fazla da ilâve edilecekti. Aynı suretle patent nizamnamesinin tatbiki halinde temettu vergisine nazaran hasıl olacak fazlai varidat da hamillere terk olunmuştu. Bu varidat o esnada az çok şüpheli olsa bile, Bulgaristan vergisi, Kıbrıs fazlai varidatı, Rumeliüşarki vergisi ve 50.000 Liraya kadar tömbeki[33] vergisi de hamillere terk olunmuştu[34]. Düyununmumiye hissesi olmak üzere, Sibirstan, Karadağ, Bulgaristan ve Yunanistan tarafından Osmanlı hükûmetine tediye olunacak mehalîğ de hamillere ait olacaktı.

Bu menbalardan hasıl olan varidatın «tamamı, faiz ve itfa için kullanılacaktı. Varidattan evela tediye olunacak, Osmanlı hükûmetinin Galata Bankerlerine olan 8.170.000 liralık borçunun (tahvilâtı mümtaze) senevi 590.000 Lira tutan mürettebatı idi. Bundan sonra borçların tenzil edilmiş miktarı üzerinden ve varidat tahsilatına göre Meclis tarafından tayin olunacak (yüzde bir ila dört) faiz tediye edilecekti. Faiz altı ayda bir verilecekti. Tahvilatı mümtaze mürettebatının tediyesinden sonra kalacak hasılatı safiyenin beşte dördü senevi faize kifayet ettiği takdirde mütebaki beşte bir itfaya tahsis edilecek fakat itfa akçesi, hiç bir zaman mecmu borçun yüzde birini tecavüz etmiyecekti.

Bu noktada, Osmanlı hükûmetinin lehine olan ahkâmdan da bahsedelim: Azamî fii faiz yüzde dört ve azami amortisman yüzde bir olarak tesbit edilmisti. Tahvilat mürettebatına tahsis olunan varidat bundan fazla varidat getirdiği takdirde fazlası hükûmete verilecekti. Bu kayıt hükûmetin izzeti nefsinin korumak için konulmuş olmalıdır. Çünkü hükûmet

[32] Yukarıya bakınız.

[33] Tömbeki bir nevi tütündür.

[34] Türk lirasının hali tabiiide kıymeti, bir İngiliz Lirasına 110 Kuruş yani tahminen 4.40 Dolardır.

mürahhasları asgarı mürettebata yani senevi yüzde bir ve bir çeyreğe kifayet edecek varidatın terkinin ancak uzun ısrarlar ve tazyiklerle kabul etmişlerdi[35]. Bilâhara bu maddenin ahkâmı hükümetin canını sığmağa başladı; 1903 de bu madde feshedildi ve hükümete daha nafi ahkâmı muhtevi yeni bir kararname neşrolundu[36].

Tahvilâtın amortismanı muayyen bir cedvele göre yapılacaktı. Muhtelif tahvilleri bu suretle gruplara ayırmakla hamillerin rüchan iddiaları bir dereceye kadar tatmin edilmiş oldu. Birinci grup 1858 ve 1862 istikrazlarından tereküp ediyordu; 1860, 1863, 1864, 1872 istikrazları ikinci grupu teşkil ediyorlardı; 1865, 1869, ve 1873 istikrazları üçüncü gruba ve nihayet düyunu umumiye tahvilâtıyla ikramiyeli tahvilât dördüncü gruba dahil bulunuyorlardı. Gruplara ayırmaktaki esas her bir istikrazın teminatı derecesi idi [37]. Evvelâ birinci grup amorti edilecek ve bunu, sırasıyla diğerleri takip edecekti. İtfa senede iki kerre ve, Meclisin arzusuna göre ya işтира veya kura suretiyle icra olunacaktı. Fii faiz yüzde bir olduğu zaman itfa payı sermayenin yüzde altmış altı ve üçte ikisini teşkil edecekti [38].

Onbeşinci madde İdarenin hey'eti faalesinden bahsetmektedir: « Hamilleri temsil etmek ve bunların menafiini himaye eylemek üzere bir Meclisi İdare teşkil olunmuştur.» Meclis İstanbulda toplanacak ve hamiller mümessillerinden mürekkep olacaktı. Azadan biri İngiliz ve Felemenk hamilieri temsil edecek ve Londra « Ecnebi tahvilât hamilleri Meclisi » tarafından, olmadığı taktirde, İngiltere Bankası Müdürü, buda olamadığı taktirde İngiliz ve Felemenk hamillerin Londrada aktecekleri müşterek bir ictimada tayin olunacaktı. Diğer bir aza fransız hamilleri temsil edecekti. Bu da, Osmanlı hükümetinin 23 teşrinievvel 1881 [39] tarihli notasındaki

[35] Procès-Verbaux et Annexes de la Commission de 1881.

[36] Aşağıya müracaat.

[37] Bu tasnife 1854 ve 1855 istikrazlarının dahil olmadığı görülmektedir. 1854 istikrazının karşılığı Mısır vergisi idi. 1877 de yapılan bir itilâf mucibince mürettebatın tesviyesi için lâzım gelen mebalığın doğrudan doğruya Mısırdan İngiltereye gönderilmesi takarrür eylemişti. 1855 teminatlı istikrazı ise, 6 teşrinievvel, 1875 kararnamesinde dahil değildi.

[38] Faiz yüzde birden fazla ve üçten az olduğu zaman itfa nisbeti yüzde yetmiş beş; ve faiz yüzde üç veya daha fazla olduğu zaman ise yüzde yüz idi.

[39] Banque Impériale Ottomane, Banque de Paris et des Pays - Bas,

davete icabet eden Fransız bankaları sendikası tarafından intihap olunacaktı. Alman ve Avusturya hamilleri temsil edecek azalar Fransız sendikası gibi hareket eden alman ve avusturya banka sendikaları tarafından tayin edileceklerdi [40]. İtalyan mümessili Roma ticaret odası tayin ediyordu. Osmanlı hamillerinin de bir mümessili bulunacak ve bu mümessil İstanbul Şehremanetinin davetiyle içtima eden hamiller meclisi tarafından intihap edilecekti. Tahvilat mümtazeyi temsil edecek aza Osmanlı Bankası tarafından tayin edilecekti. Bu tahvilat 10 teşrinisani 1879 Kararnamesinin feshi üzerine ihdas edilmişti. Malûm olduğu üzere Osmanlı hükûmeti bu kararname ile yerli bankalara olan borçlarını tevhit etmişti. Bu nevi tahvilatın kısmı azamı Osmanlı bankasının elinde bulunuyordu. Osmanlı hamiller mümessiliyle Tahvilatı mümtaze mümessilinden maada Meclisi idare azasının intihabı Osmanlı hükûmetinin Londra, Paris, Berlin, Viyana ve Romadaki resmî mümessillerine ihbar olunacaktı. Diğer iki azanın intihabı ise Osmanlı Maliye Nazaretine tebliğ edilecekti.

Kararnameye nazaren Meclis azasından hiç biri ne osmanlı hükûmetinin hizmetinde ve ne de ecnebi bir hükûmetin Türkiyede askerî, şehbenderi, veya siyasî bir hizmetinde bulunamayacaktı. Azalar beş sene için intihap olunuyorlardı. Yeniden intihap caizdi. İngiltere ve Fransadaki hamillerin adet ve ehemmiyeti nazarı dikkate alınarak ilk beş sene için riyasetin fransız ve ingiliz delegeleri tarafından münavebe ile yapılması takarrür eyledi. Bu müddetin nihayetinde vaziyette ehemmiyetli bir tahavvül görüldüğü taktirde Meclis kendi reisini intihap edecekti. Her azanın bir reyî vardı, kararlar ekseriyetle veriliyor ve tesavii ara vukuunda reisin bulunduğu taraf tercih ediliyordu. «Meclis ancak bu kararnamede dahil bulunan bütün borçlar tasfiye olunduğu zaman vazifesine nihayet verecek » tir.

«Tahsis olunan varîdatı hamiller hesabına ve kendi memurları vasıtasıyla idare, tahsil ve nakde tahvil eylemek » Meclisin salâhiyetleri cümlesindendi. İdari masrafların tenzilinden sonra kalan hasılatı safiyi Meclisin nazareti altında borçların faiz ve itfasına tahsis olunacaktı.

Comptoir National d'Escompte de Paris, Crédit Lyonnais, Crédit Mobilier Français, Soci t  G n rale pour favoriser le d veloppement du commerce et de L'industrie en France, Soci t  G n rale de cr dit industriel et commercial.

[40] Berlinde (S. Bleichr der) ve Viyanada (Credit Anstalt) m esseseleri.

Meclis kendisine terkolunan varidattan herhaugi birini başkalarına iltizam suretiyle ihaleye salahiyettardı; İdarenin memurlarını tayin ve azil hakkı Meclise aitti ve bu memurlar vazifelerini ifa hususunda hükümet memuru addolunuyorlardı. Meclisi idare, bir varidat müdürü umumisi tayin edecek ve bu müdür Meclisin nazareti altında tedviri umur eyleyecekti. Hükümet meclise vazaifini ifa için « mevcut teşkilâtın müsaadesi nisbetinde muavenette bulunacaktır » ; hükümet aynı zamanda kaçakçılık için kanunî cezaları tatbik etmeği de kabul eyledi.

Kararnamenin bir maddesi hükümetin murakabesinden bahistir. « Terkolunan varidatın idaresi hükümetin kontroluna tabidir ». İlk bakışta bu büyük bir salahiyet gibi görülebilir, fakat biraz daha ilerde Kararname « bu mürakabenin hükümet tarafından tayin olunacak bir komiser ve müteaddit mürakıpler vasıtasıyla yapılacağını » zikrelemektedir.

Bu memurlar Düyunuumumiye idaresi nezdinde bulunacaklardı; komiser Meclisin her içtimaina davet olunacak ve « istişari reye malik olacaktır ». Gerek komiser ve gerek mürakıplerin Meclis mukarreratına ittila kesbetmeğe ve bunlara müteallik defterleri ve vesikaları tetkika, ve İdare hesaplarını teftişe salahiyetleri olacaktır. Fakat mühim bir kayde göre « hiç bir halde idareye müdahale edemiyeceklerdi » [41].

Diger mühim bir madde de Meclisle hükümet arasında işbu kararnamenin tefsir ve tatbikinden mütevellit bir ihtilaf zuhurunda meselenin dört hakeme havalesine müteallikti. Bu hakemlerden ikisi hükümet ve ikisi de Meclis tarafından intihap olunacak ve icabında bu hakemler beşinci bir hakem intihap eyliyeceklerdi.

Son iki madde de şayanı ehemmiyettir. « Hükümet işbu itilafları feshettiği veya tatbikına mani olduğu takdirde, hamiller asıl mukavelelerle malik bulundukları hukuku yeniden iktisap edeceklerdir. Meğerki tahvilleri işbu kararname ahkâmına göre imha edilmiş ola. » Bundan başka « Hükümet bu kararnameyi derhal devletlere ihbar eyliyecektir..... »

İşte Muharrem kararnamesinin en mühim noktaları bunlardır. Meclisi İdare 1 kânunusani 1882 de vazifeye başladı ve 10 teşrinisani 1879 karar-

[41] Hükümet mümessilleri tarafından verilen müsveddede bu cümle « idareye müdahale etmeksizin » tarzında idi. Bil'ahare cümleye verilen çok kuvvetli ifade tâh komisyon tarafından hazırlanmış ve komisyonca kabul olunmuştu. « Procès · Verbaux et Annexes de la Commission de 1881 », s. 43, 58.

namesile Galata bankerleri sendikasına verilen salahiyetlere müsteniden (Mr. Hamilton) tarafından tesis olunan idarî teşkilati olduğu gibi eline aldı. İmparatorluk hudut arı dahilinde teşekkül eden bu ecnebî meclis avrupalı hamillere pek büyük ümitler veriyordu.

Diğer bazı ahvalde de Osmanlı hükümdarları muayyen varidatın tahsilatını mürakabe etmek üzere ecnebi memurların tayinine muvafakat etmişlerdi. Fakat bütün bu ahvalde ya itilafların şekli tahriri muvaffakiyetlerine mani olacak derecede karışık olmuş veya hükümet hüsnü niyet göstermemişti. Bu son halde ise vaziyet katiyen tebeddül etmişti. İmparatorluk nihayet iflası maliye uğramış, Berlin muahedesinde Avrupadaki vilayetlerin hemen hepsi elinden alınmış, ve pek mühlik olan Ayastefanos muahesi ancak İngiltere ve Avusturyanın tazyikleri neticesinde tahfif edilebilmişti. Avrupada Türklere karşı itimat azalmıştı; bunu yeniden tesis lâzım geliyordu. Yeni tahta çıkan İkinci Abdülhamit vaziyetin vahametini seleflerinden çok iyi anlıyordu. Kendisi şahsî tabiatı itibariyle seleflerinin zıddı olduğu kadar, Avrupa alacaklıların hiddetini teskin etmekte gösterdiği zekâ itibarıyla de bunlardan ayrılıyordu, vaziyeti pek vâkıfane kavrayarak Muharrem kararnamesiyle Türkiyenin itibarını iade edecek derecede müsaadede bulundu fakat bu müsaadatın hududunu hukuku hükümransisini ehemmiyetle rahnedar edecek derecede ileri götürmedi. İmparatorluk varidatından bir kısmının idaresiyle mükellef ecnebi bir Meclisin teessüsü Türk izzeti nefsinin rahnedar edebilirdi; fakat aynı maksat için resmî ve siyasî bir teşekküle nisbetle bu ehveni şerdi.

Muharrem Kararnamesi 1882 den 1903 e kadar, bu müddet zarfında hamiller tarafından değiştirilmeyen ve hükümet tarafından da dokunulmayan, bu şayanı dikkat ve garip müessesenin kanunu esasını teşkil eyledi. Mamafî bu son senede, o zamana kadar duyulan ihtiyaçlar nihayet tebellür etti ve yeni bir kararname ile 1881 kararnamesinin bazı ahkâmı tebdil olundu. Hükümet kâra iştirak arzusunda bulunduğu gibi bazı grup hamillerde daha yüksek faiz istiyorlardı [42].

[42] Muharrem kararnamesinin, ve bilhassa fazla varidata müteallik maddelerinin tatbikinden bahsederken ( Mr. Young ) şu suretle mütalâa beyan etmektedir: « Muharrem Kararnamesinin tesis ettiği rejim dairesinde Düyunuümumiye idaresi, adeta, bütün Osmanlı varidatını yalnız hamiller menfaatine istismar eden bir şirket mahiyetinde idi » Yukarda zikrolunan eserinde, Cilt V, ss. 102-3.

14 Eylül 1903[43] tarihli kararname başlıca iki netice hasıl etti: Tedavülde bulunan tahvillerin tevhidile yerlerine yenilerinin çıkarılması ve evelki kararnamede hükûmete kâra iştirak hakkını veren maddelerin feshi. 1881 kararnamesinin tatbikiyle tahvillerin yüzde yirmi ikisi imha olunmuştu; tediye olunmıyan kısmı, muayyen nisbetler dahilinde gerek faiz ve gerek itfa noktasından aynı seviyede bulunan yeni tahvillerle değiştirildi. Yeni tahvillerin itibarî kıymeti 32 milyon Türk lirasından azdı. Faiz yüzde dört ve senevi itfa payı da yüzde 0,45 idi; yeni tahviller mürettebatını teşkil etmek üzere muayyen iki milyon Türk lirasını mütecaviz bir meblağ tesbit olunmuştu. Bu miktardan fazla olan varidat hükûmetle Meclis arasında yüzde yetmiş beş ve yirmi beş nisbetlerinde taksım olunacaktı. Muharrem kararnamesinin bu yeni itilâfla tadil olunmıyan maddeleri meriyete kalıyordu.

### Muharrem Kararnamesi: Mahiyeti ve Müeyyideleri

Mahiyeti itibariyle Muharrem kararnamesi benzeri olmıyan bir vesikadır. Osmanlı hukuku ammesine dahil olduğu halde, bu hükûmetin bir taraflı bir kararnamesi değildir. Osmanlı hükûmetiyle alacaklıları arasında iki taraflı bir mukaveledir. Bir irade ile kanuniyet kesbettiği halde beynelmilel bir mahiyeti de haizdir; çünkü yirmi birinci madde mucibince

---

« Muhassas varidatın iyi idaresinden mütevellit fazla varidat yalnız hamillere kalıyordu, çünkü yüzde dört âzamı faiz ve yüzde bir ifa payı tediye edilmedikçe hükûmetin bu fazla üzerinde hiç bir hakkı yoktu. Bu, devletin fazla varidata ademi iştiraki demektir. Muhassas varidat ve bunların fazlaları tecezzî kabul etmiyen bir kül teşkil ediyordu; İdareye mevdu borçların tamamen itfasına kadar faiz ve amortisman muhassas bulunuyordu. Varidat fazlasına iştirak edemiyen ve muhassas buldukları borçların tediyesiyle serbest kalan varidatı ele geçiremiyen hükûmet için ise ne faiz miktarının tezyidile ve ne de tahvillerin itfasıyla alakadar olacak bir saik yoktu.

«Bilâkis gerek artan faiz ve gerek tahvillerin tedrici imhasının tabii neticesi olarak borçların hayatı uzayordu. Hükûmet muhassas varidatı tekrar eline geçirebileceği günün uzaklaştığını görüyordu. Tahvilat fiatlarının artması her hangi bir tahvil veya tevhit ameliyesini güçleştirmek suretiyle, hükûmetin artan itibarından istifade edebileceği fırsatlardan istifadesine mani oldu ». Aynı eser s. 99.

[43] Metin (fransızca ve İngilizce tercümesiyle) «Parliamentary Papers» de bulunur. No. Cd. 5736 (1911) ss. 563 ve sonrakiler.

Osmanlı Hhkümeti işbu kararnameyi derhal devletlere tebliğa mecbur olduğu gibi Meclis azasının intihabı osmanlı hükümetinin harici mümessillerine ihbar olunacaktı. Bununla beraber kararname, tabaaları Mecliste temsil olunan devletlerin resmi himayesi altında değildi. Bu kararnamenin Berlin Kongresinin on sekizinci protokolunda münderiç şartları tatmin ettiği de söylenemez. Çünkü o protokolda, tabaaları türk tahvilatına malik bulunan devletlerin intihap edecekleri azalardan mürekkep beynelmilel bir komisyon mevzuubahisti. Böyle bir komisyon azaları, vekâletlerini hükümetlerinden almış bulunacaklar, evvela bunlara ve ancak ikinci derecede tahvilat hamillerine karşı mesul olacaklardı.

Muharrem Kararnamesile teessüs eden meclis, devletler tarafından muvafık görülmüş ve bunlar, 20 kânunuevel 1881 itilafından haberdar edildikleri zaman, daha resmi mahiyette bir idare organı tesisi için tazyik icrasından tavakki eylemişlerdir. Kararname Berlin protokolundaki şartlardan, ne kadar uzak olursa olsun, şurası muhakkaktır ki Osmanlı hükümeti 3 ve 23 teşrinievel tarihli notaları, bu protokolun siyasi bir müeyyideye malik olduğu düşüncesiyle göndermiştir. Bu notalar protokoldaki tavsiyelere hasredilmemişti, çünkü hükümet, «devletler tarafından her hangi bir müdahale olmadan» anlaşmak arzu ettiği halde, protokolun esas komisyonun resmi mahiyette olması idi.

Kararnamenin bu hususiyetleri onun aynı zamanda hem zaif hem de kuvvetli noktaları idi. Mamafi bunlar daha ziyade, birer kuvvet unsuru olmuşlardır. Şüphesiz hamiller bu müessesenin beynelmilel hukuki bir müeyyideye malik olmasını tercih ederlerdi. Kararnamenin hususi mahiyette olması sırf daha kuvvetli ve resmi bir şeklin elde edilememesinden dolayı kabul edilmişti. Bununla beraber devletler 1919 a kadar İdareye daha sarıh bir müeyyide vermeği münasip görmediler ve o zamanda bunu ancak harbi umumî esnasında Meclisin Türk mukavemetini temine matuf bir şekilde çalışmış olmasından dolayı yaptılar[44]. Mamafi harbi umumiden evel hamillerin teminatın kâfi olmadığı hakkındaki korkuları hiç bir zaman tahakkuk etmedi, çünkü osmanlı hükümeti borçlarını kemali sadakatla ödedi.

Kararnamede bir hüküm vardı ki, zaman geçtikçe, iyi bir müeyyide olduğu görüldü. Yirminci madde diyordu ki: «hükümet işbu itilafı feshet-

[44] Noradonkiyan ın yukarda zikrolunan eseri, Cilt IV, s. 541.

tiği veya tatbikine mani olduğu takdirde, hamiller asıl mukavelelerle malik oldukları hukuku yeniden iktisap edeceklerdir, meğerki tahvilleri işbu kararname ahkâmına göre imha edilmiş ola.» Kendisine kalan varidat üzerindeki tasarrufunun idamesini arzu eden hükümet, ademi tatbiki fena neticeler verecek ve belki de Berlin protokolunun, bütün nahış tafsilatı ile tatbikini icap ettirecek olan bu kararnamenin feshini düşünemezdi. Sarih siyasî bir müeyyidenin mevcut bulunmaması Kararnameye hürmet edilmesine sebep oluyordu çünkü fesih halinde takip edilecek hattı hareket meçhul bulunuyordu.

1896 da Muharrem Kararnamesine beynelmil el bir mahiyet verdiği zan nolan bir hadise zuhur etti. Berlin ile Londranın bazı mahafilinde Rusya ile Fransanın Düyunuumumiye İdaresinin faaliyeti hakkında ihtilaf halinde buldukları ve İstanbuldaki rus sefirinin Muharrem kararnamesi ni fesih ve ya tadil için Sultanı teşvik etmekte olduğu hakkında rivayetler deveran etmiye başlamıştı. Bu rivayetleri tashih etmek için rus sefiri (M. de Nelidof) Babıaliye 19 kânunuevel 1896 da şu notayı gönderdi:

« Rus sefiri aldığı talimat üzerine Osmanlı hükümetinin nazarı dikka-  
tini celbetmek ister ki Babıali Düyunuumumiye Meclisine terkolanan vari-  
data vaziyet eder ve ya bu Meclisin salahiyetlerini ihlal eylerse Rusya  
hükümeti, diğer devletlerle müştereken, Berlin Kongresinin on sekizinci  
protokolunda mevzu bahis edilmiş bulunan ve Osmanlı hükümetinin malî  
vaziyetini ve alacaklılara terkolanabilecek varidatı tetkik edecek olan  
beyneimil el malî komisyonun tesisini talep etmek mecburiyetinde kalacak-  
tır. Bu takdirde ve Muharrem kararnamesin bir maddesi mucibince, os-  
manlı hükümetiyle alacaklıları arasındaki itilaf münfesih olacağından Rus-  
ya hükümeti, Babıalinin bu neticenin kendisi için ne kadar fena olacağı-  
nı idrak ile buna müncer olacak her hangi bir hareketten tevakkî edece-  
ğini ümit eyler. »

Bu nota hakkında «l'Economiste Européen» muharriri (M. Edmond  
Théry) diyor ki: «Bu nota Düyunuumumiye Meclisine ve alacaklılara  
terkolunan varidata beynelmil el bir mahiyet vermektedir. Bu, fransız ha-  
millerin istiyebilecekleri en iyi şeydir..... Muharrem kararnamesi ahkâmı  
ciddiyetle tatbik olunduğu takdirde vaziyetlerinin pek emin bulunduğu  
şüphesizdir[46]. (M. Théry) «beynelmil el mahiyet vermek» ten ne kastet-

[46] «l'Economiste Européen» (Paris), 8 kânunuevel 1897.

tiğini anlatmıyor; mamafi şu nokta sarihtir: Rusyanın bu hareketi ne kadar sarîh olursa olsun kararnamenin müeyyidesini gayri resmi bir şekilden resmi bir şekle tahvil etmiş olamaz. Bu netice ancak mefsuh kararnamenin yerine resmi bir mukavele ikamesiyle ve ya kararnamenin siyasî bir muamele ile teyidi suretiyle elde edilebilirdi. Mevcut ahval dahilinde bunlardan hiç birine lüzum yoktu[47].

Muharrem Kararnamesi Osmanlı hükûmetiyle alacaklıları arasında yapılmış iki taraflı bir mukavele idi; mamafi nim resmi evsafı unutulmamalıdır. Müeyyideleri bizzat Kararnamenin yirminci maddesinde ve etrafında ki siyasî havada mündemicti[48].

[47] Bundan başka aynı sene, daha kat'i bir müeyyide vazı için fransızların yaptığı teklifin devletler tarafından tetkikine Rusya mani olmuştu. O zamanlarda İmparatorlukta para ihtiyacından dolayı islahat yapılmıyordu. Bu sebeple Fransa tarafında Türk maliyesinin avrupa mürakabası esaslı üzerine, tesisi için bir teklif yapıldı. Bu plan mevcut borçların tahvili, imha müddetlerinin uzatılması ve inhisarlar tesisi ile büyük bir istikraz için müsait bir zemin hazırlamasından ibaretti. Muhtelif memleketler hamilleri mümessillerinden mürekkep olan Meclisin, Mısırdaki olduğu gibi, devletleri temsil etmesi, ve bu Meclisin bütün malî işleri mürakabe etmesi şartıyla, bu istikraz bütün Avrupa Büyük Devletleri tarafından temin olunacaktı; tabiri diğerle Avrupa, Mısırdaki olduğu gibi, Türkiyenin malî işlerine müdahale salahiyetine malik olacaktı. Bu plan Türkiyenin her hangi bir suretle malî mürakaba altına girmesine razı olmayan Rusyanın muhalefeti üzerine suya düştü. «Annual Register» 1896.

[48] Düyunu umumiyeye hakkında müteaddit kitapları tetkik ederken müelliflerin Muharrem Kararnamesinin mahiyeti hakkında fikirlerini mukayese pek şayanı dikkattir. Gerek (Morawitz) s 231 ve gerek (Du Velay) s 446 bunu Osmanlı hükûmetinin bir taraflı bir kararnamesi değil, belki iki taraflı bir mukavelesi addetmektedirler. Bu iki müellifin fikrine iştirak eden diğerleri şunlardır: (A. Roumani), «Essai Historique et Technique sur la Dette Publique Ottoman» (Paris, 1927), s. 113; (Delaygue), «Essai sur les Finances Ottomane» (Paris, 1911) s. 90; (G. Clerin) «Inexécution par un état de ses engagements financiers extérieurs (Nancy 1908), s. 133; (Poulgy), s. 105; (H. Imbert), Les emprunts d'états étrangers Recours individuel et action collectif des créanciers (Paris, 1905); s. 64 Fakat, (L. Dupuis) «Le Contrôle financier de la Dette Publique Ottomane (Paris 1908), s. 104; (Raynaud Lacroze), «L'Immixtion financière en droit international» (Paris, 1903) s. 92; ve (P. Leroy-Beaulieu) «Traité de la science des finances» (iki cilt Paris, 1912) nam eserlerinde bunu bir mukavele değil Osmanlı hükûmetinin bir taraflı bir muamelesi addetmektedirler. Bu muharrirlerin cümlesi kararnamenin hususiyetinin bahsettikleri halde ancak biri, Théry, s. 39, hakiki bir beynelmilel mahiyeti haiz olduğunu zikrelemektedir. Müelliflerin hiç biri Düyunu umumiyeye meclisinde ecnebi kontrolünün anasını görmiyorlar. Mamafi bu husus

Muharrem kararnamesinin evsafı tesis ettiği mürakabenin mahiyetinden bahsetmeksizin münakaşa olunamaz. (M. Paul Leroy-Beaulieu) «Traité de la science des finances» nam eserinde ecnebi malî kontrolunun esaslı noktalarını zikrelemektedir. Böyle bir mürakaba «harici borçlar mürettebatının müstakbel şeraitini tesbit eden siyasi muamelelerle bir ve ya müteaddit devletlerin kendi tabaalarından, teminatın idamesi ve tahsilatın intizamıyla muvazzaf, şahısların tayinile» olur(49). Bu tarifin resmi kontrolü kastettiği anlaşılıyor; her halde resmî malî kontrolün iki muhim esası, mürettebatın müstakbel vaziyetinin siyasi muamelelerle tesbiti ve idare hey'etinin resmî mahiyetidir.

İlk bakışta görülüyor ki Muharrem kararnamesiyle tesis olunan rejimde bu hususiyetler yoktur. Bu kararnamenin siyasi müeyyideleri hakkında bazı ihtilâfları olmakla beraber Düyunuumumiye Meclisi Azalarının gayri resmî bir surette çalıştıkları muhakkaktır(50). Muharrem Kararnamesinde nim resmi mahiyette müeyyideler bulunduğu içindir ki bu kararname resmî malî mürakaba ile gayri resmi mürakaba arasında bir mevki işgal eder. Çok kat'î bir tarif olmamakla beraber denilebilir ki bu kararname beynelmilel anasırı muhtevi hususî bir malî kontroldür.

Bu münasebetle, iki avrupalı müellifin Türk malî tarihi hakkındaki fikirleri bizi alakadar edebilir. Morawitz, kararnamenin ihlaline karşı XXinci değil XXIinci maddede bir kuvvei müeyyide bulmaktadır. Diyor ki: «Osmanlı hükümeti kararnameyi ecnebi devletlere tebliği taahhüt etmekle, tabirin mutlak ifadesiyle, bu itilafa resmi bir mukavele mahiyetini vermemiştir; fakat bu taahhüt kararnameye o derecede siyasi bir mahiyet vermiştir ki, kararname ile tekit olunan itilâfın hakikaten ihlali halinde seyirci kalmamak devletler için hem bir hak hem de bir vazife olmuştur.» Morawitzin fikrine göre bu mukavele hukuku düvelin himayesine girmiş olmasa bile mahiyeti ve akdine taalluk eden şerait itibariyle devletlerin himayesi altında bulunacaktır(51).

---

kararnameye atfolunan müeyyidelerin kudretine ve sendikaların intihaplarına hükümetlerinin ne derecede müdahale ettikleriyle alakadardır. Aşağıda dokuzuncu bâba bakınız.

(49) Yukarda zikrolunan eserden s. 585.

(50) Aşağıda dokuzuncu bâba bakınız.

(51) Yukarıda zikrolunan eser. s. 231-2 fakat (Morawitz) kararnameyi hukuku düvel sahasına ithal eden bir sarahat bulunduğu kanaatindedir.

Morawitzin bahsettiği «hak» şüphesiz mevcuttur; fakat «vazife» hakkında da böyle diyebilir miyiz?

De Velay in fikrine göre Muharrem Kararnamesile tekit olunan mukavele «hakikatte alacaklılarla Türkiye arasında yapılan bir konkordatodur, Alakadar taraflar arasında, serbestçe ve müştereken hazırlanmış ve kararnamenin himayesine müteallik ihtiyati kayıtlar istisna edilirse, hiç bir siyasî tesire tabi olmamıştır» fakat, De Velay devam ederek diyor ki: «Muharrem Kararnamesi, hususî bir mahiyette olmakla beraber Berlin muahedesini imzalayan devletlerin himayesi altındadır(52).» Çünkü devletler, kararnamenin ilgası halinde ittihaz olunacak tetbirleri tetkik hakkına maliktirler:

Kararname ile Berlin kongresi arasında bir münasebet bulunduğu hususunda fikirlerde ittihat vardır. Fakat fikirler bir hadden diğerine doğru tehalüf etmektedir. Morawitz, kongreca ittihaz olunan tarzı hareketin, kararnameye beynelmilel hukukî bir müeyyide verdiğini söylemekle beraber Berlin kongresinin on sekizinci protokolunun kararnameye beynelmilel bir mahiyet verdiği fikrine muarızdır(53). Diğer taraftan (Commandant Berger), devletlerin sarîh bir mesuliyet aldıkları fikrindedir. «Devletler, diyor, müşterek teşebbüslerle kararnameyi meydana getirmişlerdir, Berlin konferansında, bu hususta beyan ettikleri müttehit anlaşma ile de mukavelenin ve bunu tasdik eden Muharrem Kararnamesinin muhafızları olmuşlardır(54).» Diğer bir yerde, mumaileyh kanaatını daha sarîh ifade ederek diyor ki: «Avrupa hükümetleri, osmanlı tahvilatı hamillerine karşı

---

(Morawitz) in fikrine göre devletlerin, Türkiyeye karşı, Mısır ve Tunusa karşı olduğu gibi hareket etmemelerinin sebebini devletlere tebliğe mütedair yirmi birinci maddede, Berlin protokolundan bahseden mukaddeme ile kararnamenin Berlinde Türk delegeşi tarafından vadedildiği gibi, hükümetle alacaklıları arasında bir itilaf şeklinde olmasında ve dayinler mümessillerinin davetinde aramalıdır. (Aynı eserde) yalnız bir Londra gazetesi yirmi birinci maddede bir müeyyide mahiyeti buluyordu «itilafın icrası için son bir teminat olmak üzere Babıalinin, dayinlerle aktettiği itilafı devletlere tebliğ eylemesi takarrur eyledi.»

Saturday Review in (London) Cilt LIII (Kânunusani 1883), s. 11

(52) Yukarda geçen eser., ş. 445.

(53) Yukarda geçen eser., s. 55.

(54) Memoires, Congrès International des Valeurs Mobilières (Crlt IV Paris, 1900) s. 4.

yalnız manevi bir vecibe değil belki bu tahvillerin kıymetini ve Düyunu-umumiye idaresinin tesisinde elde edilen teminatı muhafazayı taahhüt eylemişlerdir» (55).

Meclisteki diğer fransız aza (de la Boulinière) şu suretle mütalaa beyan etmektedir: «Düyunu-umumiye idaresi bir Osmanlı müessesesi olmakla beraber başında ecnebi delegelerden mürekkep müstakil bir meclisin mevcudiyeti Türkiyenin taahhütlerini nakız etmesine mani olmağa kifayet eder. Aynı suretle, Berlin kongresinde tesbit olunan esaslarda mündemiç müeyyideler dahi, icabında, protokolun lüzum gösterdiği komisyondan kurtulmak için bizzat ihdas ettiği müesseseye Türkiyeyi riayete sevkedecektir. Bundan başka, Muharrem Kararnamesi ahkâmının tabii bir suretle tatbikini temin için devletlerin müdahalesine lüzum olmadığı ve bu, Düyunu-umumiye meclisinin vazifesi bulunduğu ne derecede doğru ise Türkiyenin devletleri karnameden haberdar etmeğe mecbur bulunduğu ve ahkâmının ihlâli veya taahhüdâtın ademi ifası halinde, Dayınler vekillerile, hamiller sendikalarının müracaati üzerine alâkadar devletlerin derhal müdahalesine hak vereceği de şüphesizdir». (56)

Muharrem kararnamesinin müeyyideleri mahiyet itibarile, sarahaten mevcut olmaktan ziyade kararnamenin ahkâmı umumiyesinde mündemiçti. Bu ahkâm âdi ahvalde, hamillerin hukukunu temin ve Düyunu-umumiye meclisine verilen salahiyetleri teyit edecek derecede sarih idiler. Osmanlı hükümeti, Muharrem kararnamesile üzerine aldığı taahhütlerden kurtulmak için kırk sene hiç bir resmî teşebbüste bulunmadı. Harbiumumî istisna edilirse, muzayaka zamanlarında bile hükümetin hareketi şayanı memnuniyetti. Bu kırk sene zarfında Türkiye beş muhtelif harp yaptı. Memlekette üç inkılap oldu ve bir çok dahilî gaileler zuhur etti. Bu mütehalif vaziyetlerde kararnamedeki müeyyidelerin oldukça kuvvetli olduğunu kabul etmek icabeder. Kararnamenin ahvali âdiye için kâfi derecede kuvvetli olduğunu yukarda nakledilen mütalaalar, umumiyet itibarile kabul eylemektedirler. Eğer bu mutalaalar, zikrettiğimiz vaziyetlere mütedair iseler, doğrudurlar. Halbuki 1919 — 23 devresindeki vaziyet noktasından bakılırsa

(55) Aynı eser (Cilt II, 1901) s. 26

(56) Notice sur l'importance les conditions juridiques, économiques, et financiers du capital français en Turquie et sur le role de la D. P. O. et l'efficacité de sa garantie (Istanbul, 1913). ss. 7-8. Bundan böyle bu eserden «Notice» diye bahsolunacaktır.

o kadar kıymetli değildirler. Bu müddet zarfında hamillerin hukuku ve meclisin vaziyeti ehemmiyetli bir suretle değişmişti.

Bu devrede nazarı dikkate alınacak mühim keyfiyet şudur ki, Düyunu umumiyenin kanunu esasisini teşkil eden Muharrem Kararnamesi âdeta ortadan kalkmıştı. Müttefik devletlerin himayesi altında ve beynelmilel bir muahedenin müeyyideleri ile çalışacak resmî bir Düyunuumumiye meclisi tesis eden ( 10 Ağustos 1920 ) tarihli Sevr Muahedesi müttefikler için bir zamanı emniyet teşkil eyledi. (57) Üç sene sonra Lozanda müttefikler, Türkiye ile aralarında akdedilen muahedede Muharrem Kararnamesini tasdik eylemek suretile buna bir kuvvei müeyyide vermek için çalıştılar. Müttefiklerin noktai nazarı Fransız murahhaslarından (Barrère) tarafından şu suretle ifade olundu: « Düyunuumumiye idaresi, vaziyeti Muharrem Kararnamesile tesbit ve devletlere resmen tebliğ olunan bir müessesedir. Bu suretle vaziyeti devletlerin teminatı altındadır.» (58)

Müttefik devletler, evvelce, Berlin muahedesini imzalayanların nim resmî taahhüdü altında addolunan bir vaziyetin, kendi menfaatleri için, hususî muhafızı olmak istiyorlardı. Müttefiklerin noktai nazarına göre harbi umumî esnasında İngiliz ve Fransız Dayinler vekillerinin İstanbulda bulunmaması Düyunuumumiye meclisinin mukarreratını gayrı meşru kılmakta idi. Bu noktai nazarın neticei tabiiyesi ise, vaziyeti muahedeye ithal suretile bade ma müttefik devletlerin nazareti altında bulundurmaktı. Fakat müttefiklerin 1923 te ortaya attıkları bu delil Berlin Muahedesini imzalayan devletleri on sekizinci protokolü ihzara sevk eden âmillerle ortaya konulmamıştı. 1923 te ortada emperyalist emeller mevcuttu. Halbuki 1878 de, geri tesmiye olunan devletler üzerine malî bir kontrolün ehemmiyeti henüz tamamilen idrak olunmamıştı.

Lozandaki Türk delegeleri Muharrem Kararnamesinin muahede ile tasdikini kabul etmediler. Ve bu suretle de muahede ahkâmının ne şekil alacağı az çok tezahur etti. Lozan muahedesinin en mühim malî ahkâmı şunlardır: 1) Harpten evvel mevcut Osmanlı borçlarının sermaye ve mürettebatının tevzii; 2) muhassas varidatın Türk hükûmetine iadesi; 3) yeni varidat ikamesi (59) . Bu suretle, hamiller, kararname ile malik buldukları

(57) Aşağıda sekizinci baba bakınız.

(58) « Parliamentary Papers » No. C mad. 1814 (1923), s. 553.

(59) Aşağıda sekizinci baba bakınız.

## BİRİNCİ FASIL

### Borçlar hukukuna müteallik umumî malûmat

#### § 2. Borcun esası ve teşekkülü

I — Borç iki (veya daha ziyade) şahıslar arasında mevcut hukukî bir münasebettir ki bununla o şahıslardan biri, yani (borçlu), diğerine, yani (alacaklı)' ya, karşı bir mükellefiyetle mahmuldür. Alacaklı noktaî nazarından borç bir alacak, borçlu noktaî nazarından, bir deyn<sup>1a</sup>, bir taahhüttür. (*Verbindlichkeit*)

II — Mamelek hukukunun en mühimleri alacaklar ile Kanunu Medeni- nin dördüncü kısmında tetkik olunan aynı haklardır.<sup>2</sup> Bu iki cins hak arasındaki en mühim fark mevzularındaki tehalüften hasıl olur. Alacak, bir fili (bir mükellefiyeti) icra etmeğe mecbur olan borçlunun şahsına karşı bir haktır. Bu sebepledir ki alacağa aynı zamanda «şahsî hak» ta denilir.<sup>3</sup> Eşya üzerindeki hukukun veya aynı hakların mevzuu bir şeydir ki bunun üzerinde hak sahibinin mahdud veya gayri mahdud bir hakimiyeti, *maîtrise*, vardır. Aynı haklar, mutlak haklar sınıfına girer; zira hak sahibi

<sup>1</sup> L. 3. pr. de obl. et. act. D. 44. 7: "*obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*" Alman kanunu medenisinin 241 inci maddesiyle mukayese ediniz. Borçlar kanunu bunu tarif etmemiştir.

<sup>1a</sup> Borç mefhumu birbirine karşı iki şahsı ihtiva eder: alacaklı ve borçlu. Aynı sahibi hakka ait olmakla beraber birbirinden ayrı bulunan iki mamelek arasında da borca mümasil bir hukukî münasebet mevcut olabilir. (209) uncu maddenin (II) inci fıkrasına [T. K. M. mad. 205 II] ve (*Egger*, rem 2 c) ye müracaat.

Mütercimlerin notu: -- Mamelek tabiri İsviçre hukukunda Fransa hukundakinden daha geniş bir manada kullanılmakta ve *fonds de commerce* gibi bir gaye etrafında toplanan ve bir vahdet arzeden bileümle hakların ve borçların hey'eti umumiyesi de bir mamelek addedilmektedir.

<sup>2</sup> Aynı haklardan ve alacaklardan başka mamelekte, gayri maddi şeyler üzerinde hukuk ( telif ve ihtira hakları) ve şerik sıfatından mütevellit haklar (esham, şirket hisseleri) de dahil clabilir.

<sup>3</sup> Meselâ Kanunu medeninin 959 uncu maddesine bakınız. [ T. K. M. mad. 919 ]

hakimiyetini, bunu ihlâl eden herkese karşı tanıtabilir. Bilâkis alacak nisbî bir haktır.<sup>4</sup> Alacaklı esas itibarile medyunundan başka kimse ile alâkadar değildir ve alacağı dolayisile üçüncü bir şahıs aleyhinde hiç bir hak istimal edemez. Bu fark en ziyade bir şeyin teslimine müteallik alacaklar da tezahür eder. Müşterinin “şey” üzerinde doğrudan doğruya hiç bir hakkı yoktur; bunu zaptedemez; <sup>a</sup> belki bayie müracaatla malın teslimini talep etmesi lâzımdır. Müşterinin hakkı bir malikin hakkında olduğu gibi bir şeye zilyet olan bütün üçüncü şahıslara karşı tevcih olunamaz. Belki ancak kendi medyununa yani bayie ve bunun varislerine karşı tevcih olunabildiği halde bayiden, hususî halef olmak suretile, *succesur à titre particulier*, malın mülkiyetini almış olana karşı ikame olunamaz<sup>5</sup>. Esas itibarile müstecir *preneur* hakkında da hüküm böyledir. Meğerki kendisi 259 uncu maddenin ikinci fıkrası [T. B. K. mad. 254] ahkâmile himaye edilmiş ola. Bir alacağın, alacaklıya karşı borçlu vaziyetinde bulunmayan bir üçüncü şahıs aleyhinde kullanılması ancak istisnaen vaki olur. Bunun en mühim misali Kanunu Medenin 959 uncu [T. K. M. mad. 919] maddesinde mevzuu bahsedilen tapu siciline şerh *annotation* keyfiyetidir ki Borçlar Kanununun 260 uncu maddesinde [T. B. K. mad. 255] bayie veya müstecire malin müteahhir malikine karşı da haklarını muhafaza imkânını bahşeder <sup>a</sup>.

Borçlar hukuku ile aynı haklar arasındaki fark borçlunun iflâsı halinde de zahir olur. İflâs halinde alacaklı diğer alacaklılarla esas itibarile aynı şeraite tabi tutulur ve binnetice hakkı tenakus eder. Aynı bir hakka malik olan kimse ise bu hakkı her hangi bir üçüncü şahsa karşı olduğu gibi iflâs masasına karşı da istimal eder. Bu da kendine ait bulunan malın tefrik ve tevdiini ( İcra ve İflâs Kanunu madde 242 ) veya kendisine rehin edilmiş olan şeyin satış tutarı üzerinde imtiyazlı olarak kaydedilmesini talep suretile olur. ( İcra ve İflâs Kanunu madde 219 ) [ T. I ve I. K. mad. 201 ]

III Borç, *obligation* kelimesi iki muhtelif manada kullanılır:

1 — Dar mânada, bu tabir mücerret bir alacak ifade eder. Müşterinin

<sup>4</sup> *Allg. Teil*, § 11

<sup>a</sup> a Aşağıda § 46, 95 inci nota müracaat. Kanun borçlunun şahsiyetini nazari dikkate alır; yani alacaklı hakkını istimal etmek için borçludan evvela iradesinin vazifesine muvafık bir tarzda istimalini talep etmelidir. *Allg. Teil I. s. 97.*

<sup>b</sup> *Allg. Teil*, § 46, not 4.

<sup>c</sup> a Aşağıda § 18, VIII numaraya müracaat.

mebiin teslimine ve mucirin bedeli icara müteallik alacakları gibi".

2 — Daha geniş bir mânada iki kimse arasında vaziyeti eşyadan mütevellit olan ve bir veya bir kaç alacak husule getiren bir rabıta ifade eder. Bilhassa bir mukavele dolayısıyla tarafeyn arasında ( ve istisnaen üçüncü bir şahıs lehine ) hâsıl olan bilumum rabıtalar, meselâ satış, icar, şirket gibi muamelât bu kabildendir. Bu suretle geniş mânada kullanılan borca dar mânadaki borçtan tefrik için «borç rabıtası » veya «deyin ratası» (*Schuldverhältnis*) denilebilir.<sup>1</sup>

Atideki noktalar anlaşılırsa borç, *obligation*, kelimesinin iki mânası arasındaki fark açıkça göze çarpar:

(a) Borç rabıtasının ancak bir alacak tevhit etmesi istisnaen vaki olur. Meselâ faizsiz ikraz ve gayri meşru bir fiilden mütevellit zarar ve ziyan gibi. Kaideten bu rabıtada birden fazla alacak bulunur; iki taraflı rabıta bilhassa tarafeynden her birinin alacaklarından müteşekkildir.

Geniş mânada bu borç rabıtası bundan maada kendisine merbut olmak üzere alacağın ferî hakları *droit accessoire* \* denilen hukuk ve yeni hukukî bir vaziyet ihdas eden bir hakkı (*Gestaltungsrechte*) *droits formateurs*<sup>2</sup> müstemildir. İcarda, hizmet aktinde ve şirkette ihbar hakkı, beyide ve istisna aktinde *contrat d'entreprise* fesih hakkı gibi.

(b) Şart veya müddet tayin edilmediği taktirde borç rabıtası aktin inikadile hâsıl olur. Alacaklar meselâ peşin satışta olduğu gibi borç rabıtası ile aynı zamanda hâsıl olabilir. Fakat faizler ve bedeli icar için olan alacaklarda olduğu gibi muahhar bir zamanda ve müddetleri geldikçe de hâsıl olabilirler. Bazan alacak, ancak borç rabıtasının devamı müddetince başka vakiaların husulile ( vekilin vekâleti ifa için yaptığı masrafların

<sup>1</sup> Daha dar bir manada, bilhassa esham ve tahvilat hukukunda (*droit des actions*), *obligation* kelimesinden, ( borçlar kanunu madde 656 fasıl 7 ), gayri menkul rehinle temin edilmiş tahviller (kanunu medenî madde 875) [T. K. M. mad. 844], tahvil hamiline ait hisse «*part obligatoire*», bir karzdan mütevellit olan ve umumî bir istikrazın bir kısmını teşkil cyleyen bir alacak (ve bunu müsbet senet) anlaşılır.

Mütercimlerin notu: — Hukukî istilahlarımızda bu manadaki «*obligation*», mukabili olarak «tahvil», kelimesi kullanılmaktadır.

<sup>2</sup> Alman kanunu medenisinde *Schuldverhältnis* kelimesi hem taraflar arasında mevcut ve bir akitten mütevellit münasebetlerin heyeti mecmuası hem de bir tek alacak manasında kullanılmaktadır. Allg. Teil § 5 not 8.

\* Aşağıda X numaraya müracaat.

<sup>2</sup> Aşağıda § 3 II numaraya müracaat.

istirdadı alacağı) ve yahut borç rabıtasının hitamile (ikrazda sermayenin istirdadı alacağı gibi) meydana gelir.<sup>10</sup>

(c) Kaideten alacaklar 164 üncü ve müteakip maddelere [T. B. K. mad. 162] göre devrolunabilirler. Bir borç rabıtası ise aralarında bulunduğu şahıslar için devam eder. Meselâ mucir bir veya birkaç bedeli icarı başkasına devredebilir. Fakat bununla beraber mucirlik vaziyeti hukukiyesini muhafaza eder. Fesih hakkı kendisinde kaldığı gibi mucire düşen borçlarla da mükellef olur<sup>11</sup>.

(d) — Alacaklar 68 inci ve müteakip maddeler mucibince [T. B. K. 67] ifa *exécution* ile ve üçüncü bapta 115 ve müteakip maddelerde [T. B. K. mad. 113] tespit olunan *ibra remise*, *tecdit novation*, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi *confusion*, ifanın mümkün olmaması *impossibilité de l'exécution*, tekas *compensation*, ve müruru zaman *prescription* gibi sebeplerle hitam bulur. Borç rabıtaları için ise başka sukut sebepleri vardır. Müddetin hitamı, fesih, rabıtai hukukiyenin doğurduğu bil'umum vecibelerin ifasından mütevellit tasfiye (*liquidation*) gibi.

Sukut sebeplerindeki farktan dolayı bazen bir alacak kendisini husule getiren borç rabıtasının zevalinden sonra da devam eder. Meselâ ücret için mevcut bir alacak, tediye ve sair bir suretle itfa olunmadığı takdirde hizmet rabıtası hitam bulmuş olmasına rağmen devam eyler<sup>[12]</sup>.

IV — Borçlunun birşey yapmağa veya yapmamağa mecbur olması borcun esasıdır<sup>13</sup>. Hukukî vazife mefhumu<sup>14</sup>, hukuk ve ahlakta müşterek olan «insan harekâtında bazı kaidelere riayet edebilir ve etmelidir» fikrine istinat eyler. Hukukî vazife, hukuk sistemi tarafından bir

<sup>10</sup> Bir kukukî münasebet, tarafların bilahara aralarında zuhur edebilecek vakaların hukukî neticelerini, muamelenin bir şartı olmak üzere, evvelden tespit etmeleri halinde de (hiç biri için henüz bir hak doğmamaksızın) tezahür edebilir.

<sup>11</sup> Ancak bir gayri menkulün satışı halindedir ki bir iareden mütevellit borç rabıtası 259 uncu maddenin ikinci fıkrası [T. B. K. mad. 254 II] mucibince bunu iktisap edene geçer.

<sup>12</sup> Ariyette, ariyet verenin alacağı, âriyet alanın vefatı, ariyetten doğan borç rabıtasının hitamile hasıl olur. Mad. 311 [T. B. K. mad. 305] dolayısıyla *Oser*, istirdat alacağının ariyet akdinden değil belki varisin, hakikatte mevcut olmıyan, haksız mal iktisabından doğduğunu söylemekle hata etmiştir.

<sup>13</sup> İstisnaen bir alacak, bir borçlu mükellefiyeti ifaya mecbur olmadığı halde bile devam edebilir. Aşağıda 59 uncu nota müracaat.

<sup>14</sup> *Allg. Teil 4.*

ferde verilen ve ifası mecburî olan bir emir suretinde tasvir edilebilir. Buna bir âmir hüküm (*imperatif*) denilir. Hukukî vazife ahlâkî vazifeden şu noktada ayrılır : Hukukî vazifeye riayet esas itibarile ve her ne kadar daima tesirli olmasa bile, devletin haricî kuvvetleriyle temin olunur. ( İfa, zarar ve ziyann, ceza gibi.)

Bir hakkın iktisap veya ziyayı için kanunun bir hareketi şart koyduğu hallerde dahi yanlış olarak vazifeden bahsolunur. Mesela müşterinin kusurları ihbar vazifesi (madde 201) [T. B. K. mad 198], zarara uğrıyan kimsenin zarara mani olmak veya onu azaltmak vazifesi (madde 44 II) [T. B. K. mad. 44 II],<sup>15</sup> borçlunun iflâsı halinde alacaklının alacağı nı kaydettirmek vazifesi (madde 511) [T. B. K. 502] gibi. Bunların hakikî vazife olmadıkları, ifa edilmemeleri halinde alelâde bir vazifenin ihlalindeki netaicin hasıl olmamasından anlaşılır. Hasım tarafın, tarafı diğeri bu muameleleri ifaya icbar için ne hakkı ve ne de hakkı davası yoktur. Bu vezaifi ifa etmiyenler zarar ve ziyan itasına mecbur olmazlar. Mamafih müşteri, mebiddeki kusurlardan dolayı bayie karşı haiz olacağı hakkı, zarara uğrıyan tarafta, zarar ziyan hakkını ve alacaklı isekefile karşı olan alacağını kaybeder; çünkü bu hakların doğumu ve muhafazası için muktezi olan şart tahakkuk etmemiştir. Bu muameleler bir vazifeyi ifa için değil alâ-kadarın menfaati icabı, bir hakkın ziyana mani olmak maksadile icra olunur.<sup>16</sup> Sigorta hukukunun ihbara lüzum gösterdiği ahvalde de böyledir. Sarih bir ifade ile bunlara vazife değil belki sigorta edilene veya edene müteveccih külfetler (*Obliegenheiten*) demek lâzım gelir.<sup>17</sup> Hukuki vazife ve külfetler şu noktada yekdiğerine yaklaşırlar: Her iki halde de bir fiilin ifa edilmemesi hukuki bir mahzuru daidir. Bir külfetin ifa edilmemesinin, kusur neticesi olup olmadığını tetkik lâzım geldiği hallerde aralarındaki müşabehet daha fazlalaşır.

Vazife mefhumu borçlar hukuku sahasını tecavüz eder. Filhakika hukukî vazife daima bir borça istinat etmez.

<sup>15</sup> Aşağıda 14 § not 4'e müracaat.

<sup>16</sup> 193 üncü maddenin birinci fıkrası (T. B. K. mad. 190 I.) hükmüne göre davanın ihbarı bayie bir vazife tahmil eder, fakat ikinci fıkraya nazaran eğer bayi bazı hukuki mahzurlara maruz kalmak tehlikesini kabul ederse işbu ihbarı nazarı itibara alımyabilir.

<sup>17</sup> *Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts*, eilt II, §. 24; *Röllli Kommentar zum VVG*, mad. 4 mütalâa 2; *Schönenberger, Eigenes und fremdes Verschulden*, Fribourg, tez, s.30 ve mab.

1 — Umumî menfaat mülâhazasile, kanun veya bir merci vatandaşlara müteaddit vazifeler tahmil eder. Meselâ, ceza tehdidi altında bulunan bir fiili işlememek vazifesi; ev reisinin, istihtam edenlerin, ve hayvanları muhafaza eden kimselerin nezaret vazifeleri; (Kanunu Medenî madde 333) [T. K. M. mad. 320], (Borçlar Kanunu madde 55 ve 56) [T. B. K. mad. 55 ve 56] yahutta ne şekilde olursa olsun tehlikeli bir iş görülürken muktezi tedbirlerin<sup>18</sup> ittihazı vazifesi gibi. Bu nevi hallerde resmî bir merci tarafından te'kit edilebilen bir vazifedir<sup>19</sup>. Fakat alacaklı mevcut olmadığından borç yoktur. Ancak bu vazifelerden birinin ifa edilmemesi bir zarara sebep olduğu hallerdedir ki zarara uğrayan taraf için zarar ziyan alacağı ve fail için de borç mahiyetinde bir vazife doğar<sup>20</sup>.

2 — Herkese terettüp eden vazifeler arasında diğerlerinin mülkiyetine veya sair aynî haklarına her türlü tecavüzden içtinap vazifesi de görülür. Bu vazifeler ortada muayyen alacaklı olmadığından borç addolunamazlar. Ancak bir kimse haksız bir tarzda diğer bir kimsenin mülkiyetine tecavüz ettiği haldedir ki bu kimse ile malik arasında şu şekilde bir rabita hasıl olur:

a - Bir alacak: malik, zararın failinden eski vaziyetin hakka muvafık bir tarzda iadesi için ya zarar ve ziyan veyahut diğerinin mülküne zarar ikai suretile elde edilen iktisabın iadesi şekillerinde bir bedel talep eder.

b - Aynı mahiyette bir iddia, *dinglicher anspruch*, bir mala vâzuyet olan kimse aleyhine istihkak davası *vindicatio*, veya malikin zilyetliğine müdahale eden kimse aleyhine men'i müdahale davası (*actio negatoria*) (Kanunu Medenî madde 641 II), [T. K. M. mad.618]<sup>21</sup>. Bu iddialar alacak değildirler<sup>22</sup>. Filhakika malikin talep ettiği şey bir bedel, bilhassa hasım tarafın mamelekenden alınacak bir bedel değildir. Malik ancak hakkı mülkiyetinin hudutsuz istimaline hasım tarafın riayet etmesini talep eder.

<sup>18</sup> *Tribunal Fédéral (Recueil officiel des arrêts)* 21. s. 622

<sup>19</sup> Meselâ (59 II) maddeye bakınız. [T. B. K. mad. 59 II]

<sup>20</sup> Bazı ahvalde yalnız tehlikenin mevcut olması, tehlikeye maruz olan şahıs aleyhine, failin tehlikeyi izale için tedbir almasını talep hakkını hasıl eder.

<sup>21</sup> Maksatları zilyetliği himaye olan iddialar dahi zarar ve ziyana müteallik olmadıkça aynı mahiyettedirler. ( Kanunu Medenî madde 927 ve 928 ) [ T. K. M. mad. 895, 896 ] Zilyetlik hakkı iddiaları da böyledir. ( Kanunu Medenî madde 934 ve 936 ) [ T. K. M. madde 902, 904.

<sup>22</sup> *Allg. Teil*, § 15 not 4.

İstihkak iddiasile malik hasım taraftan mülkü istirdat edebilir, men'i müdahale davasile de her türlü müdahale harekâtına nihayet verdirir<sup>23</sup>. Aynı iddiaların alacak olmadıkları, hasım tarafın iflâsı halinde pek açık bir surette görülür. İstihkak iddiasile malik, masanın mülkü kendisine iadesini talep edebilir. Halbuki zararuziyan veya haksız mal iktisabı alacakları masaya karşı mevcut diğer alacakların ahkâmına tabidir.

3 — Karı ve kocanın şahsî vazifeleri ( Kanunu Medenî madde 159 ve müteakıp maddeler ) [ T. K. M. Mad. 151 ] borçlardan madut değildir.<sup>24</sup> Bu vazifeler, hukuk sahasını tecavüz eden ahlâkî esasları, ve muhtevaları<sup>25</sup> ve ihlâllerinden mütevellit hukukî neticeler itibarile borçlardan ayrılırlar<sup>26</sup>. Ana ve babanın çocuklarına karşı vazifeleri de böyledir. ( Kanunu Medenî 271 ve müteakıp maddeler ) [ T. K. M. mad. 260 ]<sup>27</sup>. Çocuğun itaat vazifesi ( K. M. 275 ) [ T. K. K. mad. 264 ] hali hazır hukukunda bile, hukukî şekli borçlar hukukundan ziyade aynî haklara yaklaşan babalık kudretinin mukabilidir. Mülkiyet gibi bu kudret de hukukî vasıtalarla ancak üçüncü şahıslara karşı<sup>28</sup> himaye olunur ve esas itibarile icabı halinde vasayet makamı tarafından ittihaz olunan tedbirlerle ( K. M. mad. 284 II ) [ T. K. M. mad. 273 II ] tekid edilen babanın salâhiyetine

<sup>23</sup> Hasım taraf iade masrafları ile mükellef değildir. Meğer ki mülkü eline geçirirken bir kusur işlemiş ola. Bir mülke karşı olan müdahalenin izalesi için yapılan masraflar için de ahkâmı umumiye bu esası kabul eder.

( Windscheid § 198 mütalâa 3 ve 4 ); bil'akis Alman Kanunu Medenisinin 1004 üncü maddesi bütün bu masarifi müdahale edene tahmil eyler. *Allg. Teil* § 15, not 33 e bakınız; *Wolff, Sachenrecht* § 87 I, 3. Kanunu Medenisinin 679 uncu [ T. K. M. 656 ] maddesine göre de aynı sureti halli kabul icap eyler.

<sup>24</sup> *Allg. Teil* § 6 III

<sup>25</sup> Kanunu Medeninin 159 uncu maddesinde [ T. K. M. mad. 151 ] mevzuu bahis vazifeler bir akte müstenit olamazlar.

<sup>26</sup> Kanunu Medeninin 169 uncu [ T. K. M. mad. 161 ] maddesi mucibince hâkimin emrettiği tedbirler ve en son olmak üzere boşanma. Fikrimce aile hukuku vazifeleri borçlar hukukunun karakteristik müeyyidelerine malik değildir.

<sup>27</sup> Fikrimce bir çocuk noksan terbiye veya nezaret dolayısıyla maddî veya manevî bir zarara uğradığı taktirde ana ve babasından zarar ve ziyân talep hakkına malik değildir. Bu gibi hallerde zararın izalesi ana ve baba tarafından muavenet vazifesinin ağırlaşması ve vefatlarından sonra da Kanunu Medeninin 631 inci maddesinin ikinci fıkrasının [ T. K. M. madde 608 ] tatbikile olur.

<sup>28</sup> Kanunu Medeninin 275 inci maddesi birinci fıkrasına II [ T. K. M. madde 264 ] müstenit bir dava,

tabi olanlara karşı istimal edilir<sup>29</sup>. [M. N. 1]

V — Bazı borçlar menşeleri itibarile borçlar kanununda mevzu bahis edilmemişlerdir<sup>30</sup>.

1 — Aynı haklar meyanında (Kanunu Medenî madde 938 ve müteakip maddeler), [T. K. M. mad. 938] bir diğer kimseye ait mülkün zilyetliğinden mütevellit alacaklar da bulunur. ( tazminat, menafi ve masraf )

2 — Aile hukukunda karı ve koca yahut akraba arasında nafaka alacakları ve karı koca mallarının sureti idaresinden mütevellit alacaklar.

3 — Miras hukukunda bir vasiyetten mütevellit alacak.

4 — Şahsın hukukunda cemiyetle azâları arasındaki borç rabitaları. (Kanunu Medenî madde 71) [T. K. M. mad. 64 ]

VI - Alacaklının, ifası lâzım geleni (*prestation due*) talep hakkı borçlunun borcuna tekabül eder. Bu talep ya gayri resmî olarak bir ihtarla veya resmî olarak bir dava ikamesile yapılır. Bedelin ifasını talep hakkına mutalebe ve iddia *pretention* denilir. <sup>31</sup> Bu hak alacağın esaslı bir unsuru, alacağın alacaklıya verdiği en mühim bir salâhiyettir. Görülüyor ki

<sup>29</sup> *Naef, Unterlassungsanspruch* namile yazdığı tezin 17 inci sahifesinde ana babanın tedip hakkına riayet ettirmek için bir çocuk aleyhine dava ikame olunabileceğini kabul ediyor. Fikrimce, bir mahkemenin 284 üncü maddede [ T. K. M. mad. 274] mevzu bahis vesayet makamına müracaat yerine bu davayı kabul edebileceği şüphelidir. Böyle hükümlerin infazını tasavvur edemem.

[ M. N. 1 ] — Müellifin bundan maksadı borçlar hukuku ile aile hukuku arasında karakteristik farklar olduğunu göstermektedir. Filhakika borçlar hukukunda hak sahibi salâhiyetlerini ancak borçluya karşı kullanabildiği halde aile hukukunda hak sahibi salâhiyetlerini üçüncü şahıslara karşı da istimal edebilirler. Saniyen borçlar hukukunda alacaklı ile hakkın mevzuunu teşkil eden şey arasında doğrudan doğruya bir rabıta mevcut olmadığı ve alacaklı salâhiyetlerini ancak borçlu vasıtasile kullandığı halde aile hukukunda hak sahibi salâhiyetini doğrudan doğruya hakkın mevzuu üzerinde istimal edebilir. Burada da baba kudretlerini doğrudan doğruya küçük üzerinde istimal ettiği ve araya bir mutavassıt girmediği cihetle bu salâhiyet bir alacaktan ziyade bir aynı hakka müşabihdir.

<sup>30</sup> Alman hukuku için *Gierke*, § 175 I e bakınız.

<sup>31</sup> *Pretention* mutalabe ( iddia ) kelimesi Hukuk Usul muhakemesinde daha geniş fakat daha az kat'i bir mânada kullanılmıştır. Bu kelime, maksat müdde aleyhinin bir hususu ifa veya ademi ifası olmasa bile her hangi bir talep mânasına gelir. (*Feststellungs* ve *Gestaltungsklagen*) de olduğu gibi. Aşağıda § 3 not 22 ye bakınız.

hukukî nazarıyatta mutalabe ile alacak alelekser aynı şey addolunur<sup>32</sup>. Ve hattâ kanunda bile bu tabirlerden biri diğeri yerine kullanılır<sup>33</sup>. Mamafi borcu daha ince olarak tahlil edersek mutalabe ve alacak mazmunları arasında bir tefrik vücade getirebiliriz<sup>34</sup>. Çünkü, evvelâ ve bilhassa, bir alacağa istinat etmiyen ve mutlak hakların istimaline hizmet eden mutalebeler vardır. Hususile yukarda zikrolunan aynı iddialar. Sonra borçlar hukukunda mutalebe alacakla aslâ karışmaz. Aralarında iki noktada fark görülür:

1 — Bedelin alacaklıya karşı ifası lâzım geldiği anda alacak vücut bulur. Mutalebe ise ancak alacaklı bedelin ifasını talep edebildiği yani alacağın kabili talep bir hale geldiği zamanda vücade gelir<sup>35</sup>.

2 — Mutalebe, alacağın alacaklıya verdiği en mühim bir salâhiyettir. Fakat yegâne salâhiyet değildir:

(a) — Alacaklı bir dava açıp hüküm istihsal ederse icra tarikile hakkını istifa edebilir. Cebrî icra tarikinde borçludan hiç bir bedelin ifası talep olunmaz. Ve kendisini bedeli ifaya cebre de teşebbüs edilmez;<sup>36</sup> alacaklı kendisine karşı ifası lâzım gelen şey'i, talebi üzerine, icra makamının ittihaz ettiği tedbirlerle elde eyler. Alacaklının icra hakkı bir mutalebe değil, borçlunun mamelekenden istifaya vasıtaadır ki alacağa istinat eder<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> *Ennecerus* § 204 I 1 e bakınız. Borçlar Kanunu için de *Naef* in *Untertassungsanspruch* nam eserinin 28 inci sahifesine müracaat.

<sup>33</sup> Alman Kanunu Medenisinde mutalebenin *Pretention* tarifi § 194 alacakla *creance* § 241 karışmaktadır. Borçlar Kanunu ne *Forderung* ve ne de *Anspruch* kelimelerini tarif etmeyip bunlardan birini diğerrinin yanında kullanır. Ve bu istilahlardan niçin bazan birini ve bazan da diğerrini kullandığını anlamak ta mümkün olamaz. *Creance*, *Forderung* un kullanıldığı (128, 139, 130) uncu maddelere ve *droits*, *Anspruch* den bahseden (67, 133, 139, 371) inci maddelere bakınız. Hukukî istilahlardaki bu vuzuhsuzluk karşısında, nazari bir hukuk kitabında *Anspruch* kelimesine kat'i bir mâna vermeğe müsaade olunabilir. Şüphesiz bu suretle, kelimenin kullanıldığı maddelerin tefsirinde bu mânadan neticeler çıkarılamaz.

<sup>34</sup> *Allg. Teil.* § 15 II

<sup>35</sup> *Ständerer* 2 ve 3 § 198; *Allg. Teil.* § 15 VII; *Planck*, 5 d, § 194 den evvel. Borçlar Kanunu için *Naef* e s. 29 a bakınız.

<sup>36</sup> Ancak para cezası veya hapisle tehdit hallerindedir ki medyun icra tarikile hükme muvafık tarzda harekete cebrolunur.

<sup>37</sup> *Allg. Teil.* I s. 111, 176, 261

(b) Alacaklı hakkını cebri icra tarikle istifa salâhiyetinden mada alacağıının ademi icrası veya geç icrası hallerinde ve boçrlu kusurlu oldukça, bir zarar ve ziyan mütalebe etmek hakkına da maliktir. (madde 97,103) [T.B.K. mad. 102 ve 96] Umumiyet itibarile alacaklı hakkını cebren istifa etmek veya zarar ve ziyan ile iktifa eylemek ihtiyarına maliktir. Filen icra imkânsız olduğu zaman alacaklı zarar ve ziyanla iktifaya mecbur olur<sup>38</sup>.

(c) Alacakta, hakkı hıyar (madde 72) [T. K. M. mad. 71], bir mühlet tayin etmek hakkı (madde 107) [T. B. K. mad. 106], ihbarla bir alacağı muaccel bir hale getirmek hakkı (madde 318) [T. B. K. mad. 312], takas hakkı *compensation* (madde 120) [T. B. K. mad. 118] gibi yeni vaziyetler husule getirebilen haklar da *droits formateurs*<sup>39</sup> dahil olabilir. Bu salâhiyetler mutalebe mahiyetinde değildirler, alacaklı borçludan bir şey talep etmez belki arzu olunan neticeyi kendi muameleleriyle elde eder<sup>40</sup>.

(d) Alacak, alacaklı için bir defa *exception*,<sup>41</sup> yani, kendi bedelinin ifasından imtina için alacağını öne sürmek hakkını tevhit edebilir. Meselâ 82 inci madde [T. B. K. mad. 81] mucibince iki taraflı bir akitte, alacaklı, alacağı ifa olunmadığı veya alacağın ifası teklif edilmediği müddetçe kendisine düşen bedeli icradan imtina edebilir.

(e) Umumiyet itibarile alacak kendisinde istenildiği şekilde tasarruf salâhiyetini de ihtiva eder. Meselâ ibra veya tecil, temlik ve terhin, borçluyu beri kılacak tarzda bedelin kabulü gibi. Alacaklı, vekâletle, salâhiyetlerinin istimalini bir üçüncü şahsa nakledebilir<sup>42</sup>. Esasen alacakta dahil olan, alacağı istifa salâhiyeti<sup>43</sup>, istisnaen, alacaklıya değil fakat,

<sup>38</sup> Aşağıda § 4 not 12 ye bakınız.

<sup>39</sup> Aşağıda § 3 e bakınız. ( Yeni vaziyetler husule getirebilen haklar)

<sup>40</sup> Diğer *Gestaltungsrechte* Alacakta değil borç rabitasında dahildirler. Meselâ icarın ve hizmet aktinin hitamında âmil olan mühlet gibi.

<sup>41</sup> Aşağıda § 3 not 41 e bakınız.

<sup>42</sup> Kanunu Medeninin 641 inci [T. K. M. Mad. 618] maddesi mülkiyetin esaslı unsurları arasında istenildiği gibi tasarruf salâhiyetini de tadat etmektedir. Bunun alacak ve diğer haklar için de aynı suretle kabulü lâzımdır.

<sup>43</sup> Vekâlet alacağın bahşettiği bütün salâhiyetlere şamil olabilir. Fakat bu yalnız mutalebeye, bilhassa dava ikamesi hakkına veya alacağı muayyen bir şekilde istimalle meselâ istifa veya temlike de münhasır olabilir.

<sup>44</sup> *Allg. Teil* I s. 142

bilhassa üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelelerde, (Madde 112) [T.B.K. mad. 111] bir üçüncü şahsa ait olabilir.<sup>45</sup>

VII — Mutalebe, borçlunun şahsına karşı dermeyan olunur. Alacaklı borçlusundan bir bedelin *prestation* ifasını talep eder. Fakat icra vasıtaları alekser borçluya karşı değil belki mamelekine karşı istimal olunur<sup>46, 47</sup>. Borçlu borcunu arzusuyla ifa etmezse alacak icra uzuvlarının muavenetile istifa olunur. Borçlunun mamelekinden bazı eşya alınır ve eğer bunların aynen ifası lâzımsa alacaklıya verilir, ve eğer bir nakdî deyin varsa bunlar alacaklı menfaatine paraya tahvil olunurlar. Borcun hukukî tahlili yapıldığı zaman yalnız mutalebeye değil, belki ekseriya olduğu gibi, mutalebenin tatbik vasıtası olan icraya da tesadüf olduğundan alacağı borçlunun şahsına karşı bir hak olmak üzere umumiyetle yapılan tarifin doğru olmadığı meydana çıkar<sup>48</sup>. Alacağın mevzuu evvelâ borçlu ve saniyen, kendisi mahkûm olup ta mükellefiyetini ifa etmediği zaman, mamelekidir<sup>49</sup>.

Cebrî icra halinde alacaklının vaziyetine maruz olan bir mamelekin hukuki vaziyetine mes'uliyet denilebilir<sup>50</sup>. Alacak, borçlunun bir borçla mes'uliyetinden, yani mamelekile mes'ul olmasından ibarettir. Hali tabiiide mes'uliyet bir borçla beraber bulunur. Borça da ekseriya mes'uliyet denilir, bilhassa arızî bir zararı tazmin borçu böyledir. Meselâ «borçlu arzusu ile veya ihmali ile kendi veya diğerinin kusurundan mütevellit zararlardan mes'uldür» denilir. (madde 55, 56, 99, 100) [T. B. K. 55,56,98,99] Bununla bilriza ifa olunmadığı takdirde borçlunun mamelekinden istifa olunan alacak kastedilmektedir.

Kaideten mes'uliyet borçlunun icra esnasında tasarruf ettiği bütün mamelekine şâmindir. Ancak hususî esbaptan dolayı haciz veya alacaklının diğer teşebbüslerinden hariç addedilen anasır müstesnadır<sup>51</sup>. Borçun doğumundan sonra borçlunun mamelekine ilâve olunan şeylerden dahi, ala-

<sup>45</sup> Üçüncü şahsın aktin icrasını talep edemediği halde mutalebe ve istifa iki muhtelif şahsa ait olur. Mutalebe alacağın esaslı unsuru olduğundan bu kime aitse asıl alacaklı odur.

<sup>46, 47</sup> Bir şey'i yapmak veya yapmamak borcunun nakdî tazminat veya hapis tehdidile istifası hali müstesnadır. Borç için hapis usulü carî olduğu müddetçe, eski hukukta başka türlü idi. Mutalebe borçlunun şahsına karşı dermeyan olunabildiği gibi icrada borçlunun, şahsını tazyik ederdi.

<sup>48</sup> Yukarda üç numaralı nota bakınız.

<sup>49</sup> Bu sebeptendir ki alacağın kıymeti bir taraftan borçlunun şahsı ( müstahak olduğu itimat derecesi ), diğer taraftan da servetinin miktarile mütenasiptir.

<sup>50</sup> *Allg. Teil* § 4 VI

<sup>51</sup> İcra ve İflâs Kanunu madde 92 ve 93 [ T. İ. İf. K. 71, 72 ]

caklı bunları evelce hesaba kstmamış olsa bile, hakkını istifa edebilir<sup>52</sup>.

Üzerlerinde bir rehin hakkı bulunmadığı veya İcra ve İflâs kanununun 285 ve müteakip maddelerinde zikrolunan iptal davasile istirdat olunmadıkları takdirde icradan evvel bir borçlunun mamelekenden çıkan unsurlar artık alacaklı için bir karşılık teşkil etmezler<sup>53</sup>. Ekseriya, borçlunun bütün mamelekine şamil olan mes'uliyete (Kanunu Medenî 220) [T.K.M. 216] şahsı mes'uliyet denilir ve borçlunun şahsiyle mameleki kastolunur. Halbuki gayri mahdut mes'uliyet tabiri daha doğrudur.<sup>54</sup>

İstisnaen, bazı alacakların istifade ettikleri mes'uliyet mamelekin muayyen bir kısmile mahdut olur. Meselâ gayri menkul mükellefiyeti, (Kanunu Medenî madde 782) [T.K.M. 754], ve irat senedi (Kanunu Medenî madde 847) [T.K.M. mad. 817] bir gayri menkulün halihazırdaki sahibinin borçlarıdır ki bunların ifası için ancak mutasarrıf olduğu gayri menkul ile mes'uldür. Aynı suretle Kanunu Medenin 208 ve 221inci [T.K.M.204 ve 217] maddeleri mucibince bir kadının muayyen borçları ancak mahfuz mallarından istifa olunabilir.<sup>55</sup> Hazine dahi varis olmak sıfatile ancak tevarüs ettiği şeylerle mes'uldür. (Kanunu Medenî, madde 592) [T.K.M. 571]<sup>56</sup>.

İcranın, mamelekin ancak muayyen anasına (meselâ ancak menkulâta) tatbik edilebileceği yahut ta bu mamelekin muayyen unsurlarına şamil olamayacağı tekrarrüt ettirilerek mukavele ile de, mahdut bir mes'uliyet<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Müstakbel mallar üzerindeki mes'uliyet, tarafların iradesile ortadan kaldırılamaz; hatta hibe ve vasiyet edenler dahi verdikleri malların iktisap edenin borçlarına karşı mes'ul olamayacağını şartedemezler. Borçlar Kanununun 519 uncu [T. B. K. 510] maddesi kaydı hayat ile iradda buna bir istisna vazetmiştir. Bilâkis bir teberru, iktisap edenin alacaklısı, verilen emval üzerinde haklarını istimalte teşebbüs ettiği taktirde hükümsüz olacağı veya teberru edilen emvalin asıl sahibine avdet edeceği şartı infisahisine mukarın olarak yapılabilir.

<sup>53</sup> Kanunu Medenin 717 inci [T. K. M. mad. 690] maddesi mucibince istisna olunanlar da böyledir.

<sup>54</sup> [Almanca tabirlere taallük eden bu not hazfedilmiştir]

<sup>55</sup> [Almanca tabirlere taallük eden bu not hazfedilmiştir]

<sup>56</sup> 592inci [T. K. M. 571] madde mühimdir. Hazinenin vecibesi terekenin nakdî kıymetinin fevkine tecavüz etmiyeceği zannedilebilir. Fakat bu maddeden, terekenin borçlarından dolayı tecezzi etmiyen bir vecibe mevcut bulunduğu ve ancak bu borçların ifası, terekenin mallerile mahdut olduğu anlaşılmalıdır.

<sup>57</sup> *Allg. Teil I* s. 326; *Planck*, şerh II s. 30; *Gierke*, s. 38; *Reichel*; *Oser*, III 2, 1.

tesisi mümkündür<sup>58</sup>. Bil'akis terekenin resmen tasfiyesi halinde mevzuu bahis olan şey, 593 üncü maddenin üçüncü fıkrasının [ T. K. M. 572 ] metninden zannolunacağı gibi, bunun mahdut mes'uliyeti değil belki varise ait bütün borçların hükümsüz olmasıdır<sup>59</sup>. Bu keyfiyet tasfiye esnasında varisin takibi mümkün olmamasından istidlâl olunur. M. N. Müteveffanın borçları için<sup>60</sup> terekenin ancak bir mes'uliyeti kalır. Varis değil, tasfiye memuru, alacaklıların haklarını tesviye eder. Bununla beraber varisin terekeye karşı olan alacaklarla mes'uliyetinden bahsedilmesi müteveffanın borçlarının artık varisin mamelekinden bir kısım teşkil<sup>61</sup> eden tereke üzerinden istifa olunmasından ve tasfiye kapandıktan sonra varisin kalan borçlarla da mes'ul olmasından ileri gelir.<sup>62</sup> Mevcudu borca yetişmeyen bir terekenin iflâs usulüne göre tasfiyesi halinde de böyledir.

Mahdut bir mes'uliyet tevhit eden alacaklılardan medyunun borcu bir haddi azamla<sup>63</sup> mes'elâ (madda 493) [T. K. M. 484] kefalette muayyen bir miktarla tahdit edilmiş alacakları ayırmak lâzımdır. Bu gibi ahvalde bazen kemiyeten mahdut bir mes'uliyetten bahsolunur. Hakikati halde mahdut olan borçtur; fakat bu borcun şamil olduğu derecede borçlu bütün servetile mes'uldur.<sup>64</sup>

Borclunun mameleki yanında bir üçüncü şahşın mameleki de mes'ul

<sup>58</sup> Alacaklı malik olduğu adli tazyik vasıtalarının tahdidini pek arzu etmediğinden bu nevi mukavelelere nadiren tesadüf olunur. Meselâ: bir varis miras üzerindeki mes'uliyetin tahdidi şartile bir deyni tanıyabilir, (*Trib. d'Empire* s. 90 ve 93) mal ortaklığı halinde, mes'uliyetin mahfuz mallarına inhisarı şartile zevcin borç tanınması da böyledir.

<sup>59</sup> *Tuor* 7. ad. mad. 593

[M. N.] Hukuku hazıramızda mirası kabul eden bir mirasçı aynen müteveffa gibi bütün mamelekile borçlu olur. Halbuki miras reddedildiği veya resmî tasfiyeye tabi tutulduğu taktirde mirasçı bu suretle mes'ul olamayacağı için kendisinin mirasçı sıfatile alacaklılara karşı olan borçları hükümsüz bir hale gelmiş demektir.

<sup>60</sup> Madde 596 I [ T. K. M. 575 I ] tasfiye memurunun müteveffanın teahhütlerini ifa mecburiyetinde olduğunu vazıh bir surette söylemektedir.

<sup>61</sup> Ancak tereke mütebakisinin kendi mamelekinde husule getirdiği ziyadeden.

<sup>62</sup> Roma hukukundan misaller: *actio de peculio* ve borçlunun borcuna ait *sub beneficio inventarii*, *Dernburg* II § 14; III § 171.

<sup>63</sup> Kanunu Medenin 590 inci maddesinin ikinci fıkrasında [ T. K. M. mad. 569 II ] mezkûr halde varisin borcu tereke dolayısıyla servetinde vaki tezayüt miktarile mahduttur. Fakat bu borçtan mütevellit mes'uliyet varisin bütün servetine şamil olur. Kanunu Medenin 188 inci maddesi [T. K. M. mad. 180] ikinci fıkrasında tahdit olunan borçlarda da böyledir.

olabilir.<sup>64</sup> meselâ mal ortaklığı halinde kanunu medeninin 219 uncu [T. K. M. 215] maddesi mucibince kocanın mahfuz mallarına ilâveten karı ve kocanın müşterek malları, kocanın bütün borçları için mes'uldür. Bundan başka rehin olarak verilen şey borçlunun mamelekine dahil olmadığı halde bile alacaklıya karşı mes'uldür.

VIII. Borçlunun müteaddit alacaklıları olduğu zaman esas itibariyle alacaklar, doğum zamanları nazarı dikkate alınmaksızın<sup>65</sup>, aynı kuvveti haizdirler. Aynı zamanda iki alacaklının borçlusu olan kimse meselâ, aynı şeyi her ikisine de vermeğe mecbur olduğundan, borcunu, bunlardan ancak birine karşı eda edebilirse diğerine zarar ve ziyan tediyesine mecbur olur. Her bir alacaklı, diğerinden müteessir olmaksızın, mameleki alacaklıların müşterek rehni olan borçluya karşı dava ikame edebilir ve icrai takibatta bulunabilir.

İflâsın açılması halinde vaziyet değişir. O zamanda borçluya ait bulunan ve iflâsı esnasında tarafından iktisap olunan bütün mamelek, haczi caiz olmıyan şeyler müstena olmak üzere,<sup>66</sup> iflâs masasını teşkil eder ve bu anda mevcut bulunan alacaklılara karşı, alacakları nisbetinde müştereken mes'ul olur.<sup>67</sup> Tediye olunmıyan kısım için müflis borçlu kalır ve bunu iflâsın kapanmasından sonra iktisap eylediği mamelekinden tediye eder. Meğer ki bir konkordato ile bundan ibra edilmiş ola.

IX. Hukukî hayatta borca teveccüh eden vazife tetkik edildiği zaman görülür ki bu münasebet dahilinde bile borçlar aynı haklarla tezat teşkil ederler. Mülkiyet hakkı ve sair aynı haklar bir hak sahibine alemlî haricinin bir kısmı üzerinde münhasır bir hakimiyet *Mairise* bahşeder, ve bunu üçüncü şahısların müdahalesine karşı himaye ederler. Bil'akis borçlar, muhtelif hak sahiplerinin hukukî sahaları arasında rabita tesisi için mevzudurlar.

Alacak olmak itibarile, borç rabitası, alacaklının mamelekinin müsbet bir unsuru, bir mevcudu; ve aynı zamanda deyin olması itibarile de borçlunun

<sup>64</sup> Held, *Geldschuld und Vermögenshaftung*, Schw. Juristen - Zeitung, 19, s. 37.

<sup>65</sup> Allg. Teil § 94 III

<sup>66</sup> Yukarda 51<sup>2</sup> numaralı nota müracaat.

<sup>67</sup> İflâsta bazı alacaklar imtiyazlıdır. İera ve İflâs Kanunu madde 219. Bu imtiyazlar veyahut rüçhan hakları (Borçlar Kanunu madde 178) [T. B. K. mad. 176], hususî haklardan değil, belki bazı alacakların evsafındandır.

mamelekinin menfi bir unsuru, bir deynidir<sup>68</sup>.

Borç rabıtası, bir şeyin teslim veya imalinin taahhüdü suretile malların mübadelesinden ibaret olabilir<sup>69</sup>. Bu nevi borçlar, borçlu ile alacaklının mamelekleri arasında bir *tension* rabıtası hasıl ederler ki bu rabıta, tabii surette, ifa ile nihayet bulur. Borç rabıtası borçluya ait bir malın istimalinin veya borçlunun çalışma kudretinin, az çok uzun bir müddet için alacaklının emrinde bulunması şeklinde olabilir. İcar ve hizmet akdi gibi<sup>70</sup>. Mülkiyet hakkı ve sair aynı hakların ekserisi, zamanca gayri mahdut tasarruflardan olduğundan kanun müddet itibarile gayri mahdut borç rabıatalarını kaldırmıştır. İcar için (borçlar kanunu madde 269) [T. B. K. madde 264] (Alman kanunu medenisi madde 561)e ve hizmet akdi için de (Borçlar Kanunü madde 351) [T. B. K. mad. 343], (Alman kanunu medenisi madde 624)e bakınız.

X. Kanunuu hükmü veya tarafların rızasile bir alacakta fer'i haklar da bulunabilir. Fer'i haklar<sup>71</sup> alacağın esaslı unsurlarından olmayıp alacaktan ayrı hususî bir takım haklardır ki alacağın gayesine hizmet ederler ve bu suretle alacakla hukukî bir irtibatı haizdirler. Bu irtibatın şekli fer'i haklara göre değişir. Bu haklardan bazıları alacağın temadisinden ibarettir. Faiz ve teahhurdan mütevellit zarar alacağı<sup>72</sup> yahutta asıl bedele ilâveten verilen akti tazminat gibi (madde 160 II) [T.B.K. mad. 158].<sup>73</sup> Diğer fer'i haklar alacağa daha ziyade emniyet verirler, kefile karşı olan alacak, rehin ve hapis hakları gibi.<sup>74</sup> Borcu tesbit eden vesikaya malikiyet de alacağın bir fer'i hakkı addolunabilir. Bilâkis iflâs halinde bir alacağın

<sup>68</sup> Bu sebeptendir ki bir memleketin iktisadî servetini müş'ir istatistikte cemiyet azası arasındaki borçlar hesaba ithal olunmaz. Filhakika, her alacağa cemiyetin diğer bir azasının bir borcu tekabül eder.

<sup>69</sup> Servetin bir elden diğerine geçmesi bilhassa bir borcu ifa suretile hasıl olur. Fakat bu, mukaddem bir borç olmadan da hasıl olabilir meselâ: *donation manuel*.

<sup>70</sup> Müddeti gayri mahdut borç rabıataları için, *Gierke* § 167 II 7e bakınız.

<sup>71</sup> *Allg. Teil* § 13

<sup>72</sup> İfanın gayri mümkün olması halinde zarar ve ziyan asıl ıvaz makamına kaim olur. 97 inci [T. B. K. mad. 96] maddede mevzu bahis zarar ve ziyan mutalebesi alacağın bir fer'i hakkı değil belki muhtevası değişen kendisidir.

<sup>73</sup> Bundan maada mahkeme masrafının iadesi alacağı (madde 195, 280 II, 499 III)

<sup>74</sup> Bu haklar, aynı mahiyette olmakla beraber, geniş bir manada alınan borç rabıtasının unsurlarından addolunabilirler; filhakika gayeleri borçlunun borcunu temin eden mesuliyetin kuvvetlendirilmesinden ve genişletilmesinden ibarettir.

imtiyazı bir fer'î hak değil<sup>75</sup> belki alacağın hukukî bir vasfıdır ; aynı suretle teşkil de alacağı kuvvetlendirir<sup>76</sup>. Tahkim şartı fer'î haklar tevhit etmez belki alacakta usule muteallik bir tadilât husule getirir.

### § 3. Yeni vaziyetler husule getirebilen haklar *Droit formateurs* Salâhiyetler *Pouvoirs* — Defiler *Exceptions*

I. Aynı haklar ve borçlar, mamelekin en mühim unsurlarıdır. Bunlar, gayri maddî şeyler *choses incorporelles* üzerindeki haklar ve İsviçre hukuku tarafından tanıyan şahsiyete merbut haklarla beraber, insanın hukukî sahasını *sphère juridique de l'homme* teşkil ederler ve hak sahibine *sujet* âlemi haricinin bir kısmı ve diğer bir şahsın hareketi üzerinde hukukî bir kudret bahşetmeleri itibarile hâkimiyet veya kudret hakları tesmiye olunabilirler. Fakat yeni *Dogmatique* ler hukukî mefhumları daha mükemmel tahlil etmişler ve nizamı hukukinin bu birinci unsurlarından maada talî haklar<sup>2</sup> tesmiye edilebilecek diğer bir takım salâhiyetler *facultés* keşfeylemişlerdir. Bu talî haklar fail veya üçüncü bir şahıs lehine bir hakkı ihdas, tadil veya ıskat etmek salâhiyetinden ibaretir. Bunlar salâhiyet *Pouvoirs*<sup>3</sup> mahiyetinde olan haklardır. Çünkü hak sahibine hukukî bir hüküm vücade getirmek salâhiyeti bahşederler. Bunları iki guruba ayırmak mümkündür: *gestaltungsrechte* (bir taraflı olarak hukukî bir rabita tesis etmek salâhiyeti) ve *machtbefugnisse* (üçüncü bir şahsın iştiraki *concour* olmaksızın bu üçüncü şahsın mamelekine tesir edecek bir harekette bulunmak kudreti ve muamelei hukukiye yapmak selâhiyeti).

II *Gestaltungsrechte* harfien *droits formateurs*<sup>4</sup> « Yeni vaziyetler hu-

<sup>75</sup> *Provis* 12 No. 168 [TF. 49 III] s. 201 ve yukarda 61 numaralı nota bakınız.

<sup>76</sup> TF. 44 II, s. 366

<sup>1</sup> Kanunu Medeni mad. 28 [T. K. M. 24]

<sup>2</sup> *Allg. Teil* § 7

<sup>3</sup> *Zitelmann, Intern. Privatrecht* I s. 32

<sup>4</sup> *Gestaltungsrechte* in fransızcaada tam mukabili yoktur. *Gestaltung* mefhumunu en iyi ifade eden kelime *formateur* sıfatıdır ki (teşkil eden, ihdas eden) demektir. Bu ise tamamen *gestaltungsrechte* in ifa eylediği roldür. *Droit formateur* ün kullanılması

sule getirebilen haklar» tabirinden maksat bir şahsın hususî bir vaziyeti hukukiyesi munasebetile haiz olduğu, yalnız kendi iradesile bir hukukî tadil *modification juridique* vücuda getirmek salâhiyetidir ki vücuda gelen tadile göre şu tefrikler yapılabilir:

1 Yeni bir hukukî rabita tesis etmek yahut bir hakkı iktisap ettirmekten ibaret olan *droits formateurs generateurs*, *begründende Gestaltungsrechte*, yani, yeni vaziyetler husule getirebilen haklardan müvellit olanlar. Aşağıdaki haller bunlara misal olmak üzere sayılabilir: aynı haklardan işgal ve ihraz<sup>6</sup> ve kanunu medenî 837, [T. K. M. 807] inci maddesinin Almanca metninde yanlış olarak *Anspruch* mütalebe, *pretention*, tesmiye edilen bazı alacaklılara tanınmış bulunan borçlusunun gayri menkulü üzerinde bir rehin hakkı iktisap etmek salâhiyeti<sup>7</sup>, borçlar hukukunda kendisine bir icap dermeyan edilenlerin bu icabı kabul suretile bir mukavele aktetmeleri<sup>8</sup>; şuf'a, iştirak ve vefa hakları<sup>9</sup>, beyaz bir imzanın doldurulması<sup>10</sup>, borçlar kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince temsil edilenin icazet vermesi ve Kanunu Medenînin 410 uncu [T. K. M. 394] maddesi mucibince kanunî mümessilin icazeti<sup>11</sup>, aile hukukunda mahkeme kararile nesebin tashihi kanunu medenî 260 [T. K. M. 249].

2. Borçlar hukukunda bir çok *andernde Gestaltungsrechte* ler mevcut-

---

bir hukukî rabita üzerine doğrudan doğruya, derhal tesirini icra ve bunu ihdas, tadil veya iptal eder. Tesiri ancak kendisini istimali salâhiyettar olanın iradesine tabidir.

<sup>6</sup> Bütün insanlara temin olunan kendi iradelerile hukukî neticeler tevhit etmek imkânı (medenî hakların istimali) bir hak değil, belki temyiz kudretine tabi olan hukukî bir vasıftır.

<sup>7</sup> Meselâ kantonlarca haklarında ahkâm vazolunan sahihsiz gayri menkulleri işgal hakkı. Kanunu Medenî 664 III [T. K. M. 641]; bir şeyle birleşen ziyadeleri ayırmak hakkı (Kanunu Medenî 939 II) [T. K. M. 907] ki istimali zilyede asıl şeyden ayrılanın mülkiyetini bahşeder. Bil'akis sahihsiz menkullerin temellükü her kes tarafından yapılabileceğinden bir işgal hakkına istinat etmez. (Kanunu Medenî 718) [T. K. M. 691]

<sup>8</sup> Eger alacaklı borçludan bir rehin tesisini talep mecburiyetinde bulunsa idi, bir mütalebe *pretention* mevcut olurdu. Fakat alacaklı borçlunun iştiraki olmaksızın bir rehni elde edebileceğinden (Kanunu Medenî 963) [T. K. M. 922], bu salâhiyat *begründende's Gestaltungsrechte* dir.

<sup>6</sup> İleride, § 24 not 43'çe müracaat.

<sup>7</sup> İleride, § 30 not 37, § 33 İlye müracaat.

<sup>8</sup> İleride, § 21 not 27'ye müracaat.

<sup>9</sup> İleride, § 27 not 40 a müracaat.

tur ki bunların kullanılması bir hukukî rabıtayı tadil eder. Meselâ birden ziyade şeylere taalluk eden *alternatif* borçlarda intihap hakkı<sup>12</sup> [M. N.]; 318 inci [T. B. K. 312] madde de karz vesilesile mevzuu bahsöldüğü gibi bir alacaklı veya borçlunun borcu ifası lâzım bir hale getirmek için yaptığı ihbar<sup>13</sup>; [T. B. K. 106] 107 II inci maddede beyan edildiği vechile teahhur halinde ifanın reddi, ki bu ret borçun muhtevasını tebdil eder, yani alacaklı mukaveledeki bedel yerine zarar ve ziyan talep veya mukaveleyi feshedebilir; [T. B. K. 111] 112 inci maddenin III üncü fıkrasında mevzuu bahsolan üçüncü şahsın beyanı, bu beyan âkitler için mukaveleyi tadil veya fesih imkânını nezeder; komisyoncunun bayi ve müşteri sıfatını iktisap ettiği 436 [T. B. K. 427] ve [T. B. K. 428] 437 inci maddelerde muharrer haller, bu hallerin hükmü komisyon mukavelesinin beyi mukavelesine inkilâbıdır<sup>14</sup>; alacaklı tarafından serdedilen iflâs talebi, İ. İf. K. 166, ki bu talep alacağın vaziyetini tadil, (derhal ifası lâzım olması, nakte tahvil) İ. İf. K. 208 ve 211 inci maddeleri, ve borçlunun mes'uliyetini tahvil eder. [T. B. K. 360] 369 uncu maddedeki emirler ve [T. B. K. 389] 397 inci maddedeki talimat ( ki bunlarla alacaklı, borçlunun vecibesini tayin ve tahsis eder) yeni vaziyetler ihdas edebilen hakkın *droit formateur* istimali addolunabilirler.

3. Borçlar hukukunda keزالik bir çok *aufgebende Gestaltungsrechte* ler yani infisahî mahiyette yeni vaziyetler husule getiren haklar *droit formateur résolutives* vardır ki bunların istimali hukukî bir rabıtayı iskat eder. Bunlara hükümleri itibarile menfi haklar *droits à effet résolutive, droits negatif*<sup>15</sup> deniledilir. Menfi hakların ekserisi iskat ve itfasını intaç ettiği bir borç rabıtasını gösterir, meselâ: butlan davası madde 230, [T. B. K. 226], vekâletten azil, madde 404, [T. B. K. 396], icarede, madde 267 [T. B. K. 262], hizmet akdinde, madde 347 [T. B. K. 340], vekâlette, madde 404 [T. B. K. 396], şirket aktinde, madde 545 No. 6 [T. B. K.

<sup>12</sup> İleride, § 11 not 10 a müracaat.

[M. N.] Borçlar Kanununun 71 inci maddesinde *obligation alternative*; "birden ziyade şeylere taallük eden borç," diye tercüme edilmiştir. Halbuki *alternatif* mahiyette olmayan müteaddit mevzulu borçlar mevcuttur. Bu itibarla Borçlar Kanununun İstilahını doğru bulmamakla beraber kanunî bir istilâh olarak kullanmağa mecbur olduk.

<sup>13</sup> İleride not 16 ya müracaat.

<sup>14</sup> Bundan maada 397 II maddede [T. B. K. madde 389 II] mevzuubahs olan vekilin beyanı

<sup>15</sup> *Allg. Teil* § 10

535]" feshin ihbarı, bir akdın feshi, madde 107 [T. B. K. 106], bir kollektif şirketten bir şerikin ihracı, madde 576 ve müteakip maddeler bu kabildendir. Diğer menfi haklar alacakları ve yahut hususî hakları gösterir; böylece takas iki alacağı ortadan kaldırır, madde 124 [T. B. K. 122]; 24 üncü madde dairesinde azil, vekilin temsil salâhiyetini<sup>17</sup> iskat eder.

Bir beyani irade *déclaration de volonté* ile hukukî bir hükmün tahakkukuna mani olmak salâhiyetine de menfi hak *droit négatif* denilebilir; meselâ 9 uncu madde mucibince icabı ve diğer bir beyanı geri almak<sup>18</sup>; aynı kabilden olarak rizadaki fesatlır dolayısıyla, madde 31, akdi muhafaza etmemek kararının beyanı<sup>19</sup> daha kısa olarak söylenebileceği vechile fesih.

Yeni vaziyetler husule getirebilen hakların *Gestaltungsrechte* bir çoğu mukabil tarafa tevcih edilen bir beyanı irade ile istimal edilir<sup>20</sup>. Eğer yeni vaziyet husule getiren hakkın *droit formateur* şartları tahakkuk etmişse, bu beyanın mürselüleyhe vusulü *reception* istenilen hükmü husule getirir; meselâ icabın kabulü ile akit inikat eder; hakkı hıyarın beyanı alacağı intihap edilen mevzua hasreder; takas beyanı iki alacağı iskat eyler. Bu otomatik hükümleri itibarile yeni vaziyetler husule getirebilen haklar *droits formateurs* mutalebe *prétention* lardan ayrılırlar. Bir mutalebe *prétention* dermeyen eden kimse borçlusunun bir vecibeye bağlı olan iradesine müracaat eder ve diğer tarafın, mecbur olduğu muameleyi, mütalebeyi ifa suretile ikmal ve itmam etmesini bekler, fakat iradi ifanın husule gelmemesi ihtimaline karşı mutalebe dava ve icra ile ikmal edilmedir. Bir mutalebeyi takviye eden davaya bedelin *prestation* ifası davası denilir, çünkü bu dava neticesinde müddeaaleyhin bazı şeyleri yapmağa veya yapmamağa mecbur edilmesi lâzımdır.

Yeni vaziyet husule getiren hak *droit formateur* bilâkis kaideten bir davaya ihtiyaç olmaksızın kullanılır. Kazaî bir karar ancak mukabil tarafın yeni vaziyet husule getirebilen bir beyanın muteberiyetine, meselâ bir takasa, itirazı halinde talep olunabilir. Bu taktirde hüküm müddeaaleyh için hiç bir borç husule getiremez, fakat evelce husule gelmiş bu-

<sup>17</sup> İhbarın iki nevi hükmü vardır: bazı hallerde bir alacağı ifası lâzım hale koyar, yukarıda 13 numaralı nota müracaat; diğer hallerde borcu iskat eder.

<sup>18</sup> Hibeden rücu için SIZ 18 s. 206 ya müracaat.

<sup>19</sup> a İleride § 22 not 40a müracaat.

<sup>18</sup> İleride § 29 not 52 ye müracaat.

<sup>20</sup> Aşağıda § 20 not 14e müracaat.

lunan hukukî hükümleri tesbit eder<sup>19a</sup>. Meselâ takası kabul etmiyen müddeaaleyh, kabulünü beyana ve yahut buna tabaiyete, hatta takası tanımağa bile mahkûm olmaz; hüküm, müddeaaleyhe karşı, icra kuvvetini de haiz olarak takasın esasen vukua gelmiş olduğunu tesbit eder.

Yeni vaziyet husule getirebilen bir hakkın bir dava vasıtasile kullanılması istisnaidir. Meselâ bir şerik muhik sebeplerden dolayı şirketin feshini isteyebilir, fakat 269 [T. B. K. 264] ve 352 inci [T. B. K. 344] maddelere tevfikan mühim sebeplerden dolayı icar akdının ve muhik sebeplerden dolayı hizmet akdinin feshi bir beyanı irade ile vukua geldiği halde 345 inci maddenin 7 inci numarası [T. B. K. 535] mucibince şirketin feshi için bir ilâm lâzımdır. Binaenaleyh şerik muhik sebeplerden dolayı şirketi feshettirmek hakkını ancak bir dava açmak suretile kullanabilir<sup>20</sup>. Fakat bu davalar bir mutalebeye *pretention* müstenit değildir, müddeinin istediği müddeaaleyhin bir fiilî değil fakat hukukî rabıtaı tadil eden kazaî bir karar yani misalimizde şirketin feshi kararidir<sup>21</sup>, bu nevi davalara, yeni hukukî vaziyet husule getiren davalar ve bunlara tekabül eden hükümlere de, yeni vaziyet husule getiren hükümler denilir<sup>22</sup>.

Yeni vaziyet husule getiren haklardan bir çocuğu ancak kanunen veya akden muayyen olan müddetler zarfında istimal olunabilirler, meselâ icabın kabulü; 21 ve 31 inci maddelere müsteniden fesih gibi.

III. İkinci derecedeki hakların ikinci grubunu «idare hukuku *droit de gestion, Verwaltungsrechte*» yahut «hareket salâhiyeti *pouvoir d'action Machtbefugnisse*» tabiri altında tanımak mümkündür. Burada bir mukavele akdetmek yahut bir taraflı hukukî muameleler yapmak salâhiyeti mevzuubahstir ki hali tabiîde bunlar ancak faillerinin hukukî sahasında tesir hasıl ettikleri halde burada hükümleri üçüncü şahsın memelikinde hissedil-

<sup>19a</sup> Tesbit davaları *les action en constatations* için W. Bar de SIZ, 20. s 73 ve müteakıp ss. a müracaat.

<sup>20</sup> Fesih hakkı bir alacak değil, fakat, bence daha doğru olduğu veçhile, infisahı bir yeni hukukî vaziyet husule getiren hak addedildiği taktirde İcra ve İflâs Kanununun 285 inci maddesindeki iptal davası da böyledir. Aşağıdaki § 29 not 61 e müracaat.

<sup>21</sup> Davanın esasını müddeinin bir hakkının teşkil etmesi, muhik sebeplerin mevcudiyeti halinde mahkemenin talebe ittiba etmesi mecburiyetinden ileri gelir.

<sup>22</sup> Yeni hukukî vaziyet husule getiren davanın en iyi misali boşanma davasıdır ki bununla zeve boşama hakkını istimal eder; burada istenilen boşanmayı bahşedecek, müddeaaleyh değil ancak mahkemedir. Tenzil davası da bunun diğer bir misalidir.

lir<sup>26</sup>. Bu gruba birinci derecede temsil salâhiyeti girer (aşağıda 41 numaraya müracaat); aynı suretle, bilvasıta temsile<sup>27a</sup> müstenit olan üçüncü şahsa ait bir şeyde kendi namına tasarruf salâhiyeti yahut üçüncü bir şahıs hesabına borçlar tevlit eden bir mukavele akdi de bu meyandadır.

IV. Defiler *exception* yeni hukuki vaziyet husule getiren haklara yaklaşan haklardır. Defi *exception* kelimesi hukuk usulu muhakemesinde hukuku medeniyenin yeni *dogmatique* inde malik olduğu manadan ayri manadadır<sup>28</sup>. Bu farkı anlamak için müddeaaaleyhin kendini müdafaa için kullanacağı vasıtaları nazarı itibara almak lâzımdır:

1 — Müddeaaaleyh, müddeinin hakkını istinat ettirmek üzere dermeyen ettiği vakıalara (ki buna davanın esası denilir) itiraz edebilir.

2 — Müddeaaaleyh, müddeinin evelce ileri sürdüğü vakıalara rağmen müddeinin hakkının ademi mevcudiyetini intaç edecek yeni vakıalar dermeyen edebilir. Müddeaaaleyhin dermeyen edeceği ve delillerini de tedarik etmek mecburiyetinde olduğu vakıalar<sup>29</sup> şunlar olabilir:

a) Hakkın doğumuna mani olan vakıalar, yani mevcudiyeti müddeinin hakkının doğmamış olmasını intaç eden vakıalar; meselâ medenî ehliyetin ademi mevcudiyeti yahut umumî ahlâka muhalefet<sup>27</sup>.

b) Hakka nihayet veren vakıalar, yani müddeinin hakkının sukutunu intaç eden vakıalar, meselâ ifa, ibra, bedelin ifasının mümkün olmaması, haksız olarak istifa edilen şeyin elden çıkması, madde 64 [T. B. K. 63].

<sup>26</sup> Diğerlerinden ayrı olmak üzere herkesin malik olduğu kendi namına hukukî muameleler yapmak salâhiyeti bir hak değil belki medenî ehliyetin bir neticesidir.

<sup>27a</sup> Aşağıda § 28 not 18e bakınız.

<sup>24</sup> *Allg. Teil* § 17

<sup>25</sup> Aynı suretle Hukuk usulü muhakemesinde mutalebe ve iddia *pretention* kelimesi hukuku medeniyedekinden ayrı bir mânada kullanılır. Yukarıda § 2 not 31e müracaat.

<sup>26</sup> Kanunu Medeninin Sinci [T.K.M.mad.6] maddesinde kullanılan tabirler kâfi derecede umumî değildirler. Taraflardan her biri kendi dermeyen ettiği vakıaları yalnız Sinci maddenin söylediği gibi bunlardan bir hak istihraç ettiği zaman değil, belki diğer tarafın bir iddiasını *pretention* red için bir vâkıa ileri sürdüğü zaman dahi ispat etmek mecburiyetindedir.

<sup>27</sup> Sırf mantıkî bir istidlâle nazaran müddeinin, hakkının doğumunun bütün şartlarını izah etmesi ve netice itibarile manilerin mevcut olmadığını dermeyen eylemesi icap eder. Meselâ bir mukaveleye müsteniden dava ettiği zaman taraflardan hiç birinin medenî ehliyetinden mahrum olmadığını teyit eylemesi lâzım gelir. Bununla beraber hayattaki teorübeye nazaran bu gibi haller istisna teşkil ettiğinden bunlar davanın esasına ithal olunmaz; bir hakkı iskat eden vâkıaların ispatı müddeaaaleyhe teveccüh eyleyler.

Müddeinin haklarına itirazden dermeyan olunan bu nevi vakıalar, son hukuku medeniye nazariyelerinde ve Alman Kanunu Medenisinde *objection*[M.N] namile gösterilir. Hukuku medeniye ve Alman Kanunu Medenisi lisanında bu vasıtalar defilere *exception* tekabül eder. Defi *exception*, *objection* gibi müddeaaaleyh lehine hüküm izhar eden bir vaziyet değil, fakat taahhüt edilen şeyin ifasını hususî bir sebepten dolayı reddetmek selâhiyettir; *objection* ileri sürmek bir vakıa dermeyan eylemektir; bir defi *exception* dermeyanı ise bir beyanı irade ile bir hakkın istimalidir.

Borçlar kanunu, eski bir ıstılahı istimal ederek daima «defi *exception*» kelimesini kullanmakta ve bununla hem müddeaaaleyh tarafından dermeyan olunan vakıaları<sup>19</sup> ve hem de mükellefiyetin reddi<sup>20</sup> hakkını kastetmektedir.

Bununla beraber bu iki mefhumu ayırmak lâzımdır. Borçlar kanunu dahi kelimenin teknik manasile defiler *exceptions* tanımaktadır; bu, borçlar kanununun tadili esnasında ilâve edilen bir hükümden sarahatan anlaşılmaktadır: madde 67 II [T. B. K. madde 66 II]<sup>21</sup>. Burada hukukî illetten mücerret *abstrait* bir alacak mevzuu bahsolmaktadır<sup>22</sup>. Bir vazii kanun bu vaziyeti *circonstance* bir *objection* gibi yani alacağın doğumuna mani bir vakıa gibi tedvin edebilirdi. Fakat borçlar kanunu (Alman Kanunu Medenisinin 821inci maddesinden mülhem olarak) hadiseyi diğer bir tarzda ifade ve tedvin etmektedir: alacak hukukî illetinin olmamasına rağmen muteber bir surette doğmuştur. Burada borçlu zararına olarak alacaklının haksız bir iktisabı vardır. 62inci madde [T. B. K. madde 61] mucibince borçlu haksız iktisap edilen şeyin iadesini yani alacağın iptalini isteyebilir. Bu iktisaptan neş'et eden iddia borçlu için, alacağın aleyhinde istimali halinde mukabil bir hak doğurur. Borçlu borçunun doğduğu şeraite istinat ederek «bu borçu ifa etmez». Bu, kelimenin teknik manasında defi *exception* denilen hukukî müessesedir. Bu telakki borçlunun mukabil hakkının ne zamana kadar mevcut olduğu yahut kullanılabileceği mes'elesini ortaya çıkarır. Bunun, ancak iktisap sebeple husule gelen alacak, mürürü zamana uğrayıncaya kadar devam edeceği zannedilebilir. Fakat borçlar kanunu ve Alman Kanunu Medenisi

<sup>19</sup> Meselâ 18 inci maddenin ikinci fıkrasile mukayese ediniz.

[M. N.] *Objection* kelimesi itiraz diye tercüme edilmektedir. Halbuki itiraz tabiri müellifin *objection* kelimesine verdiği mânayı ifade etmez.

<sup>21</sup> 145 [T. B. K. 143] 169 [T. B. K. 167] 179 [T. B. K. 177] maddeler. *Oser* in bu maddeler hakkındaki mütalâalarına bakınız.

<sup>22</sup> 60 inci maddenin III üncü fıkrası hakkında aşağıda § 39 not 56 ya müracaat.

defilerin bir zamanla mukayyet olmiyarak kabul edileceğine hükmetmektedirler. Eğer madde 67 II de [T. B. K. madde 66 II] bir *objection* dan bahsedilmekte ise bir müddetle takayyüt mevzuu bahsolamaz. Zira bir hakkın doğumuna mani olan bir vâkıâ bu hakka istinat mümkün oldukça dermeyan olunabilir.

Kelimenin teknik manasile aşağıdakilerde defi, *exception* dir. Aktin ifa edilmemesinden, madde 82<sup>27</sup> [T. B. K. madde 82]; aktin feshinden veya semenin tenzilinden, madde 210 [T. B. K. madde 207] mütevellit defiler; vahibin def'i *exception*, madde 250 [T. B. K. madde 245]; kefilin defii *bénéfice de discussion* u, madde 495 [T. B. K. madde 486]<sup>28</sup> ve hepsinden evvel müruru zaman, madde 142 [T. B. K. madde 140]<sup>29</sup>.

Hapis hakkı da, Kanunu Medenî 895 [T.K.M. madde 864] ve Borçlar Kanunu 57 [T.B.K. madde 57] mülkiyet istihkakına karşı aynı suretle defi'ler *exception* le himaye edilmiştir: hapis hakkından istifade eden kimse edaya nail olamadığı müddetçe, Kanunu Medenînin 641 inci maddesinde [T. K. M. madde 618] rağmen o şey'i iadedden imtina edebilir. Gayre ait bir şey'in zilyetliğini mutazammin aynı veya şahsî haklardan dahi mülkiyet istihkakına karşı dermeyanı kabil bir defi *exception* tahassul eder<sup>30</sup>.

Defi *exception* edası lâzım gelen şey'in ifasından imtina suretile istimal edilir; eğer taahhüdün ifası gayrı resmî bir surette talep edilmişse defi *exception* hasım tarafa tebliğ edilen bir beyanla istimal olunur; bedel *prestation* bir dava ile talep olunduğu zaman defi *exception* mahkeme huzurunda yapılacak bir beyanla kullanılır. Defi *exception* ancak davanın müddeaaaleyhin beyanatı kabul edilebilecek safhalarında dermeyan olunabilir. Eğer davanın ceryanında müddeaaaleyh taahhüdünün ifasından imtina için son fırsattan istifade etmezse bu defi *exception* sukut eder.

Defi *exception* esas itibarile bir hak olduğu için, Borçlar Kanununun vâkıalar iradından ibaret olan ve Alman hukukunun yeni istilâhlarında,

<sup>27</sup> Aşağıda § 32 not 18e müracaat.

<sup>28</sup> Oser. mutalaa 3; Becker mutalaa 7

<sup>29</sup> Oser mutalaa 1 b.

<sup>30</sup> Oser ile Becker, mukayese c. liniz.

<sup>31</sup> Mucirin mecuru istirdat etmek hakkı, madde 271 [T. B. K. 266] Roma hukukunun *actio locati* si ancak icarın hitamında doğar. Bil'akis üçüncü bir şahsa ait bir şey'in zilyedi olan müstecire karşı mülkiyet iddiası *pretention* icarın hitamından evvel de mevcuttur. Fakat bu iddia, icarın devamı müddetince madde 252 [T. B. K. madde 248] den istinbat olunan bir defi *exception* la muattal bırakılabilir.

*objection, Einwendungen* tesmiye edilen defilerinden karakteristik bir takım farklar arzeder.

a) Kaideten muhalif vâkıalar ( zıt vâkıalar ) *les faits objectés* defiler *exception* gibi müddeaaaleyh tarafından dermeyan olunur ve inkâr *contestation* halinde onun tarafından ispat edilmek icap eder; fakat hâkim istisnaen, bunlar hakkında başka bir vasıta ile resmî malûmata malikse, resen de nazarı dikkata alabilir. Meselâ müddeinin teşrihatından müddei-aleyhin medenî ehliyeti haiz olmadığı yahut borçun sukut ettiği istidlal edilirse müddeaaaleyh bunlara istinat etmese bile hâkim bu vakıaları nazarı itibara almak mecburiyetindedir<sup>56</sup>. Fakat müddeaaaleyh tarafından dermeyan edilmedikçe yani müddeaaaleyh meselâ mürürü zaman gibi beraetini mucip bir vaziyete istinaden ifadan imtina etmedikçe hâkim defileri *exception* nazarı itibare alamaz<sup>57</sup>. Bir defi *exception* dermeyan etmek bir hakkı istimal etmek demektir. Şu halde defi *exception* dan istifade müddeaaaleyhin iradesine bağlıdır. Hâkim bu iradeyi ikmal ve binaenaleyh müddeaaaleyhin dermeyan etmeği ihmal ettiği vakıaları tetkik edemez<sup>58</sup>.

b) Borçlu diğer haklar gibi defiler *exception* den de vaz geçebilir<sup>59</sup>. Bunun için mahkeme haricinde veya mahkemede vaki olacak bir taraflı bir beyanı irade kâfidir. Buna mukabil lehine bir vakıa, meselâ bir borçun ödenmesi, mevzuu bahsolan tarafın beyanı bu vakıayı bertaraf edemez; *Facta infecta ferri non possunt*. Binaenaleyh borçlu icra etmiş olduğu edayı borçun ifası addetmediğini beyan etse bile, sukut eden borç tekrar doğmaz. Ancak bu beyanın, alacaklı tarafından kabul edilince kaideden bir hıke vadinden ibaret ve binaenaleyh tahriri şekilde yapılması lâzım, yeni bir borç<sup>60</sup> husule getirip getirmediği sorulabilir.

Defiler *exception* şu kısımlara ayrılabilir:

1. Hukukî esaslarına göre. Defi *exception*, başka bir hukukî vaziyette bir iddia *pretention* ile istimal edilebilecek ( şahsî veya aynı ) bir hakka istinat edebilir. Burada defi *exception* bu hakkın müdafaası suretinde te-

<sup>56</sup> Eğer hâkim, bizzat müddeinin iddiasından bile madde 513 çe [ T.B.K. madde 504 ] göre kumar ve bahis mevzuu bahis olduğunu anlarsa hüküm yine böyledir.

<sup>57</sup> *Praxis* 12 No 173 s. 424 [ TF. 49 s 379 ]

<sup>58</sup> Meğerki müddeaaaleyh gayri resmi surette ifadan imtina etmiş ve bu hâdisce hâkimce resmen malûm olmuş olsun.

<sup>59</sup> 141 inci [ T. B. K. madde 139 ] maddeye müracaat.

<sup>60</sup> *Praxis* 17, not 27, ; 33. no: 114, s 72 not 175.

zahur eder<sup>41</sup>. Başkasının mali üzerinde zilyetlik tesis etmek hakkını haiz olan kimse, meselâ müstecir, her şeyden evvel zilyetliği ele geçirmek hakkına sahiptir; fakat esasen zilyetse malikin istihkak iddiasına karşı bir defie *exception* maliktir. Bunun aynı olmayan fakat müşabihi bulunan bir hal de hapis hakkıdır, Kanunu Medenî mad. 895 [T. K. M. mad. 864] Bu hak, o şey'in zilyetliği hakkına istinat etmezse de muhtevası başka olan fakat hapsedilen şey ile aralarında *connexité* denilen bir irtibat bulunan bir alacağa istinat eder. Bir aktin ifa edilmemesinden çıkan defie *exception* de, iki taraflı bir akitte âkitlerden her birinin haiz olduğu mutalebe *prétention* nin diğer cephesinden başka bir şey değildir. Bey'in feshine veya semenin tenziline müstenit defilerle *exception*, 67inci [T.B.K. mad. 66] maddeden istinbat edilen defide *exception* böyledir. Bu defilere *exception* tâbi, *dépendantes*, denilebilir. Çünkü diğer müsbet bir hakkın mevcudiyetini farzettirir. Buna mukabil ve bunlarla beraber müstakil defiler *exceptions indépendantes* de vardır, müruru zaman veya kefalet, mad. 495 [T. B. K. 486]<sup>42</sup> defileri *exception* gibi, bu haklar ancak bir taahhüdün ifasından imtina salâhiyetini tazammun ederler. Başka suretle kullanılamazlar.

Tabi defiler, *exception dépendantes*, müspet bir hakka istinat ettiklerinden bu hak sahibinden madasına da ait olamazlar. Bu itibarla istihkak davasının aksine olarak müddealeyh ancak kendi şahsına ait zilyetlik hakkına istinat edebilir, yoksa üçüncü bir şahsın haiz olduğu bir haktan istifade edemez<sup>43</sup>. Kezalik hapis hakkı da ancak bu hakkı istimal eden kimsenin alacağını himayeye yarar. Esas itibarile başkasının hakkına müstenit hiç bir defie *exception* kabul edilmez; ancak 506 ıncı madde [T.B.K.497] mucibince asıl borçlunun haiz olduğu defileri kullanan kefil ile mad. 169 [T.B.K. 167] mucibince bir borç deruhte eden kimse hakkındaki hükümler müstesnadır.

<sup>41</sup> Yukarda § 2, not 41e müracaat.

<sup>42</sup> Bu defie *exception* şu sebepten neş'et eder ki, borçlu alacaklıya teslim edeceği şey'i sebepsiz iktisapta olduğu gibi derhal istirdat edebilir. Binaenaleyh ifadan da imtina eyliyebilir. Filhakika Romalılar *dolo facit qui petit quodreddi turus est* derler.

<sup>43</sup> Mad. 121 [T. B. K. 119] mucibince kefalet defie *exception* de böyledir.

<sup>44</sup> Meğerki zilyetlik bu, şey'i kendisine nakil hakkını haiz ve müddeiye karşı asıl zilyetliki defie makamında dermeyan edebilmek salâhiyetine malik bulunan bir kimsenin zilyetliğinden neş'et etmiş olsun (Alman Kanunu Medenisi madde 986 I-2 ye müracaat) Böylece ikinci müstecir, mucirin istihkak iddiasına karşı, müstecirin hukukundan istifade edebilir.

Esas itibarile tabi defiler *exception dependantes* ancak defin müstenit olduğu hak kendi aleyhlerine istimal olunabilen kimselere karşı dermeyan edilebilirler. Bu bak aynı olunca (rehin yahut intifa hakkı) defilerde bilzat hak gibi<sup>15</sup> zilyetten o şeyi iddia eden her kese karşı istimal olunabilirler. Defi bir alacağa müstenit olursa bu alacağın borçlusundan başkasına karşı dermeyan olunamaz. Meselâ A, B ye S nin tasarrufu altında bulunan bir şeyi icar eder. B, S nin istihkak iddiasına karşı müdafaada bulunmak için A ile olan icar akdinden istifade edemez. Fakat bu kaidenin mühim istisnaları vardır. Temlik edilen bir alacağın borçlusu 169uncu maddeye [T. B. K. 167] nazaran temlik edene karşı haiz olduğu defi temellük edene karşı da kullanabilir; bir gayri menkul kiracisi 259 uncu maddenin ikinci fıkrasına [T. B. K. 254] tevfikân, gayri menkulü iktisap edene karşı kanunî mühletin hululüne kadar gayri menkuldeki zilyedliğinin muhafazasını dermeyan edebilir. Kanunu Medenî 895 III e [T. K. M. 867] ve Kanunu Medenî 924 III [T. K. M. 892] müracaat.

2 — Hükümlerine göre de şu suretle tefrik edilir.

a) Kat'î defiler *les exceptions péremptoires*: ifadan tamamen imtina etmek hakkı. Meselâ müruru zaman defi; 67, 210 uncu [T. B. K. 66, 207] maddelerden çıkartılan defiler<sup>15a</sup>. Bir kat'î defi *exception péremptoire* in amelî neticeleri düşünülürse ekseriya olduğu veçhile bedel *prestation* ifası lâzım gelmemiş gibi addolunabilir. Zira borçlunun imtinaı halinde ifa edilmeyecektir<sup>15a</sup>. Yalnız müruru zaman nakıs bir borç bırakır. Aşağıda § 4 numara 3 e müracaat.

b) Talikî defiler *les exceptions dilatoires* bedelin *prestation* ifasını muvakkaten reddetmeğe müsaittir. Meselâ akdin ademi ifasına müstenit defi *exceptio non adimpleti contractue* ve 495 II maddenin [T.K.M. 486] kefile bahşettiği defi. Böyle bir defi kabul edilince, dava vakti hulûl etmemiş gibi *comme prématurée* reddedilir. Fakat maniin zevalinden sonra tekrar açılabilir.

3. Tevliit ettiği hükmün vüs'atine göre de şu kısımlara ayrılır: Tam defi *exceptions totales* ki ifadan tamamen imtinaa müsaittir; meselâ müruru zamandan yahut aktin feshinden çıkarılan defiler *exception* gibi; *exceptions partielles* bir mükellefiyetin *prestation* muayyen bir miktarı

<sup>15</sup> Yukarıda § 2 not 5 e müracaat.

<sup>15a</sup> Aşağıda § 32 not 19 a müracaat.

<sup>15b</sup> Bilhassa *cond. indebiti* de aşağıda § 52 ye bakınız.

tecavüz eden kısmını ifadan imtinaa yarar. Meselâ semenin tenzili def'i, vahibin haiz olduğu defi; 250 inci maddenin 2 ve 3 numaraları [ T. B. K. 245 ]

Kat'i defiler *exception péremptoires* infisahı yeni bir vaziyet husule getiren haklara *droits formateurs résolutaires* çok yaklaşırlar. Meselâ istimalleri defiler gibi davanın reddini intaç eden fesih ve takas hakları ( yukarıda II 3 e müracaat ) gibi. Bu sebepten dolayı eski içtihat bu selâhiyetlere de defi *exception*" namını veriyor ve eski borçlar kanunu da aynı istilahı muhafaza eyliyordu. Yeni nazariye yeni vaziyet ihdas eden hakların *droit formateur* mahiyetini tanıdı ve defiler *exceptions* le arzettiği tehalüfü tespit etti : bu sonuncular müddeinin mütalebesine mani oldukları halde yeni hukukî vaziyet ihdas edebilen hakların *droits formateurs* daha kudretli bir hükmü vardır, müddeinin hakkını hükümsüz bir hale getirirler. Meselâ mürürü zamanda müddeinin davası reddedilir. Çünkü müddeaaaleyh el'an borçlu olduğu mükellefiyeti ifadan imtina edebilir; fesih veya tekas halinde ise müddeinin alacağı artık mevcut olmadığı için dava reddedilir. Dermeyan edilmiş olan bir defiden *exception* rucu edilebildiği ve bu rucu artık müddeinin mütalebesine hiç bir mani kalmamasını intaç eylediği halde fesih veya takas ile ortadan kaldırılmış olan bir hak bu beyandan rücu ile tekrar tevellüt edemez; belki yeni bir akitle yeniden ihdas edilebilir. Dava esnasında infisahı bir yeni vaziyet husule getirebilici hak *droit formateur résolutaire* dermeyan edilmesi, bu hak eğer davadan evel mahkeme haricinde de istimal olunmuşsa, hasmın hakkını iskat edecek bir *objection* teşkil eder. Eğer butlan veya takas ancak dava esnasında istimal ediliyorsa, bu halde usulü muhakeme şekilleri dairesinde izhar edilmiş fakat tesirini sadece ihtilâf sahasında ve neticesinde değil belki taraflar arasındaki maddî hukukî rabıta üzerinde de göstermiş bir beyanı irade mevcuttur<sup>11</sup>. Nazariyyat ekseriyya eski görüş tarzını muhafaza ettiği halde bu yeni telakki muaddel borçlar kanununda izhar edilmiştir<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Roma hukukundaki *exceptio doli* den neş'et eden takas için *Windscheid* § 349 a müracaat.

<sup>11</sup> Aşağıda § 20 X 1 e müracaat.

<sup>12</sup> Bihassa [ T. B. K. 119 ] 121 inci maddeye bakınız. Bu madde Alman Kanunu Medenîsinin 770 inci maddesine imtisalen kefile eski 134 üncü madde ile temin edilen asıl borçlunun alacağıla takas dermeyanı salâhiyeti yerine bir talikî defi *exception dilatoire* hakkı vermiştir ki bu hakkın diğerinden tefriki lâzımdır.

### § 4. Nâkıs Borçlar

Bazı borçlar vardır ki ifaları, hususî sebeplerden dolayı bir dava veya takiple elde edilemez<sup>1</sup>. Bunlara alelekser, lâtineden alınan bir tâbirle, tabiî borçlar denilir<sup>2</sup>. Bu tâbiri, ancak Roma hukukunun tekâmülü izah edebildiği gibi bugünkü hukuk, Romalıların tanıdıklarından maada davası kabil olmayan alacaklar tanıdığından başka bir tâbir kullanarak bunlara nakıs borçlar demek daha doğrudur. Gerek vâzı kanunu bu noksanlığı kabule sevk eden illetler ve gerek hukukî mahiyetleri itibarile bu haller birbirine benzemezler.

1 — Kumara ve bahse kanun iyi gözle bakmaz. Çünkü bunlar, iktisadî noktai nazardan mameleklerde faidesiz ve mantıksız değişiklikler husule getirirler ve gaip eden için alelekser tehlikeli bir zarare sebep oldukları gibi kazanan için de, ahlâkî noktai nazardan haklı görülemeyen faideler hasil ederler. Bu sebeptendir ki 513 üncü madde [ T. B. K. mad. 504 ] şu hükmü vaz eder : «Kumar ve bahis bir alacak hakkı tevhit etmez<sup>3</sup>». Bundan şu netice hasil olur ki kazanan kaybedenin iradesi hilâfına vadedilen meblâğı talep edemez, dava açamaz veya sair bir suretle ( meselâ takas suretile ) tediyei elde edemez. 514 üncü maddenin birinci fıkrası [T.B.K. mad. 505 ] hükmüne göre de kaybedenin borcu tanınması da hukukî neticeler hasil etmez. Fakat kaybeden sözünü tutarak tediyei bulunursa kanun bu tarzı hareketi doğru addeder. Aynı suretle 514 üncü maddenin ikinci fıkrası [ T. B. K. mad. 505 II ] ödenmiş olan kumar borcunun geri alınamıyacağını tesbit eyler. Bu kaide kumar borcuna dava edilemiyen bir borç mahiyetini vermek için şüphesiz kâfi değildir. Filhakika tediyesi lâzım gelen bir şey'in hususî sebeplerden dolayı bertaraf edildiği haller vardır<sup>4</sup>. Fakat şu noktayı da nazarı dikkate almak lâzımdır: eğer 513 üncü

<sup>1</sup> Reichel, *Jahrbuch für Dogm*, 59, 409 ve müt. ; 60, 38 ve müt.

<sup>2</sup> Windscheid § 281

<sup>3</sup> Kumar hususunda Alman Kanunu Medenisininin 762 inci maddesi de aynı hükümdedir.

<sup>4</sup> 63 üncü maddenin birinci fıkrası mucibince [ T. B. K. mad. 62 ] iadenin kabul edilmemesi ancak aldananın himayeye müstahak olduğu fikrine istisat eder. 66 inci madde [ T. B. K. mad 65 ] haksız veya ahlâka muğayir bir gaye takip edene karşı bir hukuku hususiye cezasi vazetmiştir.

maddenin birinci fıkrası [ T. B. K. mad. 504 I ] mücibince kumar ve bahis hiç bir borç, hatta nakıs bir borç bile, tevliit etmezse, her iki tarafın da borç olmadığını bildiği halde, arzu ile verilen şey'e bir hibe nazarıle bakmak icap eder. Fakat bu telâkki, tarafların fikirlerine uymaktan uzaktır. Ve ne Alman hukukunda ve ne de İsviçre hukukunda kabul olunmamıştır<sup>5</sup>. Bir kumar borcunun tediyesi bir borcun ifası addolunur: gaip eden ifası lâzım gelen ıvazı verir (her ne kadar kendisi buna cebrolunamazsa da) ve kazanan kendisine verilmesi lâzım gelen şeyi alır ( her ne kadar bunu kaybedenin rızası olmadan istihsal edemezse de ). İfanın imkânı kumar ve bahiste bir borcun fakat, nakıs bir borcun mevcudiyetini tesbite medar bir kıstastır. Evlenme dellallığı *Courtage matrimonial* ücreti de böyledir. ( madde 416 ) [ T. B. K. mad. 408 ]

2. — Kanun, ferd üzerine ancak cemiyet hayatı için<sup>6</sup> elzem olan müeyyideyi *contrainte* tahmil ettiğinden, bu suretle behemehal ifası icap edenler haricinde ahlâkî vazifeler mevcut olabilir. Meselâ Kanunu Medenin 328 inci [ T. K. M. mad. 315 ] maddesinin hududunu tecavüz eden yakın akraba arasında muavenet mükellefiyeti gibi<sup>7</sup>. Ahlâkî vazifeler devletin malik bulunduğu zecir vasıtalarile ifa ettirilemediklerinden bu vazifeler hukukî nizam haricinde gibi görünürler. Fakat kanun iki halde bu vazifeleri nazarı dikkate alır: hata ederek, hukukî bir borç ifa ettiği zannile ahlâkî bir vazife ifa eden kimse bedelini geri alamaz; ( madde 63 ) II, [ T. B. K. mad. 62 ] ; bundan maada 239 uncu maddenin üçüncü fıkrası mücibince ahlâkî bir vazifenin ifası bir hibe teşkil etmez<sup>8</sup>. Bu iki kıstastan da anlaşılır ki ahlâkî vazife nakıs bir borca benzer<sup>9</sup>; çünkü hukukî mânada icrası kabildir. Bu, kumar borcundan şu noktada ayrılır ki bunun ifası

<sup>5</sup> Oser, VII, I, s. 5; Becker, 7 Bap I.

<sup>6</sup> Jellinek, *Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, s. 45.

<sup>7</sup> Yahutta meccanen yapılan mühim bir iş için ücret. Hâle göre ve bilhassa mühim bir servet farkı bulunduğu zaman temyize muktedir olmayan bir şahıs tarafından kusursuz olarak ika edilen zararın tazmini ahlâkî bir vazifedir. Bil'akis şekildeki noksandan dolayı hükümsüz olan bir mukaveleyi veya bir musinin muayyen şekillerde ifade olunmayan vasiyetini ifa için hiç bir ahlâkî vazife farzolunmaz. Aşağıda § 30 Not 25 e müracaat; (*Praxis* 11, s. 415) [ TF. 48 II s. 308 ]

<sup>8</sup> *Praxis* 4 No. 34 deki sureti hal yanlıştır. Burada ahlâkî bir vazifenin ifası bir hibeye teşbih edilmiştir.

<sup>9</sup> a Alman Kanunu Medenisine göre ahlâkî bir vazifenin ifası hibe addolunur. Mamafî hibeye müteallik bazı hükümler bunda tatbik olunmaz.

yalnız kabil değil, belki ifanın şifahen vaad edilmesi de mümkündür<sup>10</sup>. Böyle bir vaad bir hibe addedilemediğinden hibe için mevzu şekle de tâbi kılınmaz<sup>11</sup>.

3. — Müruru zaman halinde ise mutalebeyi iptal eden bir defa *exception* mevcut olduğundan alacaklı bedelini cebren dahi elde edemez. Fakat iptal edici bir defa *exception* maruz kalan borç tatbikatta bilfiil gayri mevcut (*als Nichtschuld*) addedildiğinden<sup>12</sup> 63 üncü maddenin ikinci fıkrası [T. B. K. mad. 62], müruru zamana uğrayan bir borcun hataen tediyesini de bir hibe değil bir eda telâkki eyler. Şu halde müruru zamana uğrayan bir borç nâkıs bir borç olarak devam eder; bir borcun dava edilememesi keyfiyeti, yukardaki hâdiselere muhalif olarak borçlu<sup>13</sup> tarafından iddiası lâzım gelen bir defa *exception* istinat eder. (madde 142) [T. B. K. mad. 134]. Müruru zaman def'i ancak alacağın istimaline mâni olur. Fakat ne alacağı temin eden rehin hakkına (madde 140) [T. B. K. mad 138] ve ne de alacaktır mütevellit def'e mâni olmaz.

4. — Kaideten alacaklı, kendisine ifası lâzım gelen bedeli bir dava ile isteyebildiği gibi, cebrî icra tarikile de istifayı hak talebinde bulunabilir. Ademi ifa halinde ise bu keyfiyet ancak borçlunun sui niyeti veya sair mevani dolayısıyla husule geldiği takdirdedir ki alacaklının hukuku zarar ve zizan talebine münkalip olur<sup>14</sup>. Bir kimsenin muayyen bir suretle harekete mecbur olduğu haller olabilir ki alacaklı ne bu fiillerin icrasını talep edebilir ve ne de adlî tarikle icra ettirebilir. Belki eğer bunlar, borçlunun hatası dolayısıyla icra edilememiş ise zarar ve ziyan iddiasında

<sup>10</sup> Başka bir noktâ nazar için şuralara müracaat ediniz: TF. 19. s. 162. 42 II, s. 56. *Praxis* 8. No. 84; [TF. 45 II, s. 291] ahlâkî bir vazifeyi ifa vadinin (meselâ muavenete hakkı olmıyan bir akrabaya muavenet gibi) bir hukukî esasa müstenit olmıyacağından hükümsüz addi icap ederdi. Mamafî bana öyle geliyor ki hukukî bir esas vardır o da vait edenin bir teberru *libéralité* yapmak maksadıdır. Eğer 239 uncu maddenin üçüncü fıkrası [T. B. K. 234] ahlâkî bir vazifenin ifasının hibe ve binnetice bunu ifa vadinin de hibe vadi addolunmıyacağını söylese idi bu vait bir hibe vadi olacak ve hibenin şekline tâbi bulunacaktı. Federasyon mahkemesi, hukukan borçlanmak maksadının bu nevi vaitlerde mevcut olmadığını haklı olarak işaret ediyor.

<sup>11</sup> Âdet ve ihtiyaçtan mütevellit (bahşiş, hediye) gibi borçlar için *Schweizerische Juristen Zeitung* un on sekizinci numarasına bakınız. s. 27

<sup>12</sup> İleriye müracaat.

<sup>13</sup> İleride § 3. Not 37ye bakınız.

<sup>14</sup> İlerde § 3 not 38 e bakınız.

bulunabilir. Bu gibi vazifeler borçlar kanununda alelekser, bir borç rabıtasının unsurları gibi telâkki olunur. Her borçlu taahhüdünün ifası için lâzım gelen şeyleri hazırlamak mecburiyetindedir. Satıcı emtiayı vaktinde ve iyi bir halde teslim için lâzım geleni yapmalıdır. Fakat bu hazırlama borcuna mukabil alacaklının hiç bir mutalebe hakkı yoktur. Müşteri bayiin malı dikkatle muhafaza etmesini veya mukavelenin ifa edileceği yere vaktinde göndermesini talep edemediği gibi dava tarikile de isteyemez. Ancak teslim vukubulmadığı zamandır ki ademi ifanın sebepleri araştırdır. Ve borçlu hata yapmışsa zarar ve ziyan tediyesine mecbur olur<sup>13</sup>.

Ancak ilerde yapılacak bir zarar ve ziyan iddiasının şartı olmak üzere nazarı dikkate alınan vazifelere bilvasıta borçlar, *obligations indirectes*<sup>14</sup> denilebilir. Bunlar nâkıs borçlardır. Zira kendilerinde borcun esaslı unsuru yani edasını talep hakkı mevcut değildir. 359uncu maddenin ikinci fıkrası [ T. B. K. mad 351 ] mucibince bir iş mukavelesinde rekabet yapmak üzere deruhte olunan ve akdi bir ceza ile temin edilen borçta nakıstır. Aile hukukunda da müşabih bir hadise vardır ki bu da nişanlanmadır; izdivaç vâdinin icrası bir dava ile talep olunamaz. ( Kanunu Medeni madde 91 ve müteakıp maddeler ) [ T. K. M. mad. 83 ], fakat ademi ifası zarar ve ziyan için bir hak bahşeder<sup>15</sup>.

5. — Hüsni niyetle zilyet bulunan kimse Kanunu Medenin 939 uncu [ T. K. M. mad. 907 ] maddesi mucibince sarfiyatının iadesini talep edebilir. Bu da nakıs bir borç tevlit eder. Filhakika kanun, «zilyet tediye talep edebilir» diyorsa da burada kelimenin teknik mânasile bir mutalebe *pretention* yoktur<sup>16</sup>. Zilyet ne tediye icbar edebilir ve ne de bu hususta

<sup>13</sup> Fikrimce, 339 uncu maddedeki [T. B. K. 332] müstahdimin borçları da böyledir. Emniyet vasaitinin ademi kifayesi ve atelyelerin fena bir halde bulunması halinde işçi hasıl olan zararın tazminini isteyebilir. Yahutta 352inci madde [T.B.K.344] mucibince hizmeti terk eder. Fakat emniyet tertibatı alınması veyahut çalışma mahallerinin münasip bir hale getirilmesi için dava edemez. Bu gibi tesisat bazan işletme usullerinde mühim tadilat husule getirir. Binaenaleyh fikrimce ancak bütün amelenin menfaati icap ettirdiği takdirde hukukuamme vasıtasile talep edilebilir. Müller—Erzbach, *Jahrbuch für Dogm*, 73, s. 177

<sup>14</sup> *Allg. Teil*, § 4, not 17; *Plunck—Siber* in şerhi, mütalâatı iptidaiye, s. 20; İmparatorluk mahkemesi 72. 394.

<sup>15</sup> Aşağıda § 12 not 24 e bakınız.

<sup>16</sup> Yukarda § 2 VI ye bakınız.

dava ikame eyliyebilir. Ahkâmı umumiye mucibince<sup>17</sup> ancak bir defî hakkına maliktir<sup>18</sup>: sarfiyatı tediye olununcaya kadar elindeki şey'in iadesinden imtina edebilir. Bunu iade ettikten sonra sarfiyatının istirdadı için hiç bir vasıtai hukukiyeye malik değildir. Meğerki mal sahibi zararının tazminini vadeylemiş ola<sup>19</sup>. Mamafi kabul ederim ki burada tabii bir borç kalır, çünkü malin iadesinden sonra mal sahibi sarfiyatı tediye ederse bir hibe yapmış olmaz ve eğer kanunî bir hata ile tediye borçlu olduğunu zannetmişse istirdat iddiasının reddi icap eder. Gayrı kanunî mal iktisabı halinde de sarfiyatın iadesi aynı ahkâma tabidir. (65) inci maddenin [T. B. K. mad. 64] metnine göre müddeaaaleyh sarfiyatını istirdat hakkına maliktir. Mamafi bu, istirdadı talep edebilir demek değil belki sarfiyatı, iade edeceği şeyden tenzil olunur demektir. Eğer iade olunacak haksız iktisap paradan ibaretse sarfiyatın miktarı hesabın menfi bir maddesi olarak tarh olunur; eğer menkul bir şey'in iadesi lâzımse, bunu haksız yere iktisap etmiş olan kimse kanunu medenin 895nci [T.K.M. mad. 86<sup>4</sup>] maddesi mucibince sarfiyatı için hapis hakkına maliktir; diğer şeyler, meselâ alacaklar için kanunî bir hüküm mevcut bulunmadığı takdirde iktisap edenin mukabil bir defî hakkına *exception* malik olduğu kabul edilir.

6 — Konkordato müflisin borcunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırır. İcra ve iflâs kanunu madde 311. Nakıs bir borç<sup>20</sup> kalıp kalmadığı muhtelefünfihdir<sup>21</sup>. Rehin ve kefalet<sup>22</sup> haklarının mahfuziyeti nakıs bir borcun kaldığına bir delildir. Bundan başka, nakıs bir borcun mevcudiyeti şu neticeyi husule getirecektir: borçlu, konkordatonun kendisini borçlarından beri kıldığını bilmiyerek borcunun tamamını tediye ederse bunu

<sup>17</sup> Windscheid § 422, mütalâa 7. Alman Kanunu Medenisi 1000 ve müteakıp maddeler.

<sup>18</sup> Ostertag, mütalâa 10.

<sup>19</sup> Ostertag, 13 numaralı mütalâasında, malin bilâkaydı ihtirazi tesliminden, istirdattan vazgeçildiği anlaşılmadıkça zilyedin istirdat davasından mahrum edilemeyeceğini kabul eder gibi görünüyor. Halbuki gerek ahkâmı umumiyenin ve gerek 939 üncü [T. K. M. mad 907] maddenin sureti halli böyle değildir.

<sup>20</sup> Almanyada galip fikir de bu merkezdedir. Jager'in, *Kommentar zur Konkursordnung*, mütalâa 5. § 193; *Enneccerus*, § 227 II 4, ve müteakıp sayfalar.

<sup>21</sup> Bu manada İsviçre Federasyon mahkemesi kararları, 26 II No 99 a bakınız. Bilâkis aynı mahkemenin 28 II No 68 kararı; *Gaeger*'in mütalâa 3, İcra ve İflâs kanununun 311 inci maddesi; *Becker*'in mütalâatı iptidaiye, 9, s. 5 e müracaat.

<sup>22</sup> İcra ve İflâs Kanunu madde 303; Borçlar Kanunu madde 114 fıkra III, [T. B. K. mad. 113].