

## BORCUN MAHİYETİ (1)

Yazan :

Prof. Dr. Théo Guhl

İsviçre Bern Üniversitesinden

§§. 2. Borç

I. Borç, iki ve daha fazla kişiler arasında mevcut hukuki münasebet olup bunlardan birinin ötekinin istiyebileceği edimi yapmaya mecbur oluğunu ifade eder. Buna göre borcun esaslı unsurları şunlardır :

**Bir çok kişilerin katılığı, Borçlunun ödevi, edimi yerine getirme mecburiyeti ve alacaklının hakları.**

II — Borç münasebeti muayyen kişiler arasında doğar. Böylece, borcun meydana getirdiği alacaklar ve istemler alacaklının borçluya karşı sahip olduğu şahsi haklar diye adlandırılır. Bu haklar, mutlak haklara, ezcümle aynı haklara zıt haklardır. Şahsi hak alacaklıya borcludan ancak basit bir istemde bulunma, ondan muayyen bir hareketi yerine getirmeyi sağlama imkânını verir. Halbuki aynı hak, veya bir şey üzerinde hasren tasarruf hakkı, bu şeyi elinde bulunduran veya bu aynı hakkı ihlal eden her hangi bir kimseye karşı hareket iktidarını verir. Bundan dolayı bir aynı hakkın sahibi, şeyin zilyedinin iflâsında, bu şey üzerindeki hakkını iddia edebilir (icra ve iflas K. 242); aynı surette, irtifak hakkı, üzerinde irtifak hakkı kurulan gayrimenkul malikinin iflası halinde değişmez (icra ve iflas K. 226). Borçlunun iflası halinde, menkul rehin alacaklısı âdi alacaklılara nazaran imtiyaza sahiptir. (İc. ve if. K. 219).

1) Büyük üzüntü ile belirtelimki Yazı Kurulumuz içinde ve dışında bulunan üniversitelerimiz öğretim üyelerinden ve tecrübeli mümtaz meslektaşlarımızdan Dergimiz için makaleleri, Yargıtay ve Danıştay dairelerinden örnek değerdeki içtihatları teminde ölçüsüz zorluklar ve tasavvur edilemez ilgisizliklerle karşılaşyoruz. Halbuki bu Dergi münhasıran her alandaki hukukculara seçkin şahsiyetlerin makalelerini, milli, yabancı adli ve idari yargı organlarının örnek değer taşıyan içtihatlarını sunmak amacıyla kurulmuştur. Biricik gayemiz Türk hukukcularına, hiç bir maddi menfaat düşüncesi olmadan hizmet etmektir. Bu ülküsel amaca doğru yürümekte karşılaştığımız zorlukları ve bunun verdiği üzüntüleri hafifletmek üzere tarafımızdan Sayın Prof. Th. Guhl'ün «Le droit Fédéral des obligations» eserinden dilimize çevrilen kesimleri yayınlamaya mecbur olmuş bulunuyoruz. Bu hal ilgilileri uyarırsa ne mutlu.

**Dr. A. P. Gözübüyük**

Aynı hak şahsi hakdan daha kuvvetli hükümlere sahip olduğundan ona tercih edilir. Böylece, bir şahsi hak sahibi, meselâ ödünçveren bir aynı hak tesisi, hatta borçlusunun malvarlığını mesul kılma (rehin hakkı) yolunu araştırır.

Kanun, umumî olarak aynı haklara, tanınan, neticeleri istisnai, mahiyette bazı şahsi haklara da tanımıştır.

Bu hal, borçlunun alacaklıya bir gayrimenkul mülkiyetini (gayrimenkul satımı, vefa, iştirak veya şufa) veya ondan istifade veya onu kullanmayı (kira veya hasılat icarı) sağlamayı taahhüt ettiği zaman belirir. Böylece şahsi hak takviye edilmiş bir durum kazanıyor : Borçlar kanununun 216, 217, 260, 282; Medeni kanununun 665, 681, 683 ve 959. maddeleri gibi. (2)

**III — Borçlunun hareketi**, edimi değişebilir. Borçlu, yerine göre, bir borcu devir etmeyi, bir şey yapma, yapmama veya bir şeye müsaadeyi taahhüt eder.

Şu halde Edim, hukuki nizam sınırları içinde olmak üzere, her hangi bir muhtevaya sahip olabilir (BK. 19) Not : Türk B. K. 19.

Edimin mübadele kıymetine veya para ile ölçülür bir kıymete sahip olmasına hiç ihtiyaç yoktur. Alacaklının edimde bir menfaati olması kâfidir. Bu menfaat bulunmadığı takdirde, borçlu, hakkın kötüyü kullanıldığı defini alacaklıya karşı ileri sürebilir (Medeni K. 2).

Fakat borçlu daima edimi yerine getirmeye mecbur olmalıdır. Borç hukuki bir ödevin mevcudiyetini ifade eder, edimi yerine getirme ödevi. Alacaklı edimin yerine getirilmesini ondan sağlamaya muktedir olmalıdır. Bu yerine getirme vasfı şu veya bu sebepten dolayı mevcut olmadığı takdirde borç eksiktir. (§§ 3). Bu durumda borçluya düşen gerçek bir yerine getirme ödevinden (devoir de prester) bahis olunamaz.

Buna karşılık tersi daima doğru değildir : Bir işlem yapmak veya ondan kaçınmak ödevinin mevcudiyeti bazı hallerde, gerçek bir borcun doğmasını gerektirmez. Kamu hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve aynı haklar bir çok hukuki ödevler koymuştur. Fakat bu ödevler borçlar kanunundaki manada borç teşkil etmezler ve onların yerine getirilmemesi, borçlunun borcunu yerine getirmemesinden doğan neticelerden farklı neticeler meydana getirir. Bununla beraber, kamu hukuku veya medeni hukuk tarafından tesbit olunan mecburiyetler bir

2) Türk BK. 213, 214, 255, 277, TMK. 642, 658, 660, 919.

**borcun doğumu şartı olabilir** : Hahsız fiiller alanında BK. nun 41, müteakip, 49, 55 ve MK. nun 28, 29 ve 333 üncü maddeleri gibi, (Not. Türk BK. 41, 49, 55 ve TMK. 24, 25, 320. maddeleri).

IV — Borçlunun borcu karşı tarafın sahip olduğu bir **alacak hakkının** tabii neticesidir. Alacaklının bu hakkı borçtan doğmaktadır. Alacak istenebilir (muaccel) olduğu zaman alacaklının istem hakkı (prétention) doğar ve ona borcun yerine getirilmesini sağlar. İsviçre hukuk terimleri alanında alacak ve istem hakkı aralarındaki sıkı bağıllık dolayısıyla bir birinden farksız olarak kullanılmaktadır. Alacaklının alacağından faydalanma ve borçludan edimin yerine getirilmesini isteme tarzı bir yandan aralarındaki hukuki münasebetin (bir taraflı veya iki taraflı borç) mahiyetine ve diğer yandan borcun bizzat muhtevasına bağlıdır (yukarıda III, 7.).

Taraflar satımda olduğu gibi aynı zamanda alacaklı ve borçlu oldukları zaman, alacak, muayyen hallerde, defî şeklinde ileri sürülebilir. (Türk BK. 81).

Borçlu bir şeyi veya bir miktar parayı vermek mecburiyetindedir. Alacaklı, devlet yardımı ile, borçlunun malvarlığını mesul kılarak hakkını sağlama imkânına sahiptir (Mad. 97, II. Türk. 96). Alacaklı borçlunun şahsını değil şahsı yerine mallarını mesul kılabilir.

Borçlunun edimi bir şey yapma mahiyetinde olduğu takdirde, alacaklı hâkimden üçüncü şahıs marifetiyle, masrafları borçluya ait olmak üzere, edimin yerine getirilmesini isteme hakkına sahiptir (III. Md. 359, Türk. 351).

Borçlu sadece alacaklının bir fiiline müsaade mecburiyetinde olduğu takdirde, alacaklı kanunun tecviz ettiği veya kendisine tanınan bu fiili bizzat ifa edebilir; böylece alacaklı borçlunun iştirakine hacet kalmadan istediği neticeye ulaşabilir.

Arkası var

Çevirici : Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK