

Hukuk Mukayesesi

Vasfi Raşit SEVİG

**Roma Hukukundan başlayarak Alman medenî kanununa ve İsviçre -
Türk Borçlar Kanununa gelinceye kadar, yani XX inci yüzyıla kadar
borç (Vecibe) Kavramının geçirdiği değişme safhaları ve XX inci
asırdaki telakkisinin mukayeseli olarak tetkiki**

«İlmî bir eser kıymetini yalnız planının tertipin-
deki ahenkten ve şeklindeki zarafetten almaz. Bil-
hassız ihtiva eyleyebildiği yeni fikirler stokundan alır.»
Saleilles , De la déclaration de la volonté. p. X.

I

1. — İlk medenî kanunu 1804 de yani XIX inci asrın başında neşre-
dilmiş olan Fransız medenî kanunudur.

a) XX inci asır hukukunu Alman medenî kanunu açmıştır. Yani XX
inci asrın borçlar hukukuna karakterini, XX inci asrın ilk günü (ocak
1900 da) yürürlüğe giren 18 ağustos 1896 tarihli Alman medenî kanunu
vermiştir. Alman medenî kanun hakkında en toplu fikirler mezkûr ka-
nunun Bufnoir, Chhallamel, Drioux; Geny; Hamell; Levy - Ulmann
Saleilles taraflarından yapılmış ve tahşiye edilmiş tercümesinde ve en gü-
zel malûmat Saleilles'in eserlerinde bulunur.

b) İsviçre ve Türk borçlar hukuku da XX inci asrın iki büyük ese-
ridir. 1883 de yürürlüğe giren 1881 tarihli İsviçre borçlar hukuku 30 Mart
1911 de tâdilen islâh edibmiştir. Bu muaddel şekil, 10 aralık 1907 tarihli

medenî kanunun bir parçası kılınmış ve onunla beraber 1912 de yürürlüğe girmiştir.

818 sayılı Türk borçlar hukuku 3 Nisan 1926 tarihini taşır. 8 Mayıs 1926 da neşredilmiş ve 743 sayılı Türk medenî kanunun tamamlayıcısı kılınmıştır (Mad. 544); ve onunla birlikte 4 Ekim 1926 da yürürlüğe girmiştir. İsviçre ve Türk Borçlar hukuku hakkında yazılmış olan eserler arasında Von Thur'un eserile Ord. Profesör A. E. Arsebük'ün, Ord. Prof. Schwartz'in eserleri en güzel olanlardır.

c) İngiliz hukukunun da nazara alınması mukayese unsurlarını tamamlamak için lâzımdır.

İngiliz hukuku önemini borçlar ve sözleşme sahasında yazılı hukuka ait ancak 8 veya 10 metnin mevcut olmasından alır; Geri kalan kısmının hep yazılı olmayan hukuka ait bulunması yani, İngiliz tarihinden, İngiliz örfünden ve equity (nasafet) adını taşıyan özel bir hukuktan fıskırmış olmasından alır.

Jenks ve Lee taraflarından yazılıp Baumann ve Goulé taraflarından Fransızcaya tercüme edilmiş olan (Digeste du droit civil anglais) XX inci asra ait İngiliz düşüncesini gösteren kıymetli bir vesikadır.

Bu eserden başka İngiliz hukukuna dair Arthur Pavitt ile Simon - Juquin'in Fransızca olarak ortaklama yazdıkları kısa fakat kıymetli bir eser daha vardır: «Droit Anglais usuel»

İngiliz hukuku hakkında Fransızca olarak yayınlanmış diğer eserler.

P. Lepaulle; De la nature du «trust» Journal du d. international 1927.

Harry Levi; «La protection de la propriété mobilière en Angleterre d'après la plus récente Jurisprudence»

Marc Ancel; La «Common Law» d'Angleterre

Luc Henry Dunoyer; Blackstone et Pothier.

d) Borçlar hukukunun XX inci asırdaki telâkkisini gösteren vesikalardan biri de Fransız - İtalyan müşterek borçlar kanunu layihasıdır.

2. — Bu izahlarımdan yazının planı meydana çıkmış oluyor.

a) Roma hukukunda ve XIX cu ve XX inci asırlarda borçlar hukuku kavramı.

b) Borçlar hukukunun kaynakları:

3. — Borçlar hukukunun medenî kanuna göre yerini tayin etmekte

iki sistem vardır. Biri, ona yanaşma muamelesi yapan ve ona özel ve medenî kanundan ayrı bir yer vermiyen sistem; diğeri, Türkiye ve İsviçre gibi ona bağımsız ve egemen bir yer ayıran ve her şeyi veren sistem; yani Borçlar hukukuna aile hukukundan ve mülkiyetten ayrı bir hayat veren sistem. Yalnız Türk sistemi ile İsviçre sistemi arasındaki fark, İsviçre Borçlar kanununun tam bir muamele hukuku olmasının, ticarî mefhumlara ve ihtiyaçlara da cevap verebilmesinin istenmiş ve bu emelin gerçekleştirilmesine muvaffak olunmuş bulunmasındadır. Bizde ise medenî kanundan ayırdığımız Borçlar kanununun, ticaret kanununa lüzum gösterip göstermiyeceği hakkında henüz kat'î bir karar dahi alınmamıştır. Bu cihetler hakkında ticaret K. şerhinde kâfi izahatı vermiş bulunuyorum. Bu hal ve bu tereddüt bize, mecelleden fıskırmış olan Türk cemiyetinin henüz medenî kanuna tabi ve çoğunluk teşkil eden gayri menkul sahipleri ile ticarî adetlere tabi tacirler alemlerine ayrılmış bulunmakta olduğunu göstermesi itibarile manalıdır.

Fransız ve İtalyan müşterek borçlar K. lâyihası da borçlara müstakil bir yer ayırmış ve ikinci sisteme uymuş oluyor.

İngiliz klâsik hukuk kitaplarında ise ne «OBLİGATIO» kelimesine ne de mefhumuna rastlanmadığı söylenmektedir. Akitleri (Contracts) ve haksız muameleleri (Torts) kabul eden İngiliz K. bunların Roma hukukundan kaynıyan bir sentezi olan Obligatio'yu bilmek bile istemiyor.

4 — Roma Hukuk fakültesi dekanı Vittorio Scialoja'nın teşebbüsü ile geçen umumî harbin son senelerinde kurulan Fransız ve İtalyan komitesi Fransa ve İtalya için müşterek bir borçlar kanunu vücuda getirmeğe çalıştı. On sene süren bu çalışmalardan vücuda gelen avan proje (Bulletin de la Societe d'etudes legislatives 1925 p. 255) de basılmıştır.

Bu avanproje pek az tadile uğramıştır; esbabı mucibe layihasıyla 728 maddeden mürekkeptir. Layihanın umumî kısmı 322 maddedir. Borçlar kanunu Fransız ve İtalyan medenî kanunlarından müstakil bir kanun teşkil edecekti.

Fransız - İtalyan müşterek borçlar kanunu layihası, «Code civil des obligations et des contrats» adını verdiği borçlar hukukunu arz eylediği gibi Fransız ve İtalyan medenî kanunlarından ayırmakta ve ona müstakil bir varlık temin etmektedir. Layiha bu hususta İsviçre hukukunun açtığı yolu takip etmiş oluyor. Fransız medenî kanunu Pothier'ye taklit ederek borçları mukavelelerle birleştirmiştir. Alman medenî kanunu, Fransız kanunundan biraz ayrılmış borçlar kavramını mukavele mefhumundan ayırmıştır. Medenî kanunun, borçlara tahsis edilmiş olan ikinci

kitabı «deyinden doğan münasebet hukuku» veya sadece «deyin münasebeti hukuku» diye tercüme edebileceğimiz bir adı taşır: «Recht der Schuldverhaeltnisse».

Alman kanunu borçlar hukukunu medenî hukuk ile tamamıyla karıştıran veya tamamile ayıran sistemler arasında ortalama bir sistem arzeder.

5 — Cemiyetler medenî ve ticarî kısımlara ayrıldıkları gibi sırf medenî ve sırf ticarî olmak üzere de ikiye ayrılırlar. Medenî kanun, cemiyetin medenî hayatını tanzim eder; Ticaret kanunu da ticarî hayatı düzenler.

Almanya ve İsviçre gibi iliklerine kadar ticarileşmiş olan cemiyetlerde borçlar hukuku medenî kanunun bir parçası olamaz. Eğer Almanya'da Borçlar medenî kanunun içine girmiş ve medenî K. nun yani başında ayrı bir ticaret kanunu yer alabilmiş ise sebebi siyasi ve teşriidir; yoksa Alman cemiyetinin Fransız ve Türk cemiyetleri gibi medenî ve ticarî olmak üzere iki ayrı ayrı âleme ayrılmış olmasından değildir. Medenî hayat demek olan hususî hayat iktisadî zaruretlere uyarak gittikçe ticarî bir mahiyet almakta ve cemiyetleri sırf ticarî cemiyet haline sokmaktadır; yani cemiyetin bütün fertlerini tacir kılmaktadır. Medenî hayatın en basit teşkilini Köylerde görürüz köylerde ticaret hayatı yoktur ve köylülerin hiçbiri tacir değildir, yaptıkları işlevler de (muamelelerde) ticarî muamelelerden sayılmaz. Köylü arazi üzerinde çalışan ve yaşayan bir kimsedir. Fertlerinin arazileri üzerinde yaşadıkları ve arazilerle yaşadıkları veya akar ve binaları ile yaşadıkları cemiyet medenî cemiyettir. Medenî cemiyete tacirin zıttı olan burjuva vasfı da verilir. Burjuvaca yaşamak ticareti hor görmek ticaretten kaçınmak demektir.

A — Medenî cemiyetler :

a) Medenî cemiyetlerde esas serveti gayri menkul mülkiyet teşkil eder. Ibn Abidin gayri menkul mülkiyet için «enfes-i mülk» tabirini kullanır; malların en iyisi en güzeli gayri menkuldür.

«Orta çağda, toprak servetin biricik sağlam elemanı (unsuru) idi. Sanayi pek az inkişaf eylemişti, ticaret az faal idi; Roma imparatorluğu zamanında bol olan kıymetli madenler önemli derecede nadirleşmişti. İmdi menkul malların ehemmiyeti az idi, ve pek az olan istisnasından sarfı nazar edilirse, imtidatları (devam edebilecekleri zaman) kısa idi. Menkuller bir mamelekin ciddi bir kısmı olarak telakki edilmiyordu. Bu sebepten «res mobilis, res vilis» (menkul eşya esfel eşya) veya (menkul eşya hor eşya) denirdi veya «vilis mobilium possessio» (Menkula muta-

sarrıf olmak itibarsız, hor bir şeydir» denirdi» (Planiol cild I. sah. 719 No. 2198). (1)

Türkiyemizde servetin taşınan «anahtar» sayısı ile ifade edilmesi henüz sırf medenî cemiyet halinde bulunduğumuzu gösterir. Avrupalıların «Türkler yüzbin liradan fazlasını idare edemezler hemen gayri menku- le yatırırılar» hükmü cemiyetimizin karakterini tebarüz ettirir.

«Dünyada mekân ahirette iman» darbimeseli cemiyetimizin me- denî cemiyet ülküsünü ifade eder.

b) Medenî cemiyetlerde işler dostlar arasında yapılır ve ücrete ta- bi olmaz: «mukavele veya teamül var ise vekil ücrete müstehak olur.» (B. K. § 386); Şirketler dostlarla kurulur.

c) Medenî cemiyetlerde para dostlardan alınır ve faize tabi değil- dir.

d) Medenî cemiyetlerde «iyi bir aile reisi» sorumluluk ölçekidir.

B) Ticarî cemiyetler :

a) Ticarî cemiyetlerde esas serveti menkul mülkiyeti teşkil eder: «XVIII inci asırda hususî servetlerin terekkübünde önemli bir iktisadî de- ğişme hasıl oldu. Ticaret ve sanayiın gelişmesi, borsa kıymetlerinin ve diğ- er menkul kıymetlerin ihtası menkul mallara, bir kaç sene içinde beklenilmedik bir önem verdi. Menkul servet bugün milyarlarla rakkam- lanmaktadır, ve toprak servetine üstün olması muhtemel bulunmakta- dır. İki çeşit servet arasındaki roller de ğişmiştir. Menkul servetin te- davül (elden ele geçiş) kolaylığı onu, gayri menkul mülkiyeti koruyan ve ekseriya ağır olan teminatlara ve şekillere elverişli kılmamakta ise- de bu hal kanun kurucusunun onu hor görmesi için bir sebep teşkil et- mez. «Menkul mal itibarsız mal» sözü doğru bir söz olmaktan çıkmıştır. Bir kaç paroisse'den (idarî küçük bir çevre) irad alan bir feodalite be- yinin gayri menkul serveti, bugün büyük bankalarımızda ve büyük sa- nayi ve ticaret şirketlerimizde toplanmış ve yığılmış sermayelere kıyas edilince ne tutabilir? Bu iktisadî de ğişmeden çıkan netice, eski tema-

(1) — Menkul mülkiyete gösterilen bu itibarsızlık hukukî müesseseler üzerinde derin tesirler göstermişti. Gayri menkul mülkiyet her türlü teminat ve her türlü imtiyaz ile çev- rilmıştır. 1789 büyük inkılabı zamanında örf kuvvetli bulunmakta devam ediyordu; me- denî kanun da bu kuvvetin tesirine büyük miyasta tabi oluyordu. Bunun en dikkate şa- yan misalini vesayet altında bulunan küçüklerin menkul servetlerinin korunmamış olma- sında görürüz. 1880 senesine kadar vasi, küçüğün yüzbinlerce frank kıymetindeki tahvil- lerini izin almaya muhtaç olmaksızın ve kontrole tabi tutulmaksızın satabilirdi (Planiol No. 2199,2200).

yüleri muhafaza eden Fransız kanununun olaylarla uyumsuzluğa düşmüş olmasıdır. Mahcurlara ait menkul kıymetlerin ferağı hakkında çıkan 27 Şubat 1880 kanunu menkul serveti hor görmekten doğan en fena tesiri ve neticeyi sildi; fakat silinmesi lâzım olan daha bir çok şeyler vardır. En şaşılacak şey, en modern kanun kurucusunun dahi eski örf hukukunun geleneğine, farkında olmaksızın kapılmakta bulunmasıdır; 21 Mart 1884 Kanunu meslek sendikalarına, gayri menkule sahip olmalarını yasak eder fakat onlara menkul sermayelere sahip olmağı yasak etmez. Bu takdirde yasak neye yarar?» (Planiol cild I No. 2200).

b) Ticarî cemiyetlerde iş, o işin icrasını meslek edinmiş kimseler vasıtasıyla gördürülür ve ücrete tabi olur..

c) Ticarî cemiyetlerde para bankalardan alınır ve faize tabidir. «Sıfatı ticariyeyi haiz olan bir şahıs diğer bir tacir veya gayri tacire ticareti icabından olarak bir iş görmüş veya her ne suretle olursa olsun ona bir menfaat temin eylemiş olursa bir ıvaz talep ve istifa etmeğe hakkı vardır.» (Ticaret K. § 635 fıkra. I.).

«Bundan başka mezkur tacirin işini görmek veya bir menfaatini temin etmek için avans olarak verdiği meblağı veya ihtiyar ettiği masrafı, verdiği veya sarf eylediği tarihten itibaren faizle birlikte talep etmek hakkını haizdir.» (Ticaret K. § 635 fık. II.).

d) Ticarî cemiyette sorumluluk ölçüsü olarak «basiretkâr bir tâcir) alınır

5 — Borç ve mukavele mefhumları: Roma hukukundan toplanmış olan bu çok eski mefhumlar orta çağın tecrübesinden geçmiş ve aklın yazı şeklinde göze gözükmeye gibi kabul olunmuştu. Orta çağın «yazılmış aklın» ifadesi olarak kabul eylediği bu mefhumlar Pothier tarafından toplanmış ve Pothieri'nin eserinin kopyesi olan Fransız medenî kanununa girmiştir. Fakat kanunların hiç biri borcu tarif etmemiştir. Çünkü borç kavramı Roma hukuku tarafından tesbit edilmiş ve tesbit edilen bu kavram Roma hukukunun meşhur metinleri vasıtasıyla bize kadar gelmiştir. Borç tarif edilmek istendiği zaman Roma hukukunun klâsik olmuş bu meşhur metinleri tekrar olunurdu. Roma hukukunda düğüm, bağ (akt, ukte) ⁽¹⁾ manasına gelen obligatio tabirleriyle ifade edilen borç Justinianus'un meşhur olan Institutes'ında şu suretle anlatılmıştır: «Obligatio bir hukukî bağdır ki o bağlanma dolayısıyla site-

(1) — Inikut, makutünaleyh gibi akitten istikak eyleyen bütün kelimeler eski hukukumuzda Akit kelimesinin obligatio manasında kullanılmayıp sözleşme manasına kullanıldığını gösterir.

mizin (Devletimizin) hukukuna (medenî hukukumuz) tevfikân bir şey ödemeğe bizi zarurî bir tarzda mecbur bırakır.» Eski hukukumuz bağ (vinculum) tabirini «ittisal» kelimesile ve hukukî bağı «hukukî ittisal» tabirile ifade ederdi.

Digesta'da meşhur hukukcu Paulus'un, obligationun cevherini anlatan ve Justinianusun tarifini tamamlayan bir tarifine daha rastlanır. «Obligatio'nun cevheri bir şeyin bizim olmasından veya lehimize bir irtifak hakkı tesis edilmesinden ibaret değildir. Obligatio'nun cevherini, bir şahsın bize mülkiyeti nakil etmeğe veya bir şey yapmağa veya bir edada bulunmağa mecbur olması teşkil eder.» Yine Romanın meşhur klasik devir hukukçularından Modestin'in «borçlu kendisinden, arzusu hilafına para vermesi zorlana bilen kimsedir.» diyen sözü de borcun bir tarifin teşkil eder. Bir başkası üzerine rızası hilafına söz geçirebilmek velâyetin, kudretin ifadesi olduğuna göre borç, bu tariflere göre alacaklıya borçlu üzerinde bir velâyet hakkı verir.

Roma hukukunun meşhur ilk iki tarifini Pothier tek bir formülde teksif etmek suretiyle borcun klasik olmuş tarifini vermiştir: «Hukukcular bu borçları, bizi diğer bir şahsa karşı bir şey vermeğe veya bir şey yapmağa veya yapmamağa mecbur eden bir hukukî bağ diye tarif ederler.»

Roma hukukunu, Justinianus'un Institutesleri'ni madde madde şerh etmek suretiyle okutan XIX uncu asır okutma usulü Romanın tarifini yatmış, ve iyiden iyiye yerleştirmiştir.

XIX uncu asırda borcun Pothier'nin elinde kat'i şeklini almış olan tarifinde bir yenilik yapmağa çalışmış olan Aubry ve Rau müşterek eserlerinde bağ demek olan Obligatio'yu hukukî bir bağ olarak (Juris vinculum = hukukî ittisal) izah etmekteki mantıksızlık üzerinde durmaktan ve «hukukî bağ = ittisal» yerine «hukukî zaruret» tabirini koymaktan başka bir şey yapamamıştır. Tariflerine göre «borç bir hukukî zarurettir ki o zaruret dolayısıyla bir kimse diğer bir kimseye karşı bir şey vermeye bir şey yapmağa veya yapmamağa mecbur tutulur.»

Borç, anlattığım klâsik tarifine göre iki kişi arasında bir münasebettir. Bütün medenî cemiyetlerde borç iki şahıs arasında bir münasebettir. Borç münasebeti birbirini tanıyan, bilen iki kişi arasında bir bağlanmadır.

Ticarî cemiyetlerde ise borç asla iki kişi arasında bir münasebet değildir. Meselâ hamile yazılı senetlerde borçlu alacaklısının kim olduğunu dahi bilmez. Bu cemiyetlerde Obligatio mamekleştirilmiştir. Bu cemiyetlerde borcun iki mamelek arasında bir münasebet olduğu fik-

ri, iki şahıs arasında bir münasebet olması fikri yerine geçirilmiş ve borcun sujelerinden (alacaklısı ve vereceklisinden) ziyade objesine (mevzuuna) kıymet verilmiştir.

Borcun şahıslar arasında bir münasebet olması fikrine subjektif telâkki denir. Borcun mülkiyet mevzuu olması ve meselâ bir ayın gibi başkasına nakil ve temlik edilebilmesini mümkün kılan fikre de objektif telâkki denir. Subjektif telâkki surleri, objektif telâkki de mevzuu ilk plâna alır. Borcun objektif anlaşılışı, onu şahsi bir eda olmaktan çıkartmaz. Yalnız ihtiyar ile yapılmış bir hizmet taahhütü herhangi bir kimseyi her hangi bir kimseye karşı müteahhit kılabilir. Eğer borç belirtilmemiş bir verecekli olmaksızın tasavvur edilemez ise alacaklı geçici bir zaman için belirli olmayabilir; elverirki vadede borcu talep edecek bir adam çıksın. Verecekli rolünü de her hangi bir adam oynayabilir. Borç şahsiyeti önemli olmayan ve bir rol oynamayan bir vereceklinin vereceği olabilir. Demek ki bu takdirde esaslı olan vereceklinin şahsi değil, her hangi bir vereceklinin bulunmasıdır. Bu taahhüt, verecekli çıkar çıkmaz yeni bir kıymetle meydana çıkmış ve yaratılmış olur. Yeni kıymet bir edanın yapılacağına itimat etmekten ve edayı yapacak bir vereceklinin - edadan mesul olmak şartile - bulunmasından doğar. Borcun mücerret bir kıymeti olduğunu - vereceklinin şahsından mücerret bir kıymeti olduğunu iddia etmek borcun mevzuunun, vereceği, vereceklinin şahsından ziyade temayüz ettirdiğini iddia etmekten başka bir şey değildir. Böylece borç aynı hakka yaklaşmış olur.

Halbuki borcun subjektif telakkisi borcu yalnız mevzuu ile temayüz ettirmez; borcu borçlunun şahsı ile farik kılar ve temayüz ettirir. Binaenaley bir vereceklinin yerine her hangi bir verecekli geçirilemez. Borç yalnız borçlunun şahsı ile farik olmaz ve temayüz eylemez, alacaklının da şahsi borçu farik kılar ve temayüz ettirir. Alacaklı, verecekli ve eda birbirinden ayrılmaz. Borç vereceklinin, aralarındaki hukukî bağ dolayısıyla alacaklıya tabi (uyruk) olmasından başka bir şey değildir.

Borcun objektif telâkkisinin onu aynı hakka yaklaştırmakta olduğu iddiasını da bir az izah etmek lâzımdır.

Aynı hak (iktisadî ekonomik) kıymetini ayınlardan, yani maddî eşyalardan alır. Borç ise iktisadî kıymetini vermeği, yapmağı veya yapmamağı taahhüt ve iltizam eden bir şahsın uyrukluğundan alır. Aynı haklarla şahsi haklar arasında iktisadî kıymetlerinin temellerine aid bu farktan sarfınazar edilince aynı hakta da, şahsî hakta da mücerret bir kıymet vardır. Aynı hakkın, mevzuunun maddî varlığına dayanan mücerret

bir kıymeti vardır. Bir mülkü diğer mülkten ayıran maliki değildir, kendi mahiyetidir; bir ev ile bir tarlayı birbirinden maliklerinin şahısları ve şahsiyetleri ayırmaz. Böylece bir borçta mücerret bir kıymeti haiz olabilir; bu mücerret kıymeti borcun muhtevası vücuda getirir, yoksa alacaklı ve vereceklinin şahsiyetleri vücuda getirmez. Kalem kâğıt vermeği taahhüt etmek başkadır bir ev inşa etmeği taahhüt etmek yine başkadır. Vereceklinin şahsiyeti meselâ arabacının şahsiyeti borcun muhtevası olan nakliye üzerine tesir eylemez ve tesiri olamaz.

Demekki borcun XIX uncu ve XX inci asırlardaki telâkkisini anlatırken subjektif telâkkiden objektif telâkkiye geçişi anlatmış olacağız,

7 — Roma hukukunda debitum (verecek) ve obligatio (mutalebe) tabirleri aynı mağnaya gelmez.

Debitum (verecek) veya eski hukukumuzun tabirile deyin bir verecekten doğan münasebettir; bir Eda da bulunmak vazifesini ifade eder. Bu ödevin karşılığı, almak hakkıdır. Debitum bir taraftan verilecek şeyi almak hakkı (habere debere); diğer taraftan verilecek şeyi vermek vazifesidir (praestare debere); Bu münasebet asli bir velâyete vücut vermez; yani borçlunun edaya, alacaklının kabule mecbur olduğu şeyin ifası için, alacaklıya bir zorlama kudreti vermez. (1).

Obligatio (mutalebe) tabiri ise alacaklının verecekle ile olan velâyet münasebetini ifade eyler. Cebir ve tazyik ancak bir tabiyet yani uyruk-luk halinin mümkün bulunması ile mümkün olur; bir kimsenin veya bir şeyin alacaklıya tâbi olmasıyla mümkün olur. Obligatio tabiri bu tabiyeti, bu bağlanmayı ifade eylerdi. Demekki debitum (deyin) ile obligatio (mutalebe) arasında konu (mevzu) farkı vardır. Deyinin konusu ise ne bir şahıs ne de bir eşyadır. Obligatio'da yalnız bir tahsis vardır: Bir şahıs veya eşyanın alacaklının, muhtemel el koymasına tahsis olunması vardır. Demek ki deyin ile mütalebe nisbetleri arasında konu farkı vardır, ve iki mefhum arasında bir amaç (gaye) farkı vardır.

Borcu, mecburiyet ile, zorlama ve tazyik ile tarif etmek borcun deyin ve mütalebe unsurlarından yalnız birini ve en mühimi olmayanı almağa varır.

8 — Borçları, bir cebir ve tazyik olarak tarif eylemek gayeyi vasıta ile tarif etmek olur. Deyin gayedir; mutalebe vasıtasıdır. Borç, in-

(1) — Borç kelimesini obligatio mukabili olarak tahsis eylemekte zaruret vardır. Borç kelimesi obligatio karşılığı olarak kullanıldığı takdirde ise deyin, asla borç kelimesiyle ifade edilmemelidir.

Deyine yalnız «verecek» demek lâzımdır.

san iradesinin, önünde eğilmeğe, baş kesmeğe mecbur kalacağı bir zaruret değildir. Borçta cebir ve tazyikten başka vazife de vardır. Borç, arzylediğim gibi deyin ile mütalebeden mürekkeptir. Deyini zorla ifa etmek vaziyeti hasıl olabilir. Bununla beraber deyin ve zor birbirine eşit mefhumlar değildir.

a) Tabii denilen borçlarda (meselâ kumar borcunda) deyin vardır; ihtiyar ile ödenince artık geri alınamaz, fakat mütalebe yoktur. yani deyin zorla ifaettirilemez (B. K. Madde 505 e bakınız).

b) Kefalette ise mutalebe vardır; fakat deyin yoktur. Kefil bir teminattır; tıpkı rehin gibi bir teminattır. Aralarındaki fark birincisinin şahsi bir teminat, diğerinin aynı bir teminat olmasıdır. Kefil verecekli değildir; vereceğin edasından mesul bir kimsedir. Nasıl rehin, ipotek borcun istifası için tahsis edilmiş ayın iseler kefil de borcun istifası için tahsis edilmiş şahıstır. .

Bu cihetler islâm hukukunda çok güzel münakaşa edilmiş ve çok güzel anlatılmıştır. «Deynin biri vücub (obligatio) diğeri istifa tarafı olmak üzere iki tarafı vardır.» (Alî Haydar Arsebük mecelle şehri rehin mukaddemesi). Deyin evvelâ zimmette sabit ve bununla vecibe tarafı hasıl olur, sonra mal istifa olunur; bununla istifa tarafı tahakkuk eder. Zimmete mahsus tarafa vesika (teminat) kefalettir. Mala mahsus olan tarafa vesika rehindir. Maksat istifadır vücub istifaya vesiledir».

Deyin (debitum) ile deyni vereceklerden istemek (talep etmek) hakkı ayrı ayrı şeylerdir. Meselâ:

a) Alacaklının vekilinde yalnız istemek hakkı vardır.

b) Bir malı satın almaya vekil olan kimseden satıcı semeni mutalebe edebilir. Halbuki deyin vekilin değildir.

c) Vereceğe kefalette ise kefilin zimmetinde hem deyin ve hem mutalebe veya yalnız mutalebe sabit olduğunda fukaha ihtilafa düşmüşlerdir:

A — Bazı ülema kefilin zimmetinde sabit olan yalnız mütalebe hakkıdır; Deyin sabit değildir demişlerdir. Bu söz en doğru içtihat olarak kabul edilmiştir, çünkü:

a — İslâm hukukunun sağlamlaştırmak manasına olan tevessuk (vesika) kelimesile ifâde eylediği teminat; mütalebe hakkının kefilin zimmetinde sabit olmasıyla hâsıl olur. Deyinin de kefilin zimmetinde sabit olduğunu itibare hacet yoktur. Kefil aleyhine, deyin lâzım olması-

zın mütalebenin icabı mümkün olunca kefilin zimmetinde deyinin de sabit olduğunu itibar etmeye lüzum kalmaz.

b — Deyin, kefaletten sonra dahi asılın zimmetinde olduğu gibi devam eyler. Bu halde kefilin zimmetinde dahi deyinin hasıl olduğu tasavvur edilemez. Zira bu suretle tek bir deyinin iki deyin kılınması icabeder.

Kefaletle, biri asılın diğeri kefilin zimmetinde olmak üzere iki deyinin hasıl olduğu tasavvur ve kabul olunsa bunlardan yalnız birinin istifa edilmesi sebebi anlatılamaz.

B. Kefaletle asılın zimmetinden düşmesine imkân olmıyan deyin ile birlikte kefilin de zimmetinde bir deyin husule geleceğini kabul eden alimlerin, bize obligatio'yu teşkil eden iki unsurdan: deyin ile mütalebeden deyinin asıl, mütalebenin fer'i olduğunu öğretmeleri gibi büyük faidelerine rağmen içtihatları doğru olarak kabul edilmemiştir ve kabul edilemez. Bu alimler diyorlarki mütalebe fer'idir. deyin asıldır. Asılsız fer'i vucude gelemez, Deyin olmaksızın deyni ifa ile mütalebe de olmaz. Binaenaleyh deyinin de kefilin zimmetinde sabit olması lâzım gelir; arzettiğim gibi bu içtihat aşağıdaki sebeplerden dolayı kabul edilmemiştir.

a. — Gerçi asıl olan deyin mevcut olmadıkça deyin ile mütalebe mu tasavver değilse de o deyinin her halde mütalebe olunan şahsın zimmetine sabit ve vacip olması lâzım değildir. Bir malı satın almaya vekil olmuş kimse semeni mebi ile mütalebe edildiği halde deyin kendisinin değildir.

b. — Mütalebe hem alacaklı hem de verecekli hakkında asıl deyinden daima ayrılabilir. Bir malı satmağa vekil kılınmış kimse müşteriye aldığı malın semeni ile mütalebe edebilir, fakat alacak kendisinin değildir. Demekki bir kimse alacaklı olmaksızın dahi alacağı mütalebe edebilir. Kefil de verecekli olmadığı halde verecek ile mütalebe olunabilir.

c. — Mütalebe asıl deyinden tecil ile de ayrılabilir. Tecil edilmiş bir alacakta deyin vardır; mütalebe hakkı ise henüz yoktur.

d. — Mülk de iki unsurdan mürekkeptir; bir çıplak mülkiyet dediğimiz mülkiyettir; buna mülki ayın (aynın mülkiyeti) derler.

Devletin eski beylik arazi üzerindeki çıplak mülkiyeti buna misaldir. Bir de ayın üzerinden mülkiyet mevcut olmaksızın o ayın üzerinde tasarruf edebilmek salühiyeti sabit olabilir, tapu sahibinin beylik arazi üzerindeki mülkiyeti gibi; buna da mülki tasarruf (tasarruf mülkiyeti) denir. Mülki tasarrufun mülki ayna nisbeti ne ise mütalebenin de deyne nis-

beti odur. Rehin alan hakkında mülkü tasarruf mülkü ayından ayrılıyor. Rehin veren, verdiği rehinin aynına malik iken onda tasarrufa muktedir değildir. (A. H. Arşebük mecele şerhi § 622). Bu izahlar bize malik ile mutasarrıf kelimeleri arasındaki farkı da öğretir

e. — Debitum (deyin) ile mütalebe (Obligatio) arasındaki bu farka Alman ve İngiliz hukuklarında da rastlanır. Amlanyada debitum (Schuld) ve obligatio (Haftung) tabirleriyle ifade olunur, İngilterede deyin vazife manasına gelen (Duty) tabirile obligatio'da mes'uliyet tabirile tercüme edilebilecek olan (Tiability) kelimesile ifade olunur.

9. — Borçlar hukuku (şahsî haklar, Jus'in personam) ile aynı haklar (Jus in re) Roma'dan kalma bir tesir ile birbirine zıt iki hak gibi gözükdü. Aynı haklar bir eşya üzerindeki (in rem) hakkı; meselâ giymekte olduğumuz elbiselerimiz üzerindeki hakkı; borçlar hukuku ise bir eşyaya (ad rem) hakkı: meselâ terziye sipariş eylediğimiz elbiseye hakkı ifade eylerdi. Bern Hukuk Fakültesi profesörlerinden Pierre Tuor «İsviçre medenî hukukuna dair yazdığı eserin aynı haklara ait olan dördüncü kısmına, aynı haklarla alacak, hakları arasındaki farkı göstermekle başlar. Tuor orada aynı haklara misal olarak cebimizdeki, kesemizdeki, kasmamızdaki para üzerindeki hakkımızı ve alacak hakkına misal olarak da parasını bir bankaya yatırmış adamın o bankaya karşı olan hakkını gösterir ve gine bir evde oturmak evin maliki için aynı bir haktır, kiracı için şahsî bir haktır, der. Aynı hak bir eşya üzerinde doğrudan doğruya vasitasız olarak haiz olunan haktır. Roma'da evvela (legis actio) ya sonradan (actio in rem) e yani mecellenin tabirile mülk davasına hak veren haktır. Aynı hak vasitasız bir haktır; yani malik olan şahıs ile mülkü olan eşya arasında bir vasita bulunmayan haktır. Bu itibarla aynı hak, hak sahibi olan şahıs ile hak objesi olan eşya arasında mevcut bir hukukî münasebet gibi telakki olunurdu.

Alacak hakkı ise verecekli olan diğer bir şahsa karşı haiz olunan haktır. Bu sebepten alacak hakkına şahsî hak dahi denir. Aynı hak eşya üzerinde vasitasız bir hak (in rem) bir hak iken şahsî hak eşya üzerinde bir şahıs vasitasile haiz olunan haktır. Alacak hakkı alacaklıya, verecekliiden bir imal veya ihmalde bulunmağı talep etmek (istemek) hakkını verir; ve böylece bir şahsa karşı hak olur. Verecekli üzerinde bir amirlik, bir velâyet kudreti verir.

Aynı haklarda suje ve obje olmak üzere iki element (eteman) mevcut olduğu halde şahsî haklarda üç element (eleman) bulunur = 1 — Alacaklı: 2 — Verecekli; 3 — Deyinin mevzuu. Birincisi hakkın aktif sujesidir

(dayın, creditor) (1); ikincisi deynin pasif sujesidir (medyun, debitor) (2); Üçüncüsü hakkın mevzuudurki bir eşyaya taalluku mümkün olan imalî veya ihmâlî bir fiildir; veya yapılacak bir muameledir. Meselâ ödünçten doğma bir deyinde, ödünç veren ve onu geri istemek kudretinde bulunan kimse alacaklıdır. Kendisine ödünç verilen kimse medyundur (verecekli). mevzu da ödünç verilmiş şeydir. Jus in personam (şahsî hak) yani bir şahsa karşı hak Roma'da (legis actio in personam) a veya mellenin ifadesile deyin davasına imkân verirdi.

Obligatio (borç) adı şahsî haklara mahsus kılınmıştır. Şahsî hakların şahsa bağlı haklarla karıştırılmaması lâzımdır. Mala bağlı hakların yani başkalarına devir ve ferağî kabil ve caiz olan ve mirasçılara intikal eyleyen hakların zıttı olan şahsa bağlı haklara yani sahipleri olan şahıslara bağlı ve onlar ile beraber sona eren, başkalarına devir ve feragî mümkün olmayan ve mirasçılara kalmayan ve geçmeyen haklara melle malî olmayan (gayri malî) haklar adını verirdi:

Borç münasebeti mahiyeti itibarile nihayet bulmağa yani sona ermeye mecbur bir münasebettir. Bu sebepten borçlar hukukunun en mühim meselesi borçların sukutu meselesidir. Aynî hak ise mahiyeti itibarile devam edecek bir haktır; daimî bir haktır. Objesi olan eşya devam ettikçe devam edecek bir haktır. Muayyen bir zaman için kefil olunabilir; fakat muayyen bir zaman ile takyit edilerek meselâ beş sene malik olmak şart ve kaydile bir mülke sahip olunamaz. Bu hal mülkiyet tevkit (vakit ile takyit) kabul etmez düstrile ifade edilir. Aynî haklarda en mühim mesele iktisap tarzıdır. Obligatio'nun kaynaklarından (mukavele, haksız fill, haksız mal iktisabi) yalnız alacak hakkı doğar; asla aynî hak doğmaz. Aynî hak gayrimenkulde tapu sicilline kayıt ile menkul de ise teslim ile elde edilir.

Bu arzylediklerim Pothier'nin eserinde şu tarzda ifade olunuyordu. «Ticarette olan eşyalar hakkında iki nevi hak telâkki edilir: Bir eşyada olan hakka (Jus in re) denir. Bir eşyaya nazaran haiz olduğumuz hakka da (jus ad rem) denir.

(1) — İtimat etmek, itibar eylemek manasına olan «Credere» den istikak eyler. Fakat bir çok alacaklar bir tarafın diğer tarafa itibar ve itimadı olmadan, gayri ihtiyari olarak doğduğundan, alacaklıya verilen bu ad daima hakikatı hali ifade etmez. Kullandığımız kredi (creditum) kelimesi bu kelimedenden gelir.

(2) Medyuna verilen bu ad, vazifesinden veya kendisine tahmil edilen hukukî zarardan gelir, çünkü (de-habere) den istikak eden debitor kelimesinin manası başkasından bir şey almış olan kimse demektir.

Jus in re bir eşyada olan haktır; eşya o hak ile bize ait olur; hiç olmazsa bazı hususta bize ait olur.

Jus ad rem eşyada bir hak değildir. Bize karşı bir eşyayı vermek borcunu sözleşmiş kimseye karşı bir haktır.

10 — XIX ncü asrın ilk yarısında Paris hukuk fakültesi Roma hukuku profesörü bulunmuş olan Ortolan'ın, ölümünden sonra yerine geçen profesör Lebbe tarafından 11 inci basımı yapılmış olan «Généralisation du droit Romain» adlı eserinde aynı haklar ile borçlar hukuku düşüncesi şu suretle izah olunuyor:

Aynı hak ile şahsî hakkın tarifinde müellif sayısınca fikir ve müta-lâa mevcuttur. Roma geleneklerinden bir an tecerrüt ederek felsefi muhakemeye sapsarsak varabileceğimiz mefhum şu olacaktır:

A. — Hak ancak insanlar arasında: insandan insana karşı mevcut olabilir. Demekki her hakkın mecburen iki sujesi olacaktır. Biri aktif suje, diğeri bir veya bir çok pasif suje. Sujeler ister aktif ister pasif olsun mutlaka şahıs olacaktır. Bu itibarla da bütün haklar şahsî haklardır.

Her hakkın, aktif ve pasif sujesinden başka mecburen bir de objesi vardır. O obje ekseriyetle bir ayındır. Demekki her hakkın mevzuu bir ayındır. Bu itibarla da her hak ayıdır.

Böylece her hak, istisnasız surette hem şahsidir hem ayıdır: sujelerine nazaran şahsî mevzuuna nazaran ayıdır.

B. — Fakat gerek şahısların suje olarak gerek eşyanın obje olarak hakta gözükmüş tarzları ve vafize görme usulleri açık farklar arz eder.

Bütün haklar, netice itibarile aktif sujenin, pasif sujeden bir şey isteyebilmek kudret ve selâhiyeti olarak gözüktür. Bir şahıstan derhal istenebilecek şey ya bir şey yapması veya bir şeyi yapmaktan çekinmesidir: Yani bir imal veya ihmalde bulunmasıdır. Bütün haklar bu münasebe te irca edilebilir. Pasif sujenin bu, imalde veya ihmalde bulunmak mükellefiyetine, hukuk istilahında obligatio (borç) denir. Demekki işin hakikatına varılınca bütün hak istisnasız surette borçtan ibarettir (1).

(1) «Obligatio», mukavele ve haksız fiillerden yani muhtelif kaynaklarından tecrî edilirse kanunun en genel kısmı, hukuk ilminin en esaslı mefhumları onda gözüktür. İnsanlar arasında mevcut bütün münasebetler hiç almazsa kanunların idare eyledikleri münasebetler obligatio fikrine varır. Hukukî nizamda hiç bir mesele obligatio fikrinin dışında tasavvur edilemez. Obligatio olmayan yerde hukukun yapacağı bir şey yoktur; hukukçu için söyleyebilecek bir şey bulunmaz. Obligatio'suz bir mesele; bir san'at; bir ahlâk, bir ekonomi meselesi olabilir; fakat asla bir hukuk meselesi olamaz.

Bütün hukuk meseleleri «filân şahıs filân şahıstan ne talep edebilir?» şeklinde

C. — Bu obligatio iki nevidir:

Biri geneldir: istisnasız surette bütün insanları mükellef kılar. Bu mükellefiyet aktif sujenin faaliyetine engel olmamaktan, onun hakkının kendine temin eylediği faideleri, kârları elde etmesini bırakmaktan ve buna mani olmamaktan ibarettir. Bu borç genel bir çekinmek borcudur. Fakat bu genel çekinme borcu her hakta mevcuttur. Her kes, istisnasız surette her şahıs, hakkın kullanılmasına engel olmaktan çekinmekle mükelleftir. Buna nazaran her hakta bir taraftan hak kendisine tanınmış bir aktif suje diğer taraftan çekinmekle, hak sahibini hakkından dilediği gibi istifade eylesine engel olmamakla mükellef bütün insanlar vardır.

D. Gerçe bu genel, bu kollektif borç her hakta mevcuttur. Fakat bu genel mükellefiyet bazı hallerde yapa yalnızdır; yanında başkaca bir borç daha yoktur. Bu hallerde hak aktif süjeye bir şeyden bütün faidelerini doğrudan doğruya, az çok geniş bir tarzda istihsal ve istifa eylemek hakkını bahşeyler. Herkesin her tecavüzden çekinmeleri hususundaki mükellefiyetten başka ortada bir borç ta hasıl etmez.

Daima mevcut olan bu genel borçtan başka, kanunun aktif sujeye bir şahsı şahsan bir işi yapmağa (meselâ vermek, yapmak, yapmamak, tahammül etmek gibi) zorlayabilmek kudret ve selâhiyetini verdiği haller de vardır. Bu hallerde pasif süje adeta çifttir, ikizdir: Bir taraftan kitle yani bütün insanlar, diğer taraftan şahsan borçlu bir şahıs. Kitlenin bor-

ifade edilebilir. Yani, şahsı birleştiren nisbeti ters taraftan nazara alarak «ikinci şahıs birinciye karşı ne ile mükelleftir». Demek ki bir hukuk meselesi, ne olursa olsun bir borç bağının müşahedesine varır. Bütün diğer meseleleri ihtiva eden esaslı mesele bundan ibarettir.

Hukuk sahasının, aralarında müşterek bir şey bulunmayan iki konpartimana (daireye): 1-Obligatio yahut alacak hakkına ve 2-mülkiyet ve diğer aynı haklara ayrılması safhi bir tahlilden (analizden) çıkmıştır. Bu haklar arasında mutlak bir tefrik yapılmış olması bu muhtelif hakların muhtelif mahiyette olduğunu zannettiriyor. Bu düşünce eski bir düşünce olmasına rağmen hatalıdır. Bu düşünce istinat noktasını Roma Hukukunda borçlanma usulü ile iktisap usulü arasındaki farkta bulur. Borçlanma usulü başlıca (eski İslâm hukukumuzun «siğâ» yani söz dediği) stipulatio idi; iktisap tarzının başlıca tipi ise (eski İslâm hukukumuzda mevcut kabız kelimesinin aslı olduğunu sandığım) Mancipatio idi. Biri borçlanma için diğeri iktisap için konmuş iki hukukî usulün aynı zamanda var olması harici bir fiildir. Hukukî usul ve tarzla ilgili, şekle ait bir tefriktir. Ebedi ve evrensel bir şey olmayan ve mahalli kalan tarihi bir hâdisedir.

Aynı hak esasta borçlarla aynı mahiyettedir. Aynı hak ta şahıslar arasında borç münasebeti icapettirir. Aynı hakkı bir şahıs ile bir eşya arasında vasıtasız bir münasebet haline irca eden klâsik tarif yalnızdır. Aynı hak umumî pasif bir borcu, yani sahip ve malikinden başka bütün insanlar aleyhine bir mükellefiyeti tazammun ettiği için haktır. (Plâniol, Traité élémentaire de droit civil 2 inci cilt, başlangıç sahife VII, VIII).

cu, hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olmamak, ferden yani tek başına borçlu olan şahsın borcu ise bir şeyi yapmak veya yapmamak borcudur.

Bütün insanları mükellef kılan borç belki kâfi derecede müşahede edilememiş olmasından aynı haklar ile şahsî hakların tefrikinde nazazra alınmamış ve tecrit edilmiştir.

Bu tecrit yapıldıktan sonra iki hak: iki nevi hak arasındaki fark şu tarzda meydana çıkar:

Birinci halde hak sahibine taarruz etmemekle mükellef kitleden başka şahsan ve ayrıca mükellef bir hak süjesi yoktur. Ortada hak sahibi (aktif süje) ile hakkın mevzuu olan bir eşya gözüktür. Bu hale ve bu hakka aynı hak denir.

İkinci halde, kitleden başka, fazla olarak şahsan hakkın passif süjesi olarak bir şahıs daha gözüktür. Hak o şahsa karşı verilmiştir. Yani, her türlü müdahaleden çekinmeye mecbur olan genel kitleden başka unsur olarak aktif bir süje ile passif bir süje ve bir de hakkın mevzuu bulunur. Bu hakka şahsî hak adı ve sıfatı verilmiştir.»

11. — Hülâsa şahsî bir hak (borç) bir şahsın şahsan pasif süje olarak bulunduğu bir haktır.

Daha sade bir ifade ile denilebilirki şahsî hak bir şahsın her hangi bir edada bulunması için şahsan tazyik edilebilmesine kudret veren bir haktır. .

Aynı hak ise bir eşyadan az çok geniş bir faide istihsaline imkân veren bir haktır.

Her iki hakta da her biri hak sahibinin hakkından istifade etmesine ve hakkını kullanmasına mani olmamakla mükellef insanlar kitlesi tecrit edilmiş bulunuyor.

12. — Aynı ve şahsî hak tabirleri Roma hukukuna yabancı tabirlerdir. Roma hukukunda hukukun aynı ve şahsiye ayrılması ifade edilmiş ve islam hukukunda da aynı ve şahsî hak tefriki yapılmamıştır. .

Jus in re (aynî hak) ve jus ad rem (şahsî hak) tabirleri Roma hukukunun kullanmış olduğu tabirlerden değildir.

Gerçe digeste mevcut metinler ve Justinianusun institutesinde (jus in re) veya (jus in rem) tabirlerine bazen rastlanır; fakat tabir sırasına göre her iki hakkı ifade için kullanılmıştır. Roma hukukçuları hakları (in rem) ve (in personam) a ayıramamışlardı; actioları (davaları) in rem ve in personam'a ayırmışlardı. Fıkıh ta davaları mülk davası ile (in rem dava) deyin davasına (in personam dava) ayırmıştır. Davada ve ba-

husus formül usulünde doğru olan bu tefrikin başka şahalara nakli doğru olmaz. Jus in rem ve jus ad rem tabirleri ilk defa XII ci asırda Lombardiada telif edilmiş olan (Brachylogue) de mülk davalarına ait bahiste (4. cü Kitab 19 ve 23 üncü bapta) gözükmüştür. Jus in rem ve ad rem tabirlerinin biri birinin zıttı olarak kullanılması XIII cü asırda papaların konstitusiyonlarında gözükmeye başlamıştır, ve sonra bu muhalefet kilise hukukundan lâik hukuka girmiştir.

13. — Paris hukuk fakültesine XX inci asrın ilk onuncu yıllarından sonrasına kadar şeref vermiş olan profesör Planiol meşhur olan 3 ciltlik eserinin I.ci cildinde mamelek (patrimoine) nazariyesini anlatırken mameleki teşkil eden element (eleman unsur) ların aynı haklarla, alacak haklarından yani obligationdan ibaret olduğunu söyledikten sonra (2153) üncü numaralı bentde aynı haklarla obligatio arasındaki farkın hukukun esaslı kavramlarından biri olduğunu fakat bu kavramların çok genel ve binaenaleyh çok mücerret ve anlatılması çok güç bulunduğunu ve aynı haklar şubesinin esaslı tipi mülkiyet hakkı; alacak haklarının esaslı tipi ise ödünç para vermeden doğan obligation olduğunu söyler. Bundan sonra bu iki nevi hak arasını ayırt etmek için hukuk tahsil etmemiş olanların bile bildikleri bu iptidai tarzda arzedilmiş mefhumlara müracaat eylemenin kâfi geleceğini bildirir ve kitabın 2158 No. lu bendinde aynı hakların kabul edilmiş tarifini tekrar ederek diyor ki: Bir ayın (eşya) her kese karışı dermeyen edilebilecek vasıtasız bir münasebet dolayısıyla tamamen veya kısmen bir şahsın kudretine tâbi bulunduğu takdirde ortada aynı bir hak mevcut bulunmuş olur. Bu tarif, şahısla ayın (eşya) arasında bir münasebetin yaratılmış olmasını esaslı bir farıka olarak icabettirir; tarif bize anlattığı mana: her aynı hakta hakkın sahibi olan şahıs ile hakkın taalluk ettiği eşya arasında bir vasıtanın yokluğudur. Bir evin maliki isem o evde oturmak hakkını kendimden alırım; aynı hakkın kullanılması için hakkın sahibinden başka bütün şahıslar tecrit edilebilir. Eğer evin yalnız kiracısı olsa idim iş değişir ve evin üzerinde doğrudan doğruya ve bana mahsus bir hak da bulunmazdı; sadece sahibinin alacaklısı olurum sahibi de evin intifainı bana temine mecbur kalırdı. Eğer ev sahibini kendime mukavele ile bağlamamış olsa idim ayın üzerinde hiçbir hakkım olmazdı..

Bundan sonra Planiol aynı bakın arzylediğimiz klasik tarifinin tenkidine geçer: «Bu klasik anlayış yanlıştır. Hakikata aykırıdır; sadece görünüşe dayanır. Bu yanlış formülü, durmadan ve dinlenmeden yıkamak lâzımdır. Bir eşya ile bir şahıs arasında bir hak, bir münasebet ol-

madığı gibi olamaz da; aynı hakları bir eşya ile bir şahıs arasında bir münasebet olarak telâkki eylemek esaslı bir hatadır. Hukuk, tarifine nazaran, insanlar arasındaki münasebeti tayin eden kaidelerdir. Her hak tarifine göre insanlar arasında bir münasebettir. Binaenaleyh aynı hakkın tarifi yanlıştır. Aynı hak ta şahsî hak gibi üç elementi (unsuru) icabettir: Aktif bir element, pasif bir element ve münasebetin taalluk ettiği mevzu. Aynı hak ile şahsî hak arasındaki bütün fark şahsî hakta, pasif süjenin birlik yahut basit bir çokluk (teaddüt) arzemesidir. Halbuki aynı hakta passif süjeyi insanların heyeti umumiyesi teşkil eder. Aynı hak pasif şekilde evrensel bir obligatio dur. Meselâ ödünç para almadan doğma bir deyni nazara alalım; burada 3 unsur vardır: ödünç veren, ödünç alan ve ödünç olarak verilen ve alınan şey; pasif suje ödünç alandan ibaret olduğuna göre onda birlik vardır; ödünç alanlar bir kaç kişi olursa o zaman pasif süjede basit bir çoğunluk var olurdu. Mülkiyet hakkında da üç unsur bulunur. Malik aktif süjedir; aynı mülkiyet hakkının mevzuudur; mülkiyet hakkına saygı göstermekle, o hakka tahammül göstermekle mükellef bütün insanlar mülkiyet hakkında passif süjedir. Her insan, diğer bütün insanlar ile paylaştığı bir borcun borçlusudur.

Demekki aynı haklar ile şahsî haklar arasında mahiyet eşitliği vardır, her ikisi de insanlar arasında bir münasebet iktiza ettirir; aynı hak passif süjenin evrenselliği ile ve borcun menfi bir karakter arzemesi ile ayrılır.

14. — Planiolun aynı hakların mahiyeti hakkında ileri sürdüğü tez Fransada evvelâ çok büyük bir muvaffakiyete erdi ve bir çok müellifler tarafından kabul olundu. Sonra her nazariye gibi terk edilmek akibetine uğradı.

«Colin ve Capitant» ortaklama yazdıkları medenî hukuk adlı eserlerinde eski telâkkiye döndüler.

a) Planiolün tezi çok geniştir. Aynı haklar hakkında yanlış ve mübalâğalı fikir vermekte ve aynı hak karakterini haiz olamayacak hakları da kucaklamakta ve içine almakta olduğu ileri sürüldü. Planiol aynı hakları, hukukun umumî nazariyelerinde mutlak haklar adı verilen haklara benzetmektedir. Mutlak haklar her kese karşı dermeyeran edilen haklardır. Fakat bu her kese karşı dermeyeran edilen haklar mutlaka ve zarurî bir tarzda mameleke ait haklardan değildir; meselâ:

Vatandaşları memleketin hükümetine, idaresine iştirak ettiren siyasi haklar meselâ, rey vermek hakkı her kese karşı dermeyeran edilen hak-

lardandır. Mameleke ait olmayan diğer ferdi haklar da meselâ, şahsiyet hakları da her kese karşı dermeyan edilen haklardandır. Fikir hürriyeti, vicdan hürriyeti, isim üzerindeki hak, hayat hakkı gibi haklar da her kese karşı dermeyan edilen haklardan olmakla beraber aynı haklardan değildir.

b) Planiol'un tezi, kendisinin zahiri diye adlandırdığı, ve fakat Collin ve Capitan'ın gerçeklik diye vasıflandırdıkları şeye kâfi bir yer vermemekte, yani aynı haklar ile şahsî haklar arasındaki farkı iyi tebarüz ettirmemektedir; çünkü kendisi bu farkı zahiri bulmaktadır. Halbuki gerçek olaylarda aynı haklar ile şahsî haklar çarpışmaktadır: hem iktisaden çarpışmakta ve hem sosyal noktadan çarpışmaktadır. Obligatio bir an süren haktır; hürriyete aykırı düşen gayrî tabii (anormal) ve istisnai bir haktır. Bu hakikat islâm hukukunda «berati zimmet asıldır» sözü ile ifade olunurdu. Zimmetin, yani insan nefsinin beraati, yani her türlü suçtan ve borçtan: diğerlerinin hakkından temiz olarak kabul edilmesi esastır, prensiptir. Mülkiyet ise, prensip itibarıyla devam eden bir haktır. Mülkiyet hakkının eşya devam ettikçe devam etmesi içtimai hayatın esasıdır. Aynı hak normal bir haktır.

c) Planiol'agöre aynı hakkın tarifi şöyle oluyor: «aynî hak, aktif suje olan bir şahıs ile pasif suje olan diğer insanlar arasında bir hukukî münasebettir.» Capitant, bu tarifi atılması lâzım gelecek kadar fena bulur. Planiol'un telmih eylediği menfi obligatio hakkı bir hukukî bağ değildir; başkasının hürriyetine tecavüz etmemek hususundaki prensibin ifadesinden başka bir şey değildir, Çünkü her insan hemeinsinin serbestçe faaliyette, bulunmasına taaddi eylemekten kaçınmağa mecburdur. Obligatio'ya Planiol'un verdiği mağnayı vermek onu, hakiki mağnasından çevirmek olur. Obligatio'yu başkasının hakkına taaddi yaratır, veya diğer bir şahsa mukavele ile bağlanmak vücuda getirir. Yine Capitant, aynı hakkın «aynî» dan bahsedilmeksizin tarif edilebileceğine imkân göremediğini söylüyor. Aynî aynı hakta en esaslı fikirdir. Bu sebepten Planiol'un tarifi vazih değildir ve bütün mutlak haklara kabili tatbiktir (1).

(1) — «Mutlak ve nisbî hak tabirleri Roma hukukcularının dili ile münasebeti olmayan tabirlerdir. Jus in rem ve jus in personam tabirlerinden daha akla yakın olmakla beraber mütlâk hakkın herkese karşı mevcut bulunduğu, nisbî hakların ise yalnız bu hakkın pasif sujeleri olan şahıslar hakkında mevcut olduğu fikrini vermesinden dolayı kabul edilmemesi lâzımgelen tabirlerdir. Her hak, var olmakla herkese karşı mevcut olur ve, lüzumu halinde herkese karşı müdafaa edilir. Birbirinden daha mutlak olan hiç bir hak yoktur. Cemiyet baştan başa her hakkın zamin ve kefilidir, ve insanların hepsi herhangi bir hakkın kullanılmasına ve her hangi bir haktan istifadeye hâlel vermektен

15 — Roma'da esas itibariyle, miras ile iktisap edilen aile malı mağnasına gelen patrimonium İslâm hukukunda ölüm ile bırakılan, terk edilen mal mânasına olan «tereke» kelimesiyle ifade edilmiş ve tâbir Medenî Kanunumuza geçmiştir (Mad. 531, 533, 537). Roma'da patrimonium'un mağnası genişlemiş ve İnsanın menşei ne olursa olsun sahip ve malik olduğu mal (1) mağnasına gelmiş olduğu halde İslâm hukukunda tereke kavramı insanın yaşarken malik bulunduğu malları asla ifade etmemiş ve yalnız miras ile iktisap edilen sâfi aktif malı ifade eylemiştir. Çünkü İslâm hukukunda terekeden evvelâ ölünün cenaze masrafı, sonra borçları çıkartılır; ondan sonra elde kalan sâfi aktif terekeyi teşkil eder.

kaçınmakla mükelleftir. Bir aynı hakka tecavüz edildiği zaman malik tarafından açılan tecavüzün menî veya istihkak dâvasının, aynı hakkın kullanılması gibi telâkki edilmesi aynı hakları mutlak hak olarak görmek hatasına varmıştır. Dava, hakkın kullanılması değildir, hakkın müdafasıdır. Aynı hak aynı kullanmakla; yemşerini toplamakla, ondan intifa eylemekle, her hangi bir suretle tasarrufta bulunmakla kullanılır. Aynı hakkın kullanılması eşnasında malik ile aynı arasında şahsın borçlu kimsenin bulunmaması aynı hakkın farikasını teşkil eder. Malik aynı her hangi bir ziyeddine karşı mülk davası açtığı zaman hakkını kullanmış olmuyor; hakkını müdafaa eyliyor, hakkını tanıtmaya uğraşiyor. Her hangi bir şahıs alacaklının senedini haksız yere eline geçirse, alacaklının yerine haksız yere geçse ve parayı alacaklının yerine kendisine haksız yere ödetse o şahsa karşı hakkı müdafaa etmek ve tanıtmak için ne yapıyorsa malına tecavüz edilen malik te sadece onu yapıyor. Hülâsa her hak, şahsî olsun aynı olsun herkese karşı mevcuttur.» (Ortblan).

Mutlak ve nisbî hak tabirleri, sanırım İslâm hukukunun da dili ile münasebeti olmayan tabirlerdir. Bize mecelle okuttukları zaman hocalarımız meselâ, nikâh, hürriyet gibi herkese karşı dermeyan edilen ve herkesin kabul etmesi lâzım gelen hakları anlatırlarken Romanın usulünü (metodunu) takip ederler ve: «mülk) davası gibi, neseb, nikâh hürriyet davalar gibi bazı davalar vardır ki, sabit olunca bütün dünya halkı hüküm givers» derlerdi.

Almanların mutlak ve nisbî hakları anlayış tarzları 26 No. lu bendde izah edilmiştir.

(1) — Patrimonium, 1) Cumhuriyet devrinde aile başkanına ait ve aile mallarının safi aktifini teşkil eden malların heyeti mecmuasını (topunu) teşkil ederdi. 2) imparatorluk devrinde ailenin muhtelif fertleri tarafından yavaş yavaş ve derece derece kazanılan bağımsızlık sayesinde hür bir adama ait ve adeta sahibinin ve malikinin şahsına bağlı mal yığınının ifade eylemiştir. Bu andan itibaren patrimonium'un varlığı, terekübünde maruz kaldığı değişikliklerden müstakil olmuş ve sahibinin ölümünde yok olur ve çeşitli elementleri mirascılarına geçerdi. Klâsik devirde ise patrimonium kelimesi bir şahsa ait ve para ile kıymetlendirilebilen bütün aktif malları ve sadece aktif malları ifade eylemiştir. Hukukcular şahsın borçlarını patrimonium'a sokmamışlardır.

İslâm Hukukunda: terekede bir birinden üstün dört hak vardır: birinci derecede cenaze masrafları (ölü için kefen diri için elbise hükmündedir. Bir kimsenin arkasındaki elbise borcu için satılmıyacağı gibi cenaze masrafı da müstesna tutuluyor).

İkinci derecede borçlarının verilmesidir. Tereke ölünün terk ettiği (bıraktığı) mal-

Para ile ölçülebilen malların topu olan *patrimonium* ile, malları iktisaba ehliyet olan şahsiyet birbiriyle karıştırıldı. Fransız *patrimoine* telâkkisini vücade getirmiş olan Aubry ve Rau şahsiyet ile *patrimoine* arasında sıkı bir bağ yarattılar. Bu bağın yani *mamelek* = şahsiyet telâkkisinin mahiyeti aşağıda yazılan dört müşahedededen çıkmaktadır:

a. — Yalnız şahıslar *patrimonium*'a sahip ve malik olabilirler. Çünkü yalnız şahıslar hakka ve borca ehildirler, yalnız onlar hakka sahip ve hakkı borçlu olabilirler.

b. — Herşahsın mutlaka bir *patrimonium*'u vardır. Bir şahsın pek az bir şeyi olabilir; ne hakkı, ne malı bulunmayabilir; ve belki de yalnız borcu olabilir. Bu haller onun bir *patrimonium*'a malik olmasına mâni olamaz. Çünkü *patrimonium* zenginlik, servet demek değildir. Bir *patrimonium* yalnız aktif bir kıymet ifade eylemez, boş bir kese gibi içinde birşey bulunmayabilir. Planiol'un *patrimonium*'u keseye benzetişinden güzel bir buluştur. Kese dolu, boş ve hattâ delik olabilir.

c. — Her şahsın yalnız tek bir *patrimoine*'i vardır. Çünkü *patrimonium* şahıs gibi tektir. Bütün mallar ve bütün mükellefiyetler tek bir «masa» yani yığın ve topluluk teşkil eder. *Patrimoni*'umun vahdeti (tekliği ve birliği) prensipi takyide uğramıştır. Bazı istisnâî kurullar *patrimoni*'umda bir ayrılık yapıyor ve iki ayrı masa vücade getiriyor.

lardır. Şu kadarki bir ayına, rehinlik gibi başkasının hakkı ilişmiş ise bu hakkın alınmasına kadar o ayın terekeye girmez. Terekenin borca batmış olması mirascıların ona malik olmalarına mâni olur ve terekede yapacakları satmak ve bağışlamak gibi muameleleri sahîh olmaz.

Ölünün zimmetine ilişik bulunan borçları ölüm ile düşer meğerki zimmeti bir malın eklenmesiyle veya bir kefilin kefaletiyle sağlanmış olsun. Bu takdirde zimmeti var sayılır ve borç devam eder kalır. Binaenaleyh, bir kimse ölüp hiç bir mal terk etmez ise borcu düşüp alacaklıları mirascılara müracaat edemezler.

Üçüncü derecede ölünün vasiyetlerinin yerine getirilmesidir.

Dördüncü derecede yani terekenin artan kısmında mirascıların hakkı vardır.

Bugünkü Fransız, Alman, İsviçre, Türk ve İngiliz hukukunda, tereke, ölünün şahsiyetini devam ettiren mirascılara olduğu hal üzere geçer, tereke mirascının *mamele*kinden müstakil ve ayrı bir mal yığını (masası) gibi telâkki edilmez ve bu itibarlarda mirascının *mamele*kinden ayrı imiş gibi bir tasfiyeye tabi tutulmaz; yalnız Fransız hukukunda tereke bir küll (*universitatis*) olmak itibarıyla, ölünün şahsiyetinin devamı olan mirascının şahsına bağlıdır. Tereke mirascının *mamele*kine girer ve onunla kaynaşır. Bu sebeptendirki mirascı ölünün borçlarını yalnız ödemekle mükellef değildir, kendi malından da gayri mahdud bir mes'uliyetle ödemeğe borçludur. Bu düşünüş *mamelek* şahıs kavramına sıkı bir surette bağlıdır. Bütün kanunlarda olduğu gibi Fransız kanununda da defter tutma müessesesi *mamelek* şahıs nazariyesine kanunun koyduğu bir sınır teşkil eder.

Mirasta defter tutma mirasçının elindeki malları sun'i ve farazî bir tarzda iki masa ayırmak sonuncuna varıyor: Mirasçının şahsî malları ile tereke ayrı ayrı iki masa teşkil ediyor ve mirasçının iki patrimonium'u var gibi gözüküyor.

d. — Patrimonium şahıstan ayrılamaz. Şahıs yaşadıkça patrimonium'unun diğer bir şahsa devir ve ferağ edilebilmesine imkân yoktur. Şahıs mamelekine giren elementleri meselâ atını, arabasını, evini, tarlasını birer birer elinden çıkartabilir ve bunları başka bir şahsa devir ve ferağ edilebilir. Fakat bir bütün olarak bir kül olarak yani üniversitas, universitatis olarak telâkki edilen ve şahsiyetin sonuncu olan mamelekinin devir ve ferağ edemez; çünkü mamelek şahsa sıkı bir tarzda bağlıdır; ondan ayrılamaz. Bu sebepten diriler arasında ancak cüz cüz: parça halinde devir ve ferağ yapılabilir; yani tayin ile taayyün etmiş: her biri ayrı ayrı olarak belirtilmek suretiyle belirtilmiş eşyalar devir ve ferağ edilir; parçaların ayrı ayrı ve birer birer devir ve ferağı olan bu usule cüz halinde ferağ denir. Kül halinde ferağ ise ancak ölümle mümkün olabilir ve bu tarzda iktisap eden kimse yani mirasçıyı iktisap ettiği terekenin borçlarından sorumlu kılar.

Hülâsa patrimonium'un yani mamelekin muhtevasını teşkil eden mallar ve borçlar bir hak universitatisini, bir külliyyatını teşkil eder. Bunun mağnası: Mamelek, onu teşkil eden mallardan ve borçlardan müstakil ve ayrı «mücerret bir birlik» teşkil etmekte olmasıdır. Mameleki teşkil eden mallar azalabilir, borçlar silinebilir, halbuki mamelek; ne azalır ne silinir ve daima şahsın hayatı süresince aynı kalır; tıpkı kese gibi: muhteviyatı daima değişir, kendisi ise daima aynı kalır.

Mamelekin muhteviyatı hak ve mallar ile çeşitli borç ve mükellefiyetlerdir. Fakat mameleke giren haklar şahsın bütün hakları olmadığı gibi borçlar da bütün borçları değildir. Mameleke ancak kıymetleri para ile ölçülebilen haklar ile borçlar girer. Kıymetleri para ile ölçülemiyen hak ve borçlar mamelekin dışında kalır.

16 — Hülâsa mamelekin muhteviyatını aynı haklar ile borçlar teşkil eder. Borçlar alacaklıya göre mamelekin aktifini verecekliliğe göre de pasifini teşkil eder.

Planiol'a göre aynı hak ile borçlar hukukunun arasını ayırmaktaki faide mameleke giren haklara münhasır kalır. Fransızların mameleki şahsiyet kavramına bağlamaları Aubry ve Rau'nun ortaklaşa yazdıkları eserde: «Mamelek fikri şahsiyet fikrinden mantıkî bir suretle çıkartılabilir... Mamelek şahsiyetten kaynar, yani şahsiyet mamelekin çıktığı yerdir; mamelek bir şahsın, şahıs olarak haiz olduğu hukukî kudretin

ifadesidir» demiş bulunmalarının sebebi mameleki teşkil eden unsurlar arasında sıkı birleştirme ve kaynaştırma vücade getirmek arzusudur. Mamelekin unsurları arasında bu sıkı birlik vücade getirilemez ise mamelek alacaklıların genel teminatı olamaz; alacaklılar borçlunun halen mevcut veya ileride mevcut olacak bütün mallarından «islifayı deyn» edebilirler: yani alacaklarını alırlar: Borç mameleki teklif eder; mameleke yüklenir.

Mameleki, ölüm halinde mirasçılara olduğu gibi: aktif ve pasifi ile geçirebilmenin tek çaresi, onun unsurları arasında sıkı bir birlik vücade getirmekle mümkün olur.

Bir mamelekin iadesi bahis mevzuu olunca aynı subrogation, yani bir aynı yerine diğer bir aynı ikamesi (konması) ki buna Medenî Kanunumuz «istibdal» demektedir, ancak mameleki teşkil eden unsurlar arasında sıkı bir birlik vücade getirilmesi esasına dayanabilir (1).

(1) — İrs sebeble istihkak davası sabit oldukça davalı elinde bulunan mali zilyetlik kaidelerine göre, yani zilyetlik davalarına taallük eden med. K. 906-908 maddeleri hükümü dahilinde iade eyler (med. K. 578). Fakat irs sebeble istihkak davası zilyetlik davasına nazaran iki hususiyeti haizdir; bu hususiyetlerden biri 578 inci maddede yazılı; «irs sebeble istihkak davasında iktisabî müruru zaman iddiasında bulunulmaz» ibaresine ifade edilmiştir.

Maddede ifade edilmemiş olan diğer hususiyet iadede «aynî ikame» prensibinin tatbik edileceğidir. Bir mal meselâ satılmak suretile terekeden çıkartılmış ise parası o malın yerine geçer (kaim olur) ve iadeye tabi tutulur, aynı ikâme şu kaidei külliye ile ifade olunur: «Tereke gibi universitatîs davalarında semen malın yerine geçer, mal paranın yerini tutar. «Aynî ikamenin en güzel misallerine karı koca malları idaresinde rastlanır ve orada aynı ikame istibdal (tebdil etmek, değiştirmek) adını alır (med. K. 193, 234). M. K. 746 inci maddenin konusunu teşkil eden aynı ikame (fik. II) matlapta zikredilmemiştir. Bir mal bir gayeye tahsis edildiği ve o malın geliri o gayenin hizmetine verildiği zaman mal maddî fertiyetini gâip eyler ve artık o malın nakfî kıymetine itibar olunur. Binaenaleyh temsil eylediği sermayenin plasemanında bir değişiklik yapılmak istendiği zaman o malın devir ve ferağı kabul edilirdi; yalnız yerine konan yeni mal, sermaye aynı gayeye tahsis olunur. Çünkü elden çıkartılan mal yaşamakta devam eden gayenin bir alei ve bir vasıtası idi.

İslâm hukukunda istibdal şartile vukubulan vakıf sahih idi: meselâ «bir kimse mülk ve hanını vakfettikte ileride hacet gözüktüğü takdirde o hanın diğer bir akar ile istibdal olunmasına şarteylese vakıf sahih olur» du.

Fakat vakfeyldeği akar ileride satılıpta parasının fukaraya sadaka edilmesini şarteylese vakıf sahih olmaz.

Bu arz eylediğim misal aynı ikamenin yani istibdalin tereke gibi kül olmayan hususlarda yani tek parça olarak ele alınan ayınlarda mukalevî olaçağını iyice tebarüz ettirdikten başka malın elden çıkması gayenin de mal ile beraber yok olacağı hallerde istibdalin bahis mevzuu olamayacağını bildiriyor.

Halbuki küllün iadesinde (terekenin iadesinde) tarafların rızasının kıymeti yoktur;

17 — Fakat mameleki teşkil eden unsurlar arasında çok sıkı bir birlik vücude getirebilmek için mameleki şahsiyet fikrine her iki kavramı birbiriyle karıştırılacak şekilde bağlamak ve mameleki şahsiyet gibi tek, parçalanmaz (gayri kabili taksim) ve başkasına devir ve ferağ edilemez kımlak mutlaka lâzım ve hattâ faideli midir?

Fransız klâsik nazariyesi tarafından mamelek ile şahsiyet arasında kurulan münasebet, malların hukuk tarafından şahsın takip eylediği gayelere göre nazara alınmakta olması esasına dayanır. Yalnız şahsın takip eylediği gayeler çeşitli olmasından mamelek hakkında yeknasak bir nazariye ihtiyaca kâfi gelmez.

İngiliz hukuku, teşekkülünde Roma hukukunun tesirine tâbi olmuştur ve bu itibarla mamelek - şahsiyet telâkkisi İngiliz hukukunun meçhulüdür. Roma hukukunun tesirine tâbi olmuş olan Alman ve İsveçre kanunları ise mamelek - şahsiyet telâkkisini iktisadî ihtiyaçlara kâfi gelmemesi itibariyle terketmişlerdir. Fransızlar da bugün mamelekin unsurları arasındaki uygunluğu sahibinin şahsiyetine bağlılığın vücude getirmediğini artık kabule başlamışlar ve mamelekin unsurları arasındaki uygunluğu o unsurların müşterek ve hususî bir tarzdaki tahsis-

çünkü bir malın bir gayeye tahsisi yoktur. Malın nereden gelmiş olduğunun, menşeinin kıymeti vardır ve bu itibarla bir üniversitatisin istihkakı davasında mal paraya istibdal edilmiş ise para malın yerine, para malı değiştirilmiş ise mal paranın yerine ikame edilir.

Yalnız aynı ikamenin mümkün olabilmesi için çıkan mal veya para hangi şahsın mamelekinden çıkmış ise giren para veya malın da aynı şahsın mamelekine girmesi icap ettiğini söylemek lâzımdır; başka türlü istibdal bahismevzuu olamaz. Istibdal, mameleki muhtelif kategorilere ayrılmış tek bir şahsi iktiza etirir. Meselâ evli karı tek bir şahıstır; şahsî malları ise birlikte giren mallarından (M. K. 193) veya ortaklığa giren mallarından (M. K. 234) ayırılır. Ancak bu takdirde aynı mameleke giren iki mal masası (yığırni) arasında kanuna veya mukaveleye aykırı bir kıymet değişikliği (tebeddülü) vaki olup olmadığı ve yeni malı eski malın içinden çıkmış olduğu masaya sokmak suretile eski teşekkülü iade etmenin lâzım gelip gelmeyeceği mülâhaza edilebilir. Yeni malın eski malın mensup olduğu masaya sokulabilmesi eski malın çıktığı yerin emniyetle bilinmiş olmasına bağlıdır ve buda aynı ikamenin esaslı şartıdır.

Planiol bütün istibdal hallerinde mamelekin iki masaya ayrılmış olduğunun, bu yığınlardan birinin adi hukuka tabi bulunduğunun yani genel mameleki teşkil ettiğinin görüldüğünü söyler. Binaenaleyh (cild. III No. 922 No) yeni mal hukuku adıyeye tabi bulunmayan mal nevine (meselâ şahsî mallar arasında) sokulmaz ise genel mameleki teşkil eden maliyyatına girmesine mani olunamaz. Aynı ikamenin rolü işte bundan ibarettir ve bu sebepten istibdal karı kocanın mallarını muhtelif nevilere ayıran mal rejimlerinde bahis mevzuu olmaktadır. Med. Kanunumuzun 746 ıncı maddesinde bahis mevzuu olan istibdal karı koca mallarının başka bir konuda bahis mevzuu olması sebebine gelince : bir alacak sahibi ile o alacak üzerinde intifa sahibinin mameleklerinde istisnaî özel kaidelere tabi olması lâzımgelen bir mal nevinin bulunmasıdır.

leririn vücade getirdiğini ileri sürmüşlerdir. Böylece de özel bir borcun varlığını kabule varmışlar ve istibdalın tatbikine de mesru bir temel bulabilmişlerdir.

18 — Fransızların mamelek - şahsiyet nazariyelerine karşı Almanlar mamelek - gaye nazariyesini koymuşlar ve mameleki şahıstan tama- miyle müstakil kılmak suretiyle sujesiz hakların varlığını kabul eylemiş- lerdir. Şöyle ki: Almanlar sahipsiz malların en güzel misalini vakıfta bulmaktadırlar. İslâm hukukunda vakıf bir malın, bir aynın bir gayeye ebedî olarak tahsis ve hapsedilmesidir. İslâm hukuku menfaati insanlara ait olmak üzere temlik ve temellükten (başkasına veya kendisine mülk kılmaktan) mahpus, memnü ve mevkuf kılınan malı acaba sahipsiz olarak kabul eylemiş midir? Gerçi İslâm hukuku vakıf mala sahip olarak «Al- lahı» göstermekte ise de, bu, mala sahip bulmak lüzumuna kail olduğun- dan mıdır? İslâm hukukunda tüzel kişilik yoktur; vakıf mala «Allah» ın sahip gösterilmiş olması sebebi- ni anlamak için ufak bir tahlil (analiz) yapmak gerekir. Şöyle ki:

Vakıf herhangi bir mülkü veya mameleki bir gayeye tahsis eylemek- ten veya bir gaye için bir mamelek teşkil etmekten ibaret olmasına göre vakfı, malın bir cihete tahsis edilmiş olması vücade getirir. Bu tahsis, vakfın yani vakfedilmiş malın gelirinden istifade edecek gayri muay- yen lehtarların vücudünü iktiza ettirir; Çünkü, vakfın hükmü yani neti- cesi, eseri vakfedilen malın aynını mahpus kılmak ve menfaatini insan- lara ait yapmaktır.

Vakfın gerçekleştirmek istediği gaye hem cemiyet (dernek) ile hem de mükellefiyetle takyit olunan bağışlama (hibe) ile de gerçekleştirile- bilir. Çünkü, bir insan topluluğu tarafından gerçekleştirilebilecek kollek- tif bir gaye hem tesis ve hem de cemiyet konusu olabilir. Meselâ dil tarih kurulları cemiyet halinde vücade getirilmiş ve topluluk tüzel kişi kılınmıştır. Fakat bu teşekküller tesis şeklinde de vücade getirilebilir- di. Tesis şeklinde vücade getirilmiş olsalardı tesis ve tahsis te tıpkı ce- miyet gibi kişileştirilirdi. Bu yönden cemiyet, mükellefiyetle takyit olun-muş hibe ve vakıf arasında yapılacak bir mukayese vakıf malla «Al- lah» ın sahip gösterilmesi sebebinin hem izah eder ve hem de vakfın ma- hiyetinin tahsise ebediyet vermek olduğunu tebarüz ettirir. Bu sayede lehtarlarının (vakıf lehlerine şart edilmiş kimselerin) inkıraz bulma- ları, kesilmeleri, yok olmaları ihtimali olan vakıfta niçin vakfı yapan kimsenin (vâkıfın) mutlaka bir cihet-i müebbedi zikir ve ilâve etmesi lâzım olduğunun» hikmeti de anlaşılır.

a — Her dernek (cemiyet) mamelekinin tahsis edileceği bir ciheti yani muayyen bir kullanmayı: gayesine uygun bir kullanmayı iktiza ettirir. Dernek, meselâ Yardımseverler Cemiyeti gibi, umumun menfaatine yarar olarak kabul edildiği takdirde bir okula, bir hastahaneye eşit olur; nitekim İslâm hukukunda vakıf camiler, okullar, kütüphaneler, hattâ umumî abdesthaneler, misafirhaneler, çeşmeler, mezarlıklar özel bir adla adlandırılırlar ve «hayır müesseseleri» ismini taşırlardı.

Gerçi Medenî Kanunumuz cemiyetin gayesini korur (Madde: 67); fakat cemiyet kendisini feshe her zaman karar verebilir (Medenî Kanun: 69). Bu kararı umumî heyet halinde vermek lâzımdır (Medenî Kanun: 59). Çoğunu yapabilen azını da yapabileceğinden umumî heyet, müessesilerin kaleme aldıkları mukavele ile yaptıkları tahsisi değiştirebilirler. Denilebilir ki, cemiyetin mamelekine umumî heyet sahiptir ve onun iradesi üzerinde bir irade ve bir tahsis yoktur. Demek ki cemiyetin gayesinde ebedilik yoktur.

b — Mükellefiyetle takyit edilen bağışlamada (Borçlar Kanunu: 240) mal mevhubunlehin (hibe kendisine, lehine yapılmış kimsenin) mamelekine girer. Mal ve mülkiyet değişmez, sadece malik değişir. Çünkü, mükellefiyet ile hibe ne de olsa ve nasıl yapılmış da bulunsa gene de hibedir ve mevhubunlehin malıdır. Yalnız mevhubunlehin bağışlanmış mala yüklenen ve mevhubunlehin mamelekine yüklenmiyen mükellefiyeti haksız yere yapmaz: borcu yerine getirmezse bağışlamayı yapan veya mirasçuları hibeden rücu ederler (Borçlar K. Mad. 244 No. 3). Mükellefiyetli hibede mükellefiyet tahsistir ve tahsis mevhubunlehin iradesine üstün ve o iradeden evvel beyan edilmiş bir iradeye tâbi kalıyor ve daima rücu tehdidi altında bulunuyor.

c — Vakıfta ise müstakil olarak işliyecek bir mamelek yaratmak lâzımdır. Bunun için tahsis kâfi gelmez; çünkü, tahsis cemiyette de vardır. Vakıftaki tahsis, hapis ve mevkuf tutulan malın âdetâ bünyesidir, cevheridir. Cemiyette ve mükellefiyetle yapılan bağışlamalardaki tahsisler malın bünyesine, teşekkülüne tesir etmiyor. Vakfı yapan gimse mülkünün menfaatını vakfetmeksizin dahi bir gayeye tahsis edilebilirdi; fakat bu tahsiste ebediyet olmazdı (1); mülkün bünyesi değişmezdi ve mal sahibi veya mirasçuları keyiflerine göre tahsise bir son çekebilirler. Çünkü, ortada bir malik ve sahip kalmış olacaktı; binaenaleyh fiilî olarak mevcut olan vakıf hukukî olarak mevcut olamazdı.

— Bir kimse bir yetimin akarını semeni mislinden fahiş noksan ile velisinden veya vasisinden satın alıp sonra o akarı bir cihete vakfetse vakıf batıldır. Çünkü, bu yetim bâliğ olduktâ o akarı mütevelliden geri alır.

Vakıfta tahsis edilen mala özel olarak hiçbir hakikî veya hukukî şahıs sahip değildir. Vakfedilen malda bir malik ve sahip buldukça vakıf vücuda gelemez. Meselâ bir kimse başkasından satın aldığı mülkü vakfeyledikten sonra şuf'a hakkı olan birisi çıksa veya bir müstehik çıksa ve dâva eylese vakıf feshedilir ve mülk şuf'a hakkı sahibine veya müstehlike teslim olunur. Vakfı idare eden ve onu tahsisine göre kullanan mütevellî vardır. Mütevellî vakfedilmiş malı vakıfname şartlarına göre yani tesis senedindeki şartlara göre idare etmek için tayin edilmiş ehil ve muktedir adamdır diye tarif olunur. Demek ki, mütevellîler vakfedilmiş mülkü, mal kendilerine ait olan bir cemiyetin müdürü gibi idare etmiyorlar, kendileri için de idare etmiyorlar, fakat vakfın menfaati için yani gayenin, tahsisin gerçekleştirilmesi için idare ediyorlar. Vakıf yapanın lehtarlarına sağlamak istediği menfaati lehtarların lehine gerçekleştirmek için idare ediyorlar. Lehtarlar bir cemiyet topluluğundan çok farklı bir çehre arzederler, Çünkü, dalgalı ve gayri muayyen bir topluluk teşkil ederler. Vakıfta vakfı yapan malını terkeylemiştir; onu muhtar ve müstakil bir müessese kılmıştır. Artık vakıf mülk ne kendisine ne de başkasına tâbidir; hattâ vakıf idaresine ve lehtarlarına (vakıftan faydalananlara) bile tâbi değildir.

Gayeyi kimse değiştiremez: «Vakfın şartı kanun koyucusunun (ki burada Allah'tır) koyduğu hüküm gibidir». Demek ki vakıfta yeni bir hukukî vaziyet karşısında bulunuluyor; yani ferdî mülkiyetin hiçbir çeşidine benzemiyen bir mülkiyet karşısında bulunuyoruz.

Hıristiyanlık tapınaklarını İslamdan evvel İsa'nın veya aizzelerinin mülkü olarak ilân eylemişlerdi. Kostanten'in hıristiyanlığı kabulünden sonra hıristiyanların kiliselere ve toplantı yerlerine malik olmak hakları resmen tanınmıştı. Hıristiyanlar kiliselere ve toplantı yerlerine malik olunca bunların, hıristiyan camiasının malı olduklarını kabul etmişler ve İsa'ya mal etmişlerdir. Bu hususta hıristiyanlar putperestleri taklit etmişlerdir; onlar da tapınaklarını, adına inşa eyledikleri putun mülkü sayarlardı. Romada eşyalar beşerî ve ilâhî haklara aidiyetleri (ilgili bulunmaları) itibariyle iki büyük kısma ayrılırdı. Tapınaklar veya mezarlar gibi (birincisi tabiatın ilham eylediği yüksek putlara; gök tanrılarına, ikincisi ölü ata ruhları gibi zürriyet sırrı un ilham eylediği yer altı tanrılarına ait) mukaddes ve dinî yerler hiçbir mamelekin cüz'ü olmaz ve insanlar arasındaki muamelenin konusu dışında (ticaret dışında) kalır.

Kilise bütün mallarını ticaret dışı kılmadı. Tapınaklar ve toplantı yerlerinden gayri olan yerlere, diğer insanlarla muamele münasebetinde

bulunabilecek; veya eski hukukumuzun güzel bir tâbirini kullanarak diyeyim ki, «diğer insanlar ile pazar ittifakına girecek»; yahut Roma tâbiriyle Commercium'u: muamele ehliyetini haiz bulunacak bir sahip bulmak gerekte. Bulunacak sahibin meselâ bir cemiyet gibi geçici bir mahiyeti haiz bir topluluk bulunmamasını ve eşyaların tahsisindeki ebediyetin timsali olmasını ve aynı zamanda o eşyaları idare edeceklerin yetkilerinin mutlak olmayıp mukayyet bulunduğunu gösterir bir mahiyet bulunmasını istediler. Bu vasıflarda bir sahibi ancak kilisenin kendisinde buldular. kilisenin sahip olmasını kabul eylediler. Böylece İsa'nın ve aizzelerin malları ile kilisenin malları ayrı ayrı malları ifade eden iki terim kılındı.

Cihana hıristiyanlıktan sonra gelen İslâmlık İsa'nın ve kilisenin mallarını tek bir sahipte topladı. Evkaf-ı İslâmiye tâbirinin neyi ifade ettiğini iyi bilmiyorum. Vakıf yapanın İslâm olması şart değildir. Binaenaleyh müstemenin (İslâm olmıyan ve İslâm diyarında yaşaması için kendisine dilediği aman verilmiş bulunan kimsenin), İslâm darında yapacağı vakıf sahihtir (1). Vakıfta lehtarların da İslâm olmaları şart değildir; hattâ İslâm olan ve olmayanlar eşit bir tarzda lehtar kılınmışlar ise, eşit tutulurlar. İslâm olmayan vâkıf İslâm fukaralara malını vakfedebileceği gibi İslâm olan vâkıf da malını İslâm olmıyana fukara için vakfedebilir, yani vakfedenle lehtarların aynı dinden olmaları lâzım değildir. Belki vakıfta cihetin, hem haddizatında ve hemde vakıf yapanın itikadında Allah'a yakınlık (kurbet) ve ibadet olması lüzumundandır. Şimdi suali tekrar edeyim: Evkafı İslâmiye tabirinin mânası nedir; Tabir, islâm olanlarımı yoksa islâmın ebediyetini mi ifade eder? hükmü; vakfedilen malların Allah'ın malları addedilmesi evvelâ o malların tahsislerine Allah'ın ebediyetini sağlamaktadır: «Muvakkat olan vakıf sahih olmaz, vakfın müebbet yani ebedi olması lâzımdır.» Vakfın lehtarlarının arkası kesilse (inkıta bulsa) arkası ebedi olarak kesilemiyen fukara vakfın lektarı kılınırlar. Kıyamet gününe kadar yaşayacak ve devam edecek olan islâm vakıflarına Allah sahip kılınmakla o malları idare edeceklerin, yani mutlak kudreti haiz sultanların ve bir zamandaki halkın yetkileri de tahdit edilmiş oluyor: Vâkıfın şartları Allah'ın emri hükmünde tutuluyor. Kaide şartına muhalefet edilmemesidir. Koyduğu şartı bizzat vâkıf dahi bozamaz. Vâkıfın şartı bilinmiyen hususlarda vâkıftan da eski olan âdete itibar

(1) — Aman dilemek kelimesinin Fransızca mukabili «Capituler» dir; bir kal'a teslim olurken «capituler» eder. Kapitulationlar bu kapitule ederek yani «aman isteyerek» İslâm diyarı olan memleketimizde yaşayan kimselerin statülerini tayin eder. Buna dair Renduit'un «La grande encyclopedie» da yazmış olduğu makaleye bakınız!

olunur. İki vakıf aynı kimse tarafından vakfedilmiş olsa dahi bir cihete şart edilmiş olan vakfın diğer cihete meşrut olan öteki vakfın masraflarına sarfolunması meşrû değildir.

Böylece İslâm diyarının sayısı halkının kıyamete kadar devam edecek olan daimî ihtiyaçlarını karşılayacak malların o ihtiyaçlar gibi daimî ve ebedî olması ve hâkim kuvvetin saldırmalrından masun ve emin kalması lâzım gelir: «Vakfın en hayırlısı insanların şiddetle muhtaç oldukları bir şeyi vakfetmektedir». Böylece «cemaat» fikri yerine «cihet ve tahsis» fikri ve düşünceleri geçmiye başlıyor. Vakıf tabiri aynın, tahsis edildiği cihetin memlûkü kılındığını gösteren ve onu hiçbir ferdî iradeye tâbi bırakmayan teşkilâtını belirten bir tâbirdir. Vakıf, aynaya verilmiş muhtar bir Anayasanın taşıdığı addır. Vakıf mallar kendi kendilerinin hem hak süjesi (sahibi) hem hak objesi (konusu) dur. Süje yapılacak işe son derece ve sıkı bir surette bağlıdır. Süje ancak yerine getirilecek konu ile var olabilir. Meselâ bir yerdeki vakıf mektep tamamiyle harap olmuş ve o mektepte çocukları okutulacak karye halkı da dağılmış bulunsa yani gayenin artık süjeye asla ihtiyacı kalmamış olsa (buna süjeden müstağni kalmak denir), süjenin yani misale göre mektebe varidat teşkil eden malın var kalması aynı cinsten bir konunun var olmasıyla, eski mektebe yakın ve varidatı zayıf bir mektebin var olmasıyla mümkün olur. Bu izahattan gayenin kesin bir tarzda belirtilmiş olması lâzım geldiği anlaşılır. Gayede şüphe olunca süje varlığa eremez. Meselâ; gaye malımı falan mabede veya falan mektebe vakfettim tarzında ve alternatif (terdidî) şekilde beyan edilmiş olursa vakıf sahih olmaz, yani süje hayata doğamaz.

İşte vakfın teknik mânası bundan ibarettir; tekrar ve hülâsa edelim: Vakıf, nizamname ile, senetle tayin edilmiş bir gaye uğruna kurulmuş muhtar ve müstakil bir mamelekten ibarettir. Bu mamelek yerine getirilecek, gerçekleştirilecek gayeye göre, ona uygun olarak işler ve böylece mamelek aynaya verilen tahsisi temsil eden fikrî bir cevherin (ki İslâm'da o cevhere Allah adı verilir) fikrî bir surette mülkü kılınır. Bugün o cevhere tüzelkişi denmektedir.

Cemiyetler de tüzelkişidir; vakıf da tüzelkişidir. Cemiyette cemiyetin malları âzaların (üeyelerin) değildir. Fakat mücerret şekliyle nazara alınan topluluğundur; yani topluluk olarak kişi kılınmış olan cemiyetindir. Halbuki vakıf ve tesiste, hattâ gayri muayyen ve geniş bir insan topluluğu yoktur. Fakat her kişi kılınmış mülk, hattâ cemiyetlere ait dahi olsa, bir topluluğun mülkü olmaktan çıkar, bir cihet ve tahsisin mülkü olur. Vakıf, kişi kılınmış bir mülkün tahsis unsurunu ifade eden nümu-

nesidir. Vakıf, Allah'ın mülkü kılınmış olmakla bir şahsın, bir cemaatin mülkü olabilmekten çıkartılmıştır. Vakıf mütevellinin de asla mülkü değildir. Kimsenin vakfı yoketmeğe ve bedelini aralarında paylaşmağa hakkı yoktur: «Bir mal lâzım (artık dönülemiyen) bir vakıf ile vakfedildikten sonra artık anda vakfeden mülkü imiş gibi tasarruf edemez.» «Vakıfta istihkak iskat ile sakıt olamaz» ve bir vakıf mal satılarak parası fıkarağa dağıtılamaz. Httâ vâkıf yani (vakfeden) vakfeylediği vakfı ile ride satılıp da semenin fıkarağa sadaka olarak verilmesini şart etse bu şartla yapılan vakıf sahih olmaz.

Cemiyet tüzelkişilikten vazgeçebilir; çünkü ortada cemiyetin mallarına sahip olabilecek hakikî kişiler vardır. Cemiyet umumî heyetin yapacağı yeni bir nizamname ile gayesini değiştirdiği takdirde gayenin değişmesini kabul etmiyen âzanın cemiyetten çıkmasına hakkı olduğu gibi cemiyetin mallarından mütenasip bir hisse istemeğe de hakkı vardır (Kanunu Medenî şerhi tercümesi: Kürti ve Forer birinci cilt, sayfa 132, madde (İsviçre 74), Türk 67 şerhi).

Vakıfta ise, vakıftan rızık alanlar yani lehtarlar belirli kimseler değildirler. Binaenaleyh vakıfta sahip olarak ancak gayeyi temsil edecek bir varlık kabul olunabilir; o varlık Allah olunca vakıf yapanda da ibadet kastı bulunmak lâzım geliyor. Roma hristiyanlık devri bu kasta (pioe causoe) adını verirdi. İbadet illetini taşıyan hayır müesseseleri vakfî cemiyet halinden kurtarmış ve müessese haline sokmuştur. Çünkü, meselâ bir hastahane de yatacak hastalar arasında bir birlik ve cemiyet yoktur. Çünkü, bu birlik gittikçe müphem bir hal alıyor ve hastalar hastahaneyi kurmuş olmuyor. Bir başkası müesseseyi onlar için kuruyor. Hastahanenin ihtisasını ve kime ait olabileceği endişesini geride ve gölgede bırakıyor, Ancak, yapılacak işin mümessili, yapılmış olan işe sahip olabilir. Her zaman kendini feshetmeğe muktedir olan cemiyetin tasfiyesinden sonra kalan aktifi üyeler aralarında paylaşabilirler.

Günün birinde Almanya'da tüzeikişilik müessesesi hakkında bir tartışma başladı. Tüzelkişiliği inkâr edenler ve onun hakikat olduğunu iddia edelner çıktı. Fransa'da tüzelkişiliği inkâr eden Planiol tüzelkişinin mamelekini ortakların müşterek mülkiyeti olarak kabul ettiği halde Almanya'da Brinz tüzelkişilerin hakikatte birer sahipsiz mal yığını: kimseye ait olmayan ve bir gayeye tahsis edilmiş bulunan mamelek olduğunu iddia eyledi, Brinz'in bu şöhret bulan nazariyesi Bekker tarafından sahipsiz, süjesiz haklar şeklinde genişletildi.

Brinz Roma'nın hristiyanlık devrinde vücade gelen vakıflara baka-

rak, bunların bir süjesi bulunması lüzumundan vazgeçilmiş olduğu kanaatine vardı.

İslâm vakıflarında vakıf, kolektif bir menfaat için işliyen bir organizma, bir teşkilâttir. Vâkıfın yarattığı bu ferdi şey ve vâkıfın ferdi iradesi sırf bu idarî olan organizmada yaşamaktadır, denmiş ve süjenin varlığı inkâr edilmiş olsa acaba mübalâğa mı edilmiş olur? Yoksa Peygamberimiz, «ölümünden sonra insanın ameli yani fiili kesilir» buyurmuş olmalarına ve bu cümleye insan ölmekle artık sevap işliyemez olur mânası verilmiş bulunmasına ve insanın ölümünden sonra da sevap işlemekte devam edebilmesi için üç çarenin bulunduğu gene bize Peygamberimizin öğretmiş olmalarına ve o üç şeyden birincisinin kıyamete kadar devam edecek sadaka yani vakıf suretiyle yapılan hayır işleri (1) bulunmasına göre vakıf ile sağlanan kolektif iyiliğin vakıf yapanın amelinin devamı telâkki edilmesinden ve o kolektif iyiliğin vâkıfın istediği usul ve şartlar dairesinde yapıldığından ve sanki vâkıf yaşıyor ve sağladığı iyiliği bizzat yapıyormuş gibi telâkki olunacağından bir süje vardır, demek mi yakışıır? İkinci soruya müspet bir cevap verebilmek için ferdi mülkiyet telâkkisinin, ona üstün bir vaziyete geçmiş olan objenin yanında kalabilmelidir; vâkıfın ferdi kudretini tutacak ve yaşatacak bir süje bulunmalıdır. Gerçi ortada bir tahsis vardır; fakat ferdi bir iradenin direktifine (tayin eylediği istikamete) uygun bir tahsis vardır. Tahsis objede, ayında beliriyorsa, iradenin ferdiyetçiliği de süjede belirir. Vakıf müesseseni hukukî inşası Saleilles'in «De la personnalité juridique» adlı eserinde belirtmiş olduğu üzere bu iki kavramın: süje ve obje kavramının birbirine intibak ve imtizaç edilmesiyle mümkün olmuştur. Vakıf sahipsiz bir mamelek değildir, fakat tahsisin yarattığı ve gerçekleştirdiği bir süjedir. Bu suretle tarif edilen süje, vakıflarımıza (Evkaf-ı İslâmiye) denmiş olmasına rağmen, islâmlar topluluğu değildir. Bu süje yepyeni bir varlıktır; fiili gerçeklikler arasındaki münasebetleri tanzim eden ideal bir varlıktır. Vakıfta mülkiyet kalıyor; fakat Allah'ın olarak kalıyor.

Vakıf fâni olan insanlardan kalması, arkalarından kalması ve yaşaması lâzım bir müessesedir. Vakıf kendisine vücut veren kimseden ve ondan istifade edecek kimselerden çok, pek çok daha uzun ömürlü olmağa mecburdur. Devam: müebbet olmak, ebedî olmak vakfın cevheri ve esasıdır. Vakfı yapanın, idare edenlerin ve vakıftan faydalananların ölümleri müesseseyi öldürmüyor..

— İkincisi faydalı bir eser; üçüncüsü iyi evlâddır.

Şirket te «bir şeyin birden ziyade kimselere ihtisası (mahsus kılınması) ve onların o şey ile imtiyazıdır), fakat şirket taksim ile veya âkitle yapılmış şirketlerde şeriklerden birinin ölümü ile sona erer (Borçlar Kanunu Mad. 535 No.: 2). Halbuki vakıf malın lehtarlar arasında taksimine imkân olmadığı gibi tehtarların bir kısmının veya tamamının ölümü ile de vakıf sona ermez; hukukî hayatı, devletin hukukî hayatı gibi devam eyler. Tıpkı bir nehir gibi daima değişen suyundan müstakil bir varlıkla ebedidir. Bu lüzum, özel mülkiyetin sahibindeki fânilikle nasıl imtiyaz ettirilecekti? Bu, sonu gelmesi istenmiyen devam, yani ebediyet nasıl temin edilecekti? Bu sebepten vakfa kendisinde ebediyet olan bir süje arandı ve bulundu: Allah sahip ve malik kılındı. İnsanlardan arta kalan bir müessesese insanların hususî menfaatlerini düzenliyen hususî hukuka ait olamaz. Hususî hukuk insanla, insan olarak meşgul olur ve yalnız ferdiyetlerini nazara alır. Halbuki vakıf yani Evkaf-ı İslâmiye kıyamete kadar devam edecek olan İslâmiyeti toptan ve câmia olarak nazara alıyor; ve böylece âmme hukuku sahasına giriyor. Bir müesseseyi ancak devlet âmme hukukuna sokabileceği içindir ki, Yargıcın vakfı tescil etmesi lâzımgeliyor ve kendisinde âmme kudreti bulunmayan hakemin tescili ile vakıf lâzım olamıyor; yani âmme hukukuna giremiyor ve vakfı yapanın yaptığı vakıftan rücu eylemesi, vazgeçip geri dönmesi mümkün kalıyor. Vakıf Allah'ın hukukuna; islâmiyetin malına, islâmların Allaha mahsus hukuk diye sandıkları âmme hukukuna giren bir hak konusudur.

20 — Vakıf hakkındaki bu izahlar Fransız mamelek = şahıs telâkkisinin yerine geçmiş olan Alman telâkkisinin doğuşunu anlamak ve hususiyle anlatabilmek için lâzımdı. Saleilles der ki: « Hukukta müesseselere iştimâî zaruretler vücut verir. Müesseseler kendilerinden beklenen amelî sonuçlara göre yaratılır ve genişletilir. Binaenaleyh başlangıçta, yaratılan müessesenin meşruiyeti ve lüzumu hakkında nazariyeden bir yardım istenmez. Sonra, çok sonra, müessesenin hükümlerini ya verdiği sonuçları genişletmek veya daraltmak için müessesenin esas mahiyeti ve onu mâkul kılacak karakteri araştırılmağa başlanır. Bu araştırmalardan ve bu hukukî yapıdan maksat, dediğim gibi takibedilen noktai nazara göre müessesenin hükmünü teşmil veya tahdittir. Bu maksat daima da yapılmakta olan inşaya hâkim kalır; çünkü, maksat prensipten çıkarılmak istenen neticedir. Evvelâ netice istenir; ondan sonra prensip bulunur.»

Almanya'da mamelek hakkındaki telâkkiler, tüzelkişilik hakkında çıkmış tartışmaların neticesidir. Bu tartışmalara katılanların bazıları

tüzelkişilerde gerçekten bir varlık buluyor ve görüyorlardı; bazıları da tüzelkişinin varlığını tamamiyle inkâr ediyorlardı.

Tüzelkişiliği anlatmak için ortaya atılmış olan nazariyelerden biri ve pek meşhuru mameleke dayanır; mameleki yepyeni bir anlayışla ortaya koyar: Mamelekin, sahibi olan ve olacak herhangi bir kimsenin şahsiyetinden müstakil ve bizatihi haiz bulunduğu yani kendi varlığından aldığı bir kıymeti vardır.

Aubry ve Rau şahıstan müstakil bir mamelek olamayacağını Fransız esası kılmış iken Brinz sahihsiz hak ve sahihsiz mamelek bulunduğunu ileri attı ve bu iddiasını vakıfların vücudiyle ispat eyledi. Biriniz sahihsiz gördüğü mameleki bir gayeye tahsis edilmiş mamelek mânasına olmak üzere (Zweckvermögen) adını verdi. Tahsis edilmiş mamelek kimsenin malı değildir. Brinz'e göre mamelek, teşkiline sebep olan gaye ile mükellef bulunduğu kimse o mamelekin malikiyim diyemez.

Fransız nazariyesinde mamelek şahıs gibi bir ve gayri kabili taksim iken Almanlar Sondervermögen (ayrılmış, özel mamelek) olacağını kabul ettiler. Ayrılmış mamelekler nazariyesi şahsiyetin birliğine dayanan mamelekin birliği düşüncesini kaldırıyordu. Netice olarak bir şahsın bir kaç mameleki olacağı kabul ediliyordu. Meselâ; bir kimsenin hem medenî ve hem de ticarî mameleki olabilirdi. Almanya'da «fonds de commerce» kavramı ayrı ayrı mameleklerin mevcut olabileceği fikrine dayanır. Ayrı ayrı mamelekin bulunması, bu mamelekler arasında, sahiplerinden müstakil, bir münasebet olabileceğini kabule sürükledi.

Modern telâkkiye göre mamelekteki birliği, sahibi olan şahsın birliği vücade getirmeyip, onu teşkil eden unsurların tahsislerindeki birlik vücade getirir. Mamelekin birliğini birbirinden, hepsi aynı iktisadî gayeye tahsis edilmiş olmalarından dolayı ayıramıyacak mahiyette olan alacak ve verecekler teşkil eder. Mamelekin neto aktif kıymetini ancak bir tasfiye meydana çıkartabilir. Bu düşünce Fransız düşüncesine uymaz. Fransız nazariyesine göre mamelek sahibi olan şahıstan ayıramaz ve bu sebepten diriller arasında mamelek devir ve ferağ edilemez; bu sebepten bir şahsiyete dayanmayan vakıf tesis edilemez. Mirasçılardan ölünün şahsiyetini devam ettirdikleri düşüncesi de bu nazariyeden fıskırmaktadır. Halbuki Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları ilhamlarını Fransız telâkkisinden almayıp modern telâkkiden almaktadırlar.

Alman Medenî Kanunu Mad. 419 da mamelekin diriler arasında da naklini kabul eyler ve böylece modern telâkkinin en mânalı bir misalini verir: «Bir kimse değer bir şahsın mamelekine mukavele ile iktisap eylerse (temlik eden şahsın) alacakları temlik zamanında mevcut olan hakla-

rını, mukavelenin aktinden itibaren temellük edene karşı eski verecek-
lilerinin mesuliyetine hanel gelmeksizin dermeyan edebilirler. Temellük
edenin mesuliyeti kendisine temlik edilen mamelekin miktarıyla ve dahi
mukavele ile iktisabettiği haklarla mukayyettir. Temellük eden, bu tah-
didi ileri sürmezse hakkında mirasçılarının mesuliyetlerine ait hükümler
kıyas yoluyla tatbik edilir. Temellük edenin bu bağılılığı eski verecekli
ile yaptığı mukavele ile ne bertaraf ve hattâ ne de tahdit edilebilir.»

Görülüyor ki, Alman medeni kanununun 419 uncu maddesi bir
mamelekin mukavele ile kül olarak yani heyeti umumiyesiyle iktisa-
bedilebileceğinden bahsediyor. Mamelekin devri, vereceklere halefiyetin
en sık rastlanan ve en ameli olan hallerinden biridir.

Gerçekdir ki, bir mameleki ölünceye kadar bakılmak şartıyla tem-
lik etmek (ki ivaz mukabili olduğu için satmak demektir) (Türk Borçlar
Kanunu Ma 511 mukayese et!); Bir ticarethaneyi satmak (Türk Borç-
lar kanunu Mad 179 mukayese et); Bir mamelekin kül halinde hibesi hal-
leri vereceklere halefiyeti bahis mevzuu kırdıran hallerin en sık rastlan-
malarındandır. Vereceklerin mameleki takibeylediğini ve temellük edene
geçtiğini yani alacaklıların eski vereceklerine karşı olan haklarını mu-
hafaza eyledikten başka temellük edene karşı da dava hakları bulundu-
ğunu Alman teamülü (Pratiği) uzun zaman evvel kabul etmişdi ve Ro-
ma hukukuna dayanan prensiblere rağmen kabul eylemişdi. Binaenaleyh
alacaklıların bir verecekli yerine iki verecekli oluyordu; Alman Me-
denî Kanunu 419 uncu madde ile bu pratiği kabul etmiş ve teyid eylemiş
oluyordu. Bazı Alman müelliflerine göre vereceğin doğrudan doğruya te-
mellük edene geçtiği sanılabilir ki, bu da mameleke kül halinde (â tit-
re universal) halefiyeti iktiza ettirir; kül halinde devir ve ferağ, yapı-
lan mukavelenin ferağ mukavelesi olması itibariyle bizzat mukavele ile
gerçekleşmiş oluyor. Alman Medeni kanunu 419 uncu maddenin eski ve-
receklinin bağılılığını muhafaza etmesine rağmen eski verecekli olmak-
dan çıkıyor; çünkü, kanun ondan bahsederken ona eski verecekli diyor;
Binaenaleyh eski verecekli verecekden kefil ve zâmin olarak sorumlu bu-
lunuyor.

Bu anlattığım görüşü doğru bulmayan müellifler de vardır; Saleil-
les'in comite de legislation etrangere tarafından yayınlanmış olan Al-
man Medeni Kanununun tercümesinde 419 uncu madde altına yazdığı
nota bakınız! Cild I sahife, 621) Saleilles ile oylarına katıldığı müellif-
lerin fikrinde 419 uncu maddenin kabul eylediği hal tarzı yukarıda ar-
zedilen düşüncelere uygun değildir: Çünkü, 419 uncu maddenin istihdaf

eylediği halefiyet mukavelesi 311 inci maddenin (1) konusu olan mukaveledir ki, yalnız borç münasebetine vücut verir ve intikali her mal hakkında ve o mala mahsus intikal usulü ile ferdi ve cüz'î olarak husule getirir. Yalnız bu halefiyet mukavelesi vereceklere de halefiyet mukavelesini ihtiva eyler ve böylece tek bir işlev ile deyn nakli de vücuda getirilmiş olur. Her verecek için alacaklısı eski vereceklisini kaybetmeden o eski vereceklisinin halefine karşı da «ipso facto» yani mahza yapılmış işlev yüzünden bir dava hakkı iktisabeyler. Eski verecekli, ona Kanunun eski verecekli demiş olmasına rağmen kefil olarak kalmayıp verecekli olarak kalmakta devam eyler. Yalnız her iki verecekli müşterek ve müteselsil verecekli olurlar. Bu sebebden alacaklıya ihbarda bulunmağa, bildirilmeğe de lüzum yoktur. Çünkü, alacaklılar iki verecekliден birini, diğerinin ibrasını intaceyleyecek bir tarzda seçecek değillerdir; Alacaklılar her iki verecekliyi de ellerinde tutarlar. Bundan başka taraflar da 415 inci madde de olduğu gibi mukaveleye hakim değillerdir. Binaenaleyh her alacaklıya, yeni verecekliye karşı bir dava hakkı vermemeğe sebep kalmıyor.

Alman yargıtayının, icihadları Saleilles'in ve oylarına katıldığı alimlerin görüşlerini teyid eylemektedir. Alman Yargıtayı 419 uncu madde hükmünü bir kül halinde hakka halefiyet olarak görmüyor, yalnız bir mamelekin naklinin, deyn nakli mukavele edilmemiş olsa dahi deynden dolayı mes'uliyet ihdas eylediğini kabul ediyor. Bu mes'uliyeti maddenin en son fıkrasının amir hükmünden çıkartıyor; Mamelekin, verecek-

(1) — 311 inci madde:

«Taraflardan birinin halen mevcut mamelekini veya halen mevcut mamelekinden bir parçasını nakleylemek veya mamelekini intifa hakkıyla mükellef kılmak taahhüdünü tazammun eden mukavele mahkemece veya noterlikle tanzim edilmiş senetle yapılmalıdır»

İşbu 311 inci madde sırf borç münasebeti ihdas eden ve borçluyu, mamelekin muhtelif unsurlarını kendilerine mahsus ferağ usulü ile ferağ eylemeği teklif eden mukavelelere taalluk eder. Meselâ; Bir Anonim şirketin mamelekini diğer bir Anonim şirkete devretmek. Bir kimsenin vereceklerinin tesviyesi zimmında mamelekini alacaklıları heyetine (masaya) terkeylemesi hali 311 inci madde hükmüne girmez, 311 inci maddenin bahis mevzuu ettiği mukavele kül halinde halefiyeti intaceylemez; bu sebepten yalnız borç münasebeti yaratan bir sonuç verir. Mukavelenin resmi olması sebebi devir ve ferağ edilecek veya üzerinde mükellefiyet ihdasedilecek şeyler üzerinde aynı hak tesis eylemektedir.

Halbuki madde 419 devredilen mamelek kül olarak telâkki edildiği takdirde kabili tatbik olur. Bu kül halinde devir ve ferağ edilen mamelekin içinden bir kaç parçanın eski sahibi tarafından alıkonmuş olmasının kıymeti yoktur. Böylece 419 uncu madde iktisabın, ne mamelekin tamamına ne de ihtiva eylediği bütün hak ve borçlara taalluk etmesini iktiza ettirmez.

ler hariç bırakılarak yalnız aktif'i iktisabedilmiş olsa dahi temellük edenin vereceklerden mes'ul olacağına karar veriyor (R.G, 82-278), Alman Yargıtayının zikrelediğim kararı, 419 uncu maddenin hükmünün bir mamelekin iktisabına, o mamelekin deyinlerini, mukavele ile hariç bırakılmış olsa dahi, bağlı bırakılmaktan başka bir şey olmadığını öğretiyor.

21 — Borç münasebetlerine dair Fransız görüşünün başlangıcını teşkil eden Pothier'nin «traité des obligations» adlı eserinde vermiş olduğu tarifi yukarıda zikrelemişdim (No: 6).

XIX uncu asırda Code Civil (Fransız Medenî Kanunu) madde madde şerhedilmek suretiyle okutulur idi. Roma hukuku da justinianus'un «Institutes»leri madde madde şerhedilerek okutulmakta olmasından her iki kanun eşit ve mütenazır bir tarzda okutulmuş oluyordu. Bu okutma tarzı Romanın da Pothier'nin de borç tarifini yaşatıyor ve devam ettiriyordu. Meselâ; Planiol'un eserinden evvel Üniversite öğrencileri için klâsik bir eser teşkil etmiş olan Baudry Lacantinerie'nin, eserinde borç «bir kimseyi diğer bir şahsa karşı bir şey vermek, yapmak veya yapmamağa mecbur kılan bir hukukî bağdır» şeklinde tarif edilmektedir. Pothier'nin tarifi Fransada o kadar klasik ve o kadar yerleşmiş bir tarifdi ki, XIX uncu asırda Fransız Medenî hukukunda yerleşmiş tarifleri Aubry ve Rau gibi yenileşdirmeğe kalkışmış olanlar bile mezkur tarifi hafif bir düzeltme ile muhafaza etmişlerdir. (No. 6 Bakınız!)

Halen kullanılmakta ve ellerde dolaşmakta olan klâsik kitaplara göz atılırsa orada da borcun klasik tarifinin muhafaza edilmekte devam olduğu görülür. Fakat Planiol klasik tarifi eserinin ikinci cildinde tekrar ederken birinci cildinde verdiği tarifi (No: 2154) yanına koymamış olduğu bir kaydı ekliyor ve borcun «müstamel, kullanılan, cari» tarifi budur:» diyerek malûm olan tarifi tekrar ekliyor (No: 156) Ve «Fransız Medenî Kanunu borcu tarif eylememiştir, yalnız mukaveleyi tarif ederken «iltizam eden kimse bir şey'i vermek yapmak ve yapmamakla mükelleftir» demek suretiyle, mevzuunu belirtiyor» diyor Fakat Planiol'un eserinin birinci ve ikinci cildlerinde yaptığı tarifleri karşılaştırmak çok faydalı olacaktır.

Planiol, arzyletiğim gibi eserinin Borçlar Hukukuna ait olan ikinci cildinde borcun tarifini yaparken okucusunu birinci ciltde yaptığı tarife gönderiyor; birinci ciltde ise borçtan, aynı haklarla olan ayrılığını tebarüz ettirmek için bahseyletmiş. Planiol eserinin ikinci cildinde borcun cari tarifini «bir şahsı diğer bir şahsa karşı bir şey vermek, yapmak veya yapmamamağa mecbur kılan hukukî bağ» olduğunu söyler; eserinin bi-

rirci cildinde ise - «borç iki kişi arasında bir hukukî münasebettir ki, o münasebet mucibince bunlardan alacaklı adını taşıyan birisi, verecekli denilen diğerini belirli bir fiilin ifasına zorlayabilir.» diyor ve borcun hükmünün, neticesinin iki şahsı birbirine bağlamak olduğunu, hukukî bağ denilen şeyi teşkil ettiğini tebarüz ettiriyor. Böylece borcu ikinci ciltde «hukukî bağ» olarak birinci ciltde de «iki kişi arasında bir hukukî münasebet» olarak tarif ediyor: demek ki borç artık ne bir «hukukî bağ»dır ne de Aubry ve Rau'nun iddiaları gibi bir «hukukî zarurettir»; borç iki kişi arasında bir münasebettir. Bu tarifde şahıslar tamamıyla öne sürülmüş ve meydana çıkartılmıştır. Tarif hukukî münasebeti bir ışık hüzmeleri altına koyuyor. «A. Colin ve Capitant» da bu tarifi daha fazla aşikâr bir hale koyuyorlar ve borç «münasebetinin iki kişi arasında bir buyrukluk yani vilâyet münasebeti olduğunu tebarüz ettirerek diyorlar ki, «borç iki kişi arasında bir münasebettir ki, alacaklıya, verecekliye karşı verilmiş kumanda etmek (emir ve nehide bulunmak, buyurmak) kudreti şeklinde tahlil edilir. Bu kudret alacaklıya kendisi (alacaklı) için faydalı olacak bir edada bulunması zımında verecekliyi kendisine (alacaklıya) tâbi kıldırmağa müsaade eyler.»

Böylece Plâniol tarafından ilk sıraya alınmış olan iki kişi arasındaki münasebet, «Colin ve Capitant» tarafından bir uyruklu münasebeti, bir buyurma erki ve buyruk olmak üzere tarif edilmiş bulunuyor.

Ne için Fransız müellifleri Roma kavramını tavzihe ve o kavramı şahıslar alanına sokmağa mecbur kalmışlardır Fransada «Levy Ullmann» gibi yeni cereyanların taraftarları olmuş profesörler bu soruyu şu şekilde cevaplandırıyorlar: Fransız sınırları dışında (yani Almanya'da demektir) ve bunun tesiriyle Fransız sınırları içinde yeni bir cereyan ve yeni bir anlayış başlamıştır; bu cereyan Almanya'da, İsviçre'de galebe çalmağa muvaffak olmuştur. Borç artık Almanya'da bundan böyle hukukcuların nazarında şahıslar arasında bir münasebet değildir. İngiltere'de ise borç aslâ şahıslar arasında bir münasebet olmamıştır. Borç; mamekleştirilmiştir. Borcun mameleke ait olduğu inancı onun şahıslar arasında bir münasebet olduğu kanaati yerine geçmiştir. Borç ve daima iki mamelek arasında bir münasebeti; veya iki mamelek arasında bir münasebet olmağa başladı. Alacak bir mülkiyet konusudur.

Bu iki kavramın çarpışmasından iki borç telâkkisi doğmuştur. Borcun iki şahıs arasında bir münasebet olduğu kanaatine borcun sübjektif telâkkisi ve iki mamelek arasında bir münasebet bulunduğu kanaatine de borcun objektif telâkkisi adları verilmektedir.

22 — Mecelle, Âli Paşanın Fransız Medenî Kanununun tercüme edilerek Türk Medenî Kanunu kılınmasına dair vaki teklifine karşılık Cevdet Paşa tarafından tedvin ettirilmiş ve edilmiş olduğuna ve Âli Paşa teklifine bir cevap teşkil eylediğine göre Cevdet Paşanın Fransız Medenî Kanununu tetkik ettirmiş olduğunu ve belki bu işi Ali Şahpas Efendiye yaptırmış bulunduğunu sanıyorum.

Mektepsiz Yargıçlara yeni bir kanunu tatbik ettirebilmek için çok güzel usuller bulmuş ve mecelleyi aynı zamanda bir hukuk lügati haline getirmiş olan Mecelle cemiyetinin «Vecibe» yi tarif etmemiş olması ve ondan müstakil olarak bahsetmeyip yalnız 103 üncü maddesinde mukaveleyi tarif ederken vasıtalı olarak bahseylemiş bulunması ancak bu hususta «Code Civil» e taklit eylemiş olduğu ile anlatılabilir: «âkit tarafların bir hususu iltizam ve taahhüt eylemeleridir ki, icap ve kabulün irtibatından ibarettir». İşte vecibe : bir hususun (bir şeyi vermek, yapmak ve yapmamak hususunun) iltizam ve taahhüt (1) edilmesi; işte mukavele: icap ve kabulün (yani tarafların iradesinin) birbirine bağlanması.

Mecelle ve Fransız kültürü mukavele (akit) hakkında bizde öyle derin kanaatlar yaratmış ve yerleştirmiştir ki, mukavelenin, anlayışımızdan başka bir şekilde anlayışı olduğunu ve olabileceğini dahi tasavvur edemeyiz.

Bizim için ve Fransızlar için mukavele iki farika (karakteristik yani onu başka şeylerden ayıran ve farketiren, farkına vardıran hal) taşır:

a — Mukavele tarafların rızasına dayanır. Mecelle mukavelenin bu hassasını (kendine mahsus olan halini) «icap ve kabulün irtibatı» sözü ile ifade ediyor.

İradenin (veya ifadesi olan icap ve kabulün) muhtariyeti yani iradenin hak yaratıcılığı milâdın 12 inci arasından itibaren insanlığın müşterek bir anlayışı olmuştur. 18 inci asır filozofları da bu anlayışı benimsemişlerdir. Fransa, Avrupa hukukçu ve filozoflarının bu anlayışı ile; Mecelle de Fıkıhı yaratmış ve İmam (yeni Şef) adını şerefle taşımış büyük İslâm hukukçularının koydukları esaslarla rızanın, iradenin eseri olan mukavelenin bizatihi iltizam ve taahhüd ettirici yani borçlandırıcı olduğu kavramına varmıştır.

Roma da, şekil elbisesini giyinmemiş bir mukaveleden; çıplak bir mukaveleden (Ex nodo pacto) alacaklı için bir dâva hakkı doğmaz kaidesi nazarı halde olsa dahi devam etmiştir. İslâmda işe daima: mukavele-

(1) — İltizam ve taahhüdün bir adı da «tekabbül» dir (Mecelle: madde - 1055). Takabbülün lügat mânası «kabül edip senet saymak» tır.

lerde itibar (mukavelelenin yapılmasına sebep olan) maksat ve mânayadır; yoksa (o maksat ve mânaya elbiselik eden) sözlerde ve yapılarda (şekilleide) değildir (Mecelle Mad. 3); aslı yani prensipi cari olmuştur.

b — Fransız mukavelesiyle Mecellenin kabul eylediği mukavele yalnız rızaya, iradeye dayanmaz; iradelerin birbirine uygun düşmesini de icabettirir. Binaenaleyh rızayı psikolojik bir tahlile tâbi tutmak gerekir. Mukavele iki iradenin yani icap ve kabulün sadece birlikte var olmasıyla vücutte gelmez; icap ve kabulün birbirine nüfuz eylemesiyle, birbirine bağlanabilmesiyle husule gelir ve borç bağına düğümler; «İnikat, icap ve kabulün müteallâkında (taallûk ettiği şeyde) eseri zâhir olacak veçhile yekdiğere taallûkudur» (Mecelle: Madde — 104); yani inikat icap ve kabulü birbirine bağlayan hukukî bağıdır; icap ve kabul hangi eşyaya taallûk ediyorlarsa o eşyada eserlerini, hükümlerini hâsıl edebilecekleri tarzda (meselâ icap ve kabul bir mebie ve bir semene taallûk ediyorsa satacının semene alıcının, mebie malik olmasını hâsıl edecek tarzda) yekdiğere bağlanmalıdır. İcap ve kabulden maksadı aslı (asıl amaç, asıl gaye) tarafların rızasıdır (Mecelle: Mad. 175). «Mukaveleyi yapanlardan biri her ne ile neyi icabederse diğeri dahi tamamıyla onunla onu kabul etmesi lâzımdır; meselâ; satıcı müşteriye şu kumaşı sana 100 kuruşa sattım dedikte müşteri o suretle kabul ederse tamam o kumaşı 100 kuruşa alır, yoksa o kumaşı yahut yarısını 50 kuruşa kabullenemez; ve gene mese-lâ; satıcı şu iki hayvanı 3000 kuruşa sattım dedikte müşteri kabul ederse ikisini 3000 kuruşa alır amma ikisinden birini 1500 kuruşa alamaz». (Mecelle: Madde — 177). Kabulün icaba muvafık düşmesi lâzımdır. Fransa'da bu hali anlatan ve aydınlatan güzel bir ifade vardır; «Evlenme mukavele değildir, mukavele evlenmedir»; mukavele iradelerin, rızanın evlenmesidir.

23 — Bu Fransız ve mecelle mukavele telâkkisi karşısında, bu müşterek irade, psikolojik ve gayri maddî, subjektif irade telâkkisi karşısında tamamıyla taban tabana zıt ve binaenaleyh yukarıda arzedilen farikaların tamamıyla aksi farikalar taşıyan bir telâkki yükselmiştir. Şöyle ki:

a — Mukavele tarafların rızalarına dayanmaz; fakat iradenin giyinmiş olduğu ve iltizam ve taahhüde, tekabbüle, vücut verebilmek için giyinmesi lâzım geldiği şekilde dayanır. Şekle bağlı bir mukavele bir şekle dayanır; yani resmî bir mukaveledeki resmîliğe veya diğerk şekle ait bir unsura dayanır. «Çıplak âkit dâvaya vücut veremez» kaidesi esaslı bir kaide olmakta devam eyler.

b — İkinci farika mukaveleye temel olan ve unsurlarından biri bulunan «pact» ın (şekil elbisesini giymemiş rızanın) her türlü psikolojik araştırmalara lüzum göstermeden var olmasıdır. Artık rızaların uygunluğunu araştırmağa lüzum yoktur, Rızaların aynı zamanda bulunmaları birbirine uygun düşmüş olmaları yerine geçer. Bu sisteme şekilci veya objektif sistem adı verilir.. Subjektif sistem Alman Medenî Kanununun sistemidir.

«Rızanın beyanı» nazariyesi içteki iradeye, kasta bir hüküm ifade ettirmez; beyan edilmiş rızaya beyan edilmiş olduğu şekilde hüküm ifade ettirir, yani hukukî netice hâsıl ettirir. Şekil beyandaki ciddiyeti sağlar.

Anglo - Saxon sisteminin de objektif sistem olduğu söylenir (1). Objektif telâkki borçlar hukukunun bütün bahislerinde tesirini gösterir: İcabın bağlayıcı mahiyeti, hazır olmyanlar arasındaki mukaveleler, hata, mukavelelerde temsil, ifa ödevi, mukaveleden doğan sorumluluk ve daha bir çok meseleler objektif görüş ve telâkkiye göre, subjektif telâkkiye göre aldığı hal şeklinden değişik ve başka bir hal tarzı alır. (2)

(1) — Fıkıh objektif sistemi iltisaf ve binaenaleyh pek mahdut hallerde mutlak surette kabul eder: Evlenmede, boşanmada, kul âzad etmekte ve kisasdan afivde içteki kasda iltifat etmeyip söylenmiş söze yani rızanın beyanına itibar eder. Bir insan şakadan dahi diğer bir insana «ben seni aldım» dese ve diğeri de cevap olarak ben de seni aldım dese aralarında evlenme vücuda gelir. Bir adamın karısına hattâ şakadan seni boşadım demesiyle boşanma husule gelir; eski erkekler «boş olsun» sözünü asla ağıza almazlardı. Bir kimse kölesine, hattâ şaka olarak seni âzad eyledim dese artık kasd aranmayıp söze bağlanılarak köle âzadlı olur.

(2) — Bizim eski hukukumuzdaki tabiri kullanarak hukuki tasarruf dediğimiz ve Fransızların «actes juridiques» adını verdikleri hukukî fiilleri ifade için Almanlar «rızanın beyanı» tabirini kullanırlar. Hukukî tasarruflar hukukî münasebetlere vücut veren fiillerdir; bu fiiller hususî iradenin tasarrufudur. Bir hukukî münasebet yaratmak gayesiyle ifade edilmiş, dışarıya vurulmuş her irade tasarrufu bir hukukî tasarruftur: elveriş ki, tasarruf ya irade dışarıya vurulmuş her irade tasarrufu olarak geçer olsun ve kabul edilmiş bulunsun; veya tasarrufu yapan kimsenin arzueylediği hukukî neticeleri kanun o tasarrufa hasıl etmek kudretini vermiş bulunsun. Hukukî tasarruflar içinde en başlıcası mukaveledir. Mukavele bir hususta ittifaak eden iki iradeyi iktiza ettirir. Fakat mukaveleyi anlatmadan evvel her irade izharını, haddi zatında incelemek ve hukukî kıymeti; haiz bir hukukî tasarruf olmak itibarıyla sıhhatinin bağlı bulunduğu şartları tayin etmek; bu hukukî tasarrufun istihdaf eylediği gayeyi hasıl edebilmesi için, yani bir hukukî tasarruf olabilmesi için ne gibi şartları haiz bulunması lâzımgeldiğini bildirmek iktiza eder.

Tayin edilecek şartlardan birisi bizzat iradeye ait olanıdır. İradenin ifadesi, ifadeyi yapan kimsede gerçek bir iradenin var olduğunu temin eylemelidir. Yalnız elde edilmesi istenen hukukî bir neticeye doğru çevrilmiş ve tabiidir ki, sabit de olmuş her istek, her irade tasarrufu bir hukukî tasarruf kıymetini haiz bir irade izharı olarak kabul edilebilecek midir? Yani kanun o izhar edilmiş iradeyi bir hukukî fiil yapmak üzere na-

24 — Fransız, İsviçre, Türk ve nihayet Avrupa kıtası Medenî Kanunları üzerinde tesirini gösteren Alman borçlar nazariyesinin, daha doğrusu nazariyelerinin doğmasına Savigny'nin XIX üncü asırda (1839 — 1853) müdafaa eylemiş olduğu borç kavramı sebep olmuştur. Alman müellifleri Savigny'nin nazariyesini kabul etmiş değillerdi. Alman nazariyeleri Alman müelliflerinin Savigny'nin nazariyesini ret ve cerhey-melerinden çıkmış ve gelişmiştir.

Savigny'nin borçlar hakkındaki nazariyesi «bugünkü Roma hukukunun sistemi» adlı eseriyle Savigny'nin 72 yaşını aşmış bulunduğu zaman 1851 ile 1853 seneleri arasında bitmemiş olarak basılmış bulunan

zara ve hesaba alacak mıdır? Bu noktai nazardan Alman hukuku «rızanın beyanı nazariyesi» adını taşıyan hususî bir sistem kabul eylemiştir. Alman Medenî Kanununa göre (1) sırf içde kalan derunî olan kasd, kesin olduğu sabit bile olsa, kanunun itibar eylediği bir fiil, bir tasarruf değildir; bir hukukî fiil değildir; (2) niyetin, içdeki isteğin dışa vurulmuş, izhar edilmiş, ve hattâ isteğe, niyete artık silinmez bir çehre ve isteği, isteyenden müstakil kılacak tarzda izhar edilmiş olmalıdır; (3) İradenin bu izharı da onu hukukî bir fiil kılmak için kâfi gelmez: iradenin izharı, iradenin beyanı haline gelmelidir: İradenin izharı, ona kanun nazarında müsbet bir kıymetî haiz hukukî fiil halini katî surette verdirecek hususî bir irade ile yapılmış, olmalıdır: daha açık ifade edilmek lâzımgelirse denilebilirki iradenin izharı, «irade beyanı» halini alabilmesi için bir unsura daha ihtiyaç gösterir: irade, hak inşa edici olarak zahir olmadıkça irade beyanı haline gelemez.

İstek, isteğin izharı (dışarı vurulması) ve isteğin beyanı: işte iradenin hukukî ifadesinin üç konağıdır. İradenin hattâ şu veya bu hukukî fiili hasıl etmek hususunda elde müsbet, sarîh, açık bir iradenin, bir irade olarak izharı bile kâfi gelmez; fazla olarak irade sahibinin iradesini izhar eylemekle ve izhar için kullandığı izhar tarzlarıyla bir hukukî tasarrufa iradesini izhar anında vücut vermek istemiş olmalıdır. Binaenaleyh bir beyanın bulunup bulunmadığı iradenin izharı usulüne bağlı bulunmaktadır; yani kullanılan usulün adete göre bir hukukî irade ifade etmeğe müteveccih olup olmadığına bağlıdır.

İrade kanun nazarında beyan ile kıymet aldığından kanun o iradeyi, ancak sahibinin beyanına koymak istediği şeyle kabûl eder; buna Alman Medenî Kanunu «beyanın muhteviyatı» adını vermektedir. Kanun iradenin mevzuu olarak yalnız beyanı yapanın beyanına koymak istediği ve beyanın muhteviyatını teşkil eden şeyi kabûl eder. Beyanı yapanın zihninde ve hattâ iradesini izhar için kullanmış olduğu usul ve tarzlarda gerçekleştirilmek istediği hukukî tasarrufun unsurları arasına katmağı istemiş olduğu veya hukukî tasarrufun gerçekleştirilmesine yarıyacak olan diğer bazı şeyler daha bulunmuş olması mümkündür. Fakat bu arzylediğim ve yalnız beyanı yapanın zihninde veya hukukî tasarrufu gerçekleştirmek veya gerçekleştirilmesine yaramak için kullandığı tarz ve usulde var olan şeyler ne üçüncü kişiler ne de kanun için var olan şeylerden değildir. Gerek üçüncü şahıslar gerekse kanun nazarında hukukî tasarruf ancak beyanın muhteviyatını teşkil eden unsurlarla teşekkül eder. Bu izahlardan beyanın mutlaka sarîh olması lâzımgeldiğini veya mutlaka ona hukukî şeklini verecek olan teknik usullerle gerçekleştirilmiş bulunması lâzımgeldiğini anlamak hata olur. Kanun iradenin izharına imkân veren bütün usulleri kabul eylemektedir; elverir ki, o izahlar bir hukukî inşada bulunmak hu-

«Borçlar Hukuk» adlı eserlerinde çıkmıştır. Yalnız bugünkü Roma hukukunun sistemi adlı eserinde borçlar hukukundan doğrudan doğruya bahsetmez; hukukî münasebetten bahsederken bilvasıta bahseyleyler.

Savigny'nin borçlar hakkındaki kavramını ve anlayışını tek bir kelime hülâsa eder:

Herrschaft (HERŞAFT); Herrschaft hâkimiyet, hâkimlik demektir; imperium (emretmek veya yasak etmek: komuta) etmektir. Demek ki, Savigny'ye göre borç bağı, şahsî bir tabiiyet bağı, şahsî bir mahkûmiyet, mahkûmluk bağı oluyor. Borç şahıslar arasında: bir şahıs ile diğer bir şahıs arasında bir bağ küçük ölçüde kölelik oluyor; «Die Herrschaft

susundaki sarîh iradeyi ifade edebilsin ve gerçekleştirsin. Bu özel kasıd ve niyet âdetlere veya şartlara göre sırf maddî fiillerle de gerçekleştirilebilir; bu sırf maddî olan fiiller irade sahibinin hukukî iradesini ancak zımnî olarak ifade edebildiği gibi söz veya yazı yahut âdetin bir iradeye hitabeylediklerini bildirmeğe tahsis eylemiş olduğu her hangi bir işaret olmayabilir ve binaenaleyh âdetin kabul eylemiş bulunduğu normal yani, tabii bir tarz ve usul arasında bulunmayabilir. Normal yani tabii usullerin kullanılması iradenin sarîh beyanını teşkil eder; bu takdirde beyanın tefsiri, yorumu şüpheli dahi bulunsa beyan sarîh olmak vasfını muhafaza eyleyler. İrade izharının aynı zamanda bir hukukî inşada bulunmak iradesini izhar eylemiş bulunması halinde zımnî irade beyanını teşkil eder. (Traduction du code civil allemant par le comité de législation étrangère p. 117)

Hülâsa: her hukukî tasarruf bir hukukî inşaya tevcih edilmiş yani bir hukukî inşaya doğru çevrilmiş bir irade izharını ihtiva eder. Hukukî tasarrufların çoğunda bu irade izharı, izhar edilmiş iradeyi başkasına bildirmek kasdı, ilân ve beyan edilerek yapılır ve bu gibi hukukî tasarruflar «irade beyanı» adını alır. Bu gibi iradeyi malûm kılmak kasdı olmaksızın izhar edilmiş iradeler «irade beyanı» adını almazlar ve irade beyanının zıddı olurlar». Zira bazı hallerde iradenin izharı, ya irade sahibinin iradesine bir kimsenin vâkif olmasına önem vermeyişinden veya iradesinin herkesten gizli kalmasını isteyişinden dolayı ilân ve beyan edilmiş şekli almaz. İrade izharında bulunan kimse, bazan tarafından yapılmış niyetin yani iradesinin almış bulunduğu kararın diğer bir şahsa, kendi (irade sahibinin) kasdı olmaksızın, hattâ arzusu hilâfına ifşa ettirecek tarzda hareket eyleyler. Bu şekildeki hukukî tasarruf zımnî irade izharı adını alır.

Meselâ; (A) nin, yegeni (B) yi vasiyetle mirascısı yapmak istemesi halinde bu isteğine, bu iradesine, şimdiden veya daha sonra bir kimsenin muttali olması (malûmat alması) kasdını eklememesi mânâsız bir hareket olur. Binaenaleyh vasiyetle mirascı nasbının bir «irade beyanı» olması zarurîdir.

Fakat (B) nin (A) nin ölüm ile elde ettiği zengin mirası kabûl ederken bu kabûlüne, herhangi bir kimsenin herhangi bir zamanda bundan malûmat sahibi olması hususunda bir kasdı bağlamaması aslâ mânâsız bir hareket olmaz. Çünkü; (B) nin miras ile servet sahibi olmuş bulunduğu yayılması veya yayılmaması belki (B) için müsavi bir haldir; belki yayılması (B) nin arzu etmediği bir haldir ve bundan dolayı mirası kabul ederken kabûlüne, kabûlünün herhangi bir şahsa malûm olması kasdını raptetmemesi mantıktan mahrum bir hareket değildir. Fakat (B) nin gizli tuttuğu miras arzusu olmaksızın yahut arzusu hilâfına faş olursa bu takdirde zımnî bir irade izharı vücuda gelmiş olur (Cosack ve Mittéis Alman Medenî hukuku sa. 152).

über eine fremde Person»: «yabancı bir şahıs üzerinde hâkimiyet» oluyor.

Savigny'nin bir tarihçi sıfatıyla borçlar münasebetini iki şahıs arasında bir tabiiyet ve matbuiyet münasebeti olarak kabul emesi sebebini anlamak lâzımdır.

Savigny, sistemini yazarken klâsik Roma hukukunu nazara almadı; eserinin adı «Bugünkü Roma Hukuku Sistemi» dir. Çünkü; Almayna'da 1900 senesine kadar Roma Hukuku, hususî bir kanunun bulunmadığı hallerde tatbik edilen âdi (olağan) kanundu. Binaenaleyh Savigny sistemini, muasır Roma hukuku çerçevesi içinde çizmişti. Savigny çizdiği sisteme temel olarak hukukî münasebeti («Rechtsverhaeltnisse» «Rapport de droit») alıyordu. Her şeyi hukukî münasebete irca ediyordu, yani döndürüyordu, Bütün kavramları hukukî münasebet merkezinde topluyordu.

Savigny hukukî münasebeti 53 numaralı bentte şöyle tarif eder: «Hukukî münasebet ferdî iradenin müstakil hâkimiyetinin ifa edildiği, yürürlükte bulunduğu yerdir, dairedir», daire kelimesini arazi ve mekân (yer) mânasına olarak kullanıyorum (Meselâ mahkemelerin salâhiyet daireleri). Demek ki, hukukî münasebet muhtar ve eğemen iradenin dairesidir. Şimdi mesele dairesinin bulunduğu yeri tayin eylemektir; iradenin neyin üzerinde ifa edildiğini tayin etmektir.

a — Muhtariyet dairesi ve iradenin yürütüldüğü yer evvelâ ferdi bizzat kendi şahsı üzeridir. İnsanla kendi şahsı üzerinde bir hukukî münasebet vardır. Savigny şahsiyet haklarını bu ilk olarak aldığı açığa (zaviyeye) göre tahlil ediyor.

b — Şahsiyet haklarının dışında insan iradesinin hâkim bulunduğu daire dış âlemdir (Aussere Welt). İnsan iradesi cansız tabiatın üzerinde hâkimdir. İnsan cansız tabiatın, hür olmıyan tabiatın unsurlarından kendi hürriyeti için istifade eder ve intifada bulunur. Hür olmıyan tabiat insana, pasif (müteaddî yani iş işleyici olmıyan ve tepki göstermiyen) bir unsur olarak karşılık teşkil eder ve bir şey üzerindeki hakkın «Recht am eines sache» (mülkiyet hakkının) çıktığı hukukî münasebetler o unsurlara taallük eder.

c — Tabiat yalnız cansız eşyadan, cemadattan ibaret değildir. Yabancı insanlar da tabiatın canlı unsurudur. Binaenaleyh dış âlemin ikinci nevi şeylerinden olan ve kısmen veya tamamen mülkiyet konusu bulunan yabancı insanlar üzerinde de insan hâkimiyeti yayılabilir, kaplar (1).

(1) — Fıkıh bu yayılma ve kaplamayı «istilâ» kelimesiyle ifade eyler. İstilâ zorla zabtelemek demektir. Kelime savaşlarda mânasını bütün açıklığı ile meydana vurmaktadır. Hususî hukukda da insan tabiatı istifadesi ve intifai için istilâ eder.

Eğer hâkimiyet (Herrschaft) yabancı şahsın hürriyetini efendinin hürriyeti lehine tamam olarak yokedecek şekilde mutlak ise o zaman kulluk elde edilir. Bu takdirde yabancı insan cemadata döner, bir eşya olur, bir mülkiyet konusu teşkil eder. Meydana gelen hukukî münasebet de cansız tabiat unsurları üzerindeki hukukî münasebetin eşi ve aynı olur.

Fakat hâkimiyet yabancı insanın faaliyetinin yalnız bir kısmı üzerinde cari oluyorsa o zaman gene yabancı bir insan üzerinde hâkimiyet mevcuttur; yalnız bu hâkimiyet yabancı şahsın hürriyetini tamam olarak yoketmiyor; sadece pasif süjenin faaliyetinin bir kısmında çıkartma (tarh) yapıyor. Binaenaleyh bu takdirde hâkimiyet faaliyetin ayrılmış kısmı, parçası üzerinde cari oluyor; Pasif süjenin hürriyetinden çıkartılmış ve aktif süjenin iradesine saygı ile tevdi edilmiş ve tâbi kılınmış faaliyet parçası hâkimiyet konusu oluyor ve aktif süjenin ferdî iradesi tarafından istilâya uğruyor. Bundan mülkiyete benziyen «dem Eigentum aehnlich) bir hak vücade geliyor; bu hak mülkiyet hakkına eşit olmakla beraber, ondan ayrıdır. Hakimiyetin bu ihtisası hunsusî bir hukukî münasebete vücad verir. Yabancı şahsın tek bir fiili ve faaliyeti üzerinde hâkimiyete taallük eden bu hukukî münasebete «obligation» adını veriyoruz: «nennen wir obligation». Binaenaleyh borç yabancı bir şahıs üzerinde velâyettir (hâkimiyettir).

Savigny'ye göre mülkiyet ve borcun «dominium ve obligatio» nun mahiyetleri eşittir, aynıdır; bunlar müşterek bir mahiyeti haiz hukukî münesebetlerdir; aralarındaki fark bir derece farkıdır: Dominium da (mülkiyette) pasif unsurun tam bir inkiyadı, tabiiyeti, teslim oluşu vardır; obligatio'da ise kısmî bir inkiyad vardır, fakat her halde inkiyad vardır; demek ki, inkiyad eden üzerinde hâkimiyet, velâyet vardır.

25 — Alman yeni nazariyeleri Almanya'nın klâsik ve meşhur olmuş doktrinlerine karşı Roma hukukuna, Roma hukukçuluğunu güdenlere ve Romalılaştırılmış olan her şeye karşı gösterilmiş tepkiden doğmuştur. Yeni Alman hukukunun bu husustaki zihniyetinin en parlak ispatını bizzat Alman Medenî Kanununundan çıkartmak mümkündür:

Alman Medenî Kanununun ilk avanprojesi Romanistlerin, yani Roma hukukunu güdenlerin eseri idi. Bunlardan teşkil edilen komisyonun başında da Windscheid bulunuyordu. Windscheid'in Medenî Hukuka dair meşhur olmuş bi reseri de vardı; o zamanlar Almanya'da Medenî Hukuka dair yazılan eserlere «pandekten» adı verilirdi: Lehrbuch der pandekten». İkinci lâyihayı vücade getiren ikinci defa kurulan komisyonun başında ise Otto von Gierke getirilmişti. İkinci komisyon Me-

denî kanunu Romalılıktan çıkartıp Germenleştirmek (Almanlaştırmak) istiyor ve Roma kavramlarını mümkün olduğu kadar atmak ve yerine Germen kavramlarını koymak ve hâkim kılmak istiyordu.

İkinci komisyon borçlar hukukunda Roma kavram ve telâkkilerinin atılmış olduğunu bir sembol (timsal) ile ifade etmek için «obligatio» tâbirini her yerden kaldırdı ve sildi; yerine (deyn münasebeti), «verecek münasebeti» mânasına gelen «schuld verhaeltnisse» tâbirini koydu ve geçirdi. Schuld, verecek demektir; Forderung da alacak demektir. Binaenaleyh artık, ismiyle birlikte cismi de kaldırılmış olan obligatio münasebeti karşısında bulunulmuyordu.

25. A — Alman nazariyelerini açıklıkla anlatabilmek için onu evvelâ şahıslar arasında: alacaklı ile verecekli arasında bir münasebet olarak (subjektif telâkki); sonra da mamelekin bir mevzuu ve muhtevası olan alacak ve verecek arasında: mamelekler arasında bir münasebet olarak tetkik etmek lâzımdır.

26, A — Almanya'da XIX uncu asrın başlangıcından itibaren hukukun tasnifinde mutlak haklarla nisbî hakları birbirine karşılık ve zıt iki hak olarak göstermeğe başlamışlardı. İlk defa olarak Viyana Üniversitesi Profesörlerinden «Ahrens» tarafından yapılmış olan bu tefrik ve teklif Almanya'da hukuk ansiklopedisi derslerinde uzun zaman devam ettirildi. Almanların «Rechts encyklopædie veya Encyklopaedie der rechts» adını verdikleri ders, hukukun umumî nazariyelerinin sistemini öğreten derstir. Hukukun umumî nazariyeleri sistemi dersinde mutlak hakları herkese karşı dermeyeran edilen haklar ve nisbî hakları da bir veya bir kaç şahsa karşı ileri sürülen haklar olmak üzere tarif ederlerdi. Fakat Almanlar hiçbir zaman aynı haklarla mutlak hakları ve şahsî haklarla nisbî hakları birbirine karıştırmadılar ve birbirinin eşi ve aynı olarak telâkki eylemediler. Onlarca aynı haklarla şahsî haklar mutlak haklarla nisbî hakların birer özel nevi ve cinsi olarak telâkki edilirdi.

Binaenaleyh borç münasebetini mülkiyet hakkının bir çeşidi olarak kabul eden Savigny'nin bu görüşü Alman hukuk yapısı tekniğine aykırı düşüyordu. Bu sebepten hakları herkese karşı ileri sürülen haklarla yalnız bir kişiye karşı dermeyeran edilen haklara ayıran nazariye tarafından ret ve cerhediliyordu. Almanya'da aynı haklarla şahsî haklar arasındaki fark mutlak haklarla nisbî haklar arasındaki o büyük tasnif farkından doğmuştur.

Savigny'nin Herrschaft nazariyesi de reddedilmiştir; fakat bu ret borç münasebetini mülkiyet hakkına eşit tutan görüşü kadar şiddetli

bir tarzda olmamıştır; çünkü, bazı müellifler bu görüşü ufak bir düzeltme ile kabul etmiş bulundular. Yalnız Berlin Üniversitesi Profesörü Kohler, Holdzendorf'un Rechtsenzyklopaedie'sinin 7 inci basısında (1914 - 1915) mutlak haklarla nisbi haklar arasındaki farkı yaparken ve hususiyile hukuk ilmine başlangıç (Einführung in die Rechtswissenschaft) adı ile 1919 da çıkarttığı küçük ve açık bir kitabında (sahife 57) Borçlar Hukukunun bir şahsın diğer bir şahıs üzerine hâkimiyetini ifade eylediğini şiddetle reddetmiştir. Borcun ne yakından ne de uzaktan kulluğa benzer ve tabiiyeti hatırlatır bir hali bulunabileceğini kabul etmemiştir: «verecelinin mecbur olduğunu söylemek sadece hukukun ona bir şey emreylemekte bulunduğunu bildirmektir. «Das Recht gebietet ihmetwas»; hukuk nizamının bizzat kendi gayesi için ahlâkî bir kavram olan ödev (vazife) kavramını kullanması ve emreylemesidir. Ahlâk ödevler ilmidir» (hukuk ilmine başlangıç). Kohler'e göre borç münasebetinde bir insanın diğer bir insana tebaiyeti yoktur, sadece hukuk tarafından emredilmiş bir vazife vardır. Binaenaleyh Alman hukuku yeni zamanların tezi-ne uymaktadır. Bu tez de borcun, hukukun emrettiği bir vazife olmasıdır. «Borç hukukunda, Alman kanunu yeni zamanın sistemine uymaktadır» bütün eski hatalar (müellif Savigny'in sistemini kastediyor) verecekliyi bir rehin yapan, cismi, hayatı, şeref ve selâmeti üzerinde bir hâkimiyet kurduran bütün eski hatalar ilga edilmiştir (kaldırılmıştır). Borç münasebeti bir vazife münasebetidir. Basit ve sade bir vazife münasebetidir. Ödevin yerine getirilmemesi halinde âmme kudreti, borcun yerine getirilmesi için verecekinin şahsını veya mamelekini mes'ul kılacaktır.

Yeni zamanların bu yeni tezinin bir müspet, bir de menfi tarafı vardır.

Yeni tezin menfi tarafı Sevingy'nin nazariyesinden ayrılmasıdır. Artık borç bir kulluk münasebeti değildir. (1) Borç, bir vazife olarak telâkki ediliyor; fakat bu borç alacaklıya karşı değildir; devlete karşıdır. Demek ki borç münasebetinden, yapılan tahliller neticesinde el ile kalan ahlâka ait bir fikir oluyor, Tazyik, zorlama borçtan doğmayıp kandan, âmme kudretinden gelmiş oluyor.

Yeni tezin müspet tarafı mutlak haklar ile nisbi haklar arasındaki zıtlığı düzetmesidir. Kohler borç kevramını hâkimiyet sahasından âmme kudretine, ferdin devlete karşı olan itaat ödevi alanına naklediyor. Borcun kanuna veya âmme kudretine karşı bir ödev olduğunu söylemek sübjektif hukuk sadasını bırakıp pozitif hukuk (mevzu hukuk) alanına

(1) — «Borcunu azalt ki, hür olarak yaşıyaşın» (Ömer - ül Faruk)

geçmektir. Artık borç bir şahsın diğer bir şahsa karşı imtiyazı olarak telâkki edilmiyor; hukuk kaideleriyle yani pozitif hukuk ile ilgisi itibariyle nazara alınmış ve tabiiyet fikri reddedilmiş oluyor.

Almanlar da, deyn ile mutalebe (debitum ve obligatio) arasındaki farkı ötedenberi yapmış bulunuyorlardı. Kohler de bu tefriki almış bulunuyordu; zorlamanın ödevden ayrı olduğunu gösteriyordu. Filhakika Kohler borcu bir (verpflichtung) olarak yani ahlâka aid bir muta (veri), ödev fikrinin bir tatbikki olarak kabul ediyor ve zorlama ile de âmme kudretinin mükellef olduğunu söylüyordu.

27 — Borcun deyin ve mutalebeye ayrılmakda olduğu fikri, Almanya'da XIX uncu asır sonunda germanistlerin araştırmalarıyla meydana gelen nazariyelerin ön safına alındı. Borcun deyin (Schuld) ve mutalebeye (Haftung) ayrılması hakikatta germanistlerin buluşu değildir, romanistlerindir. Brinz «Pandekten» lerinde ve Roma hukuku sahasında deyin ile mutalebe arasındaki esaslı ayrılığı göstermişti. Fakat deyin ve mutalebe tefrikini germanistler, daha Roma hukukunun, 16 ıncı asırda Almanya'ya kabulünden evvel, Almanyada 15 inci asırda yürürlükte bulunmuş olan örf hukukunda ve orta çağ Saxon hukukunda aramışlar ve bulmuşlardı: «Von Amira» 1882 tarihinde «kuzey Germen Borçlar hukuku » adlı bir eser yazmışdı ve 1896 da Puntschart «orta çağ Saxon hukukunda Borçlar hukuku ve vaid» adlı eserini yazmışdı. Fakat meseleye en bariz şeklini germanist Gierke vermiştir. 1910 tarihinde Berlin Üniversitesindeki seminer çalışmalarının meydana getirdiği 100 üncü eser «eski Alman hukukunda deyin (Schuld) ve mutalebe (Haftung)» adını taşır. Kohler tezi evvelâ tarih sahasında tetkik ve arzyletti; sonra tetkikini genişleterek hali hazır hukukuna geçirdi ve Holdzendorf'un hukuk ansiklopedisinde (1914) ve hususile «Alman hususî hukuku» adlı büyük eserinde (1897-1917) meseleyi tekrar ele aldı.

Kohler'in tezi deyin ile mutalebe arasındaki tefriki ve ayrılığa dayanıyordu; Gierke deyin, Alman hukukunun verdiği manaya göre bir hukukî vazifedir diyordu: «Schuld ist rechtliches Sollen» (deyi hukukî bir vazifedir). Mutalebe ise edanın kendisine yapılmamış bulunduğu kimsenin yakaya yapılabilesinin kabul edilmesi; yakaya yapışmasına arz ve teslimiyet gösterilmesidir. Deyinin muhtevası bir ödevdir; fakat hukukî bir ödevdir, yani taraflardan birinin yapması lâzımgelen edayı yaptığı takdirde sahih ve muteber bir tasarrufta bulunmuş olur (Muteber ve sahih bir tediyede bulunmuş olur; tediye sahihtir); Deyin bu ödev içinde ve bu ödev sayesinde tükenir. Deyin cebir ve tazyik kudretini ihtiva etmez, tazyik ve cebir deyin yerine ikame edilebilecek (ko-

nabilecek) bir şeydir. Deyin cebir ve tazyiki tazammun etmez. Deynin tek neticesi bir ödev yaratmak ve bu ödevde tükenmektir. Mutalebe (Haftung) ise vazifenin yapılmadığı takdirde deyni zâmin bulunan şey'e el atmaktır. Bu el atılacak şey ekser zamanda mamelektir, borcun ini kadından evvel borcun istifa edileceği (alınacağı) yer olarak nazara alınmıştır. Şahıs deynin istifa edileceği yer olarak nazara alınmamış olduğundan şahısa el atılmaz. Binaenaleyh borçda, bir tarafda hukukî vazife diğer tarafda borcun ifasından mes'ul ve istifa yeri olarak derpiş edilmiş eşya vardır.

28 — Bu nazariyelerin tatbikatına gelince:

A — Deyin ile mutalebenin birlikde bulunması tasavvur edilebilir. (Schuld mit Haftung), Olagan borçlarda deyin ile mutalebe beraber bulunur; bu olagan borçlarda verecek (deyin) vazifeye vücud verir ve vazifenin yapılmadığı takdirde yerine kaim olmak (geçmek) üzere vereceğinin bütün mameleğini vereceğinin verilmesinden mes'ul kılar. Bu hal şahsî mes'uliyet, şahsan mesuliyet halidir. Alacakları hususî bir surette: **rehin ile sağlandırlanmış** alacaklıların (ki mamelek verecekleri tamamen ödeyemediği takdirde guramaya girerler) vereceklerinin mameleki üzerinde genel bir rehin hakları vardır. Bu genel rehin hakkı vereceğinin, vereceğinin ödenmesinden mes'ul kılınan mameleki üzerine konulmuş genel bir el koymadır.

B — Fakat mutalebesiz deyin ve deyinsiz mutalebe de olabilir. Fransız hukukunun tabii borçlar dediği borçlar bu nevidendir. Almanların «eksik borçlar» (unvollkommene verbindlichkeiten veya schuldverhaelt nisse) adını verdikleri bu borçlarda kanunî vazife vardır, fakat mutalebe yoktur. Hukukî vazifenin varlığı yapılacak ödemeyi, edayı sahih ve muteber kılar. Fakat bu vazifenin yapılması için vereceğinin mamelekinin en ufak parçası bile mes'ul değildir.

C — Deyinsiz mes'uliyete gelince, Alman kanunu bu sahada pek bereketlidir. Kefalet ve ilerde doğacak deyin için rehin vermek buna (ipotek kredisi açmak denir). Bu takdirde deyinden evvel tahsis yapılmış oluyor; bahusus malikin kendi mülküne ve kendi lehine ipotek tesis eylemek müessesesinde de Türk m. K. mad. 829 mamelek üzerine deyinden ve onun doğmasından evvel el atmak vardır (1).

— Malûmdur ki, Roma hukukunda milkiyetin zıddı bir aynî hak, yani mahiyet itibariyle milkiyetten ayrılan aynî hak olmak üzere ancak başkasının malı üzerinde iktisabedilen aynî haklar kabul edilmişti ve zaten bu haklara «Jura in re aliena» (başkasının milki üzerinde hak) adı verilir. Aynı sistemi kabul eden Mecelle «başkasının milki

D — Limited şirketler de (mahdud mesuliyetli şirketlerde) mahdud bir rehin tahsis edilmiş bulunuyor. Bu da deyin ile mutalebe arasındaki farkın tatbikatından bir nev'idir.

29 — Borçlar münasebetini şahıslar arasında bir münasebet çerçevesi içinde tetkik eden bu Alman nazariyelerini anlamağa son vermeden evvel borcun, bu nazariyeye göre yapılmış tariflerinden birini vermek lâzımgelir. Gierke'nin Alman hususî hukuku «Deutsches Privat Recht» adlı kitabında vermiş olduğu tarifi nakledeyim: Borç münasebeti «iki kişi arasında iktisaden kıymeti olan bir edaya taallük eden bir hukuki münasebettir ki, bu münasebet mucibince iki kişiden biri edayı kabul, diğeri edayı ifa eylemelidir» (Soll=ödevindedir).

Gierke'ye göre eda, iktisadî bir kıymeti haiz olacaktır. Edanın kıymetinin iktisaden ölçülebilmesi zarureti sadece para ile ölçülebilmesinden daha geniştir. Binaenaleyh iktisadî kıymeti olmıyan borç mameleke mensup bir mahiyet arz edemez. Deyin ancak mameleke aid münasebetler hakkında mevcut olabilir. Halbuki Fransız telâkkisinde mameleke aid bir mahiyet arz etmiyen borçlar da vardır; meselâ, vasiliği kabul etmek borcu (obligatio'su). Aile hukukuna aid borçlar münasebeti, Al-

üzerindeki hak» a «mücerred haklar» adını verdi. Hukuku mücerrede eşyanın kendisi üzerindeki milkiyet hakkından mücerred olan bu haklar ancak başkasına ait milk üzerinde mevcut olabilir, şahsın bizzat kendi miiki üzerinde var olamazdı. Çünkü, milki üzerinde sınırsız ve kendine mahsus bir kudrete; ihtisas ve istibdat ile hareket eylemek kudretine, malik olan ve eşya üzerinde kullanabileceği bütün haklara sahip bulunan malikin kendi eşyası üzerinde haiz olduğu ve her hakları ihtiva eden milkiyet hakkından tecridedilmiş geçit hakkı, irtifak hakkı gibi mücerred haklara da malik olabileceği yani milkiyete zam ve ilâve edebilecek haklar da bulunabileceği mânasızlığın en son derecesi gibi telâkki ediliyordu. Milkiyetten başka aynı hak varsa, var olabilirse ancak başkasının milki üzerinde var olabilirdi, «İnsan kendi milkinde keyfi istediği gibi tasarruf eder» (Mecelle Madde: 1069, 1192) «hiç kimse milkinde tasarruftan men'olunamaz» (Mecelle Madde: 1197). Demek ki, Romada ve İslâmda bir eşya üzerinde haiz olunan en geniş hakka milkiyet diyoruz. Milkiyet malike eşyasını dilediği gibi kullanmak, o eşyadan dilediği gibi faydalanmak veya o eşyayı dilediği şekilde elinden çıkartmak hakkını verirken artık malike milkiyet hakkından başka milkinde meselâ intifa hakkı gibi bir hak kabul etmek mantıksız gözükürdü.

Halbuki Germen hukuku milkiyeti Roma hukukundan ve Fıkıhdan farklı bir görüşle görüyordu. Germen hukuku için milkiyet diğer aynı haklardan mahiyet itibarıyla (keyfiyet itibarıyla) ayrılmaz sadece kemiyet itibarıyla, yani sahasının daha geniş olmasıyla ayrılır. Milkiyetin sahası ise kesin ve değişmez bir surette tesbit edilmiş değildir. Binaenaleyh daha fazla da genişleyebilir; daha fazla da daraltılabilir. Malikin milkinde dilediği gibi tasarruf edebilmek hakkından faydalanarak milkiyetinin muhtevasını dilediği gibi daraltır ve böylece daraltmak için içinden çıkartıp ayıracağı hakları ki milkiyetin unsurudurlar - milkiyete eşit haklar olmak üzere müstakil haklar kılar (Medenî Kanunu-

man hukukunda mamelekden çıkartılmıştır; çünkü, deyin başlıca ve esas itibariyle mameleke aittir. Böylece Almanyada borç münasebetinin mameleke aidiyeti, mamelekliliği mezkûr münasebetin iki kişi arasında bir münasebet olarak kabul edilmiş olması zamanında dahi bir üstünlük gösteriyor ve mamelekden başka bir şeye dayanan borcu, borç münasebeti dışına bırakıyordu.

30 — B - Şimdi ikinci cephesinin tetkikine: Borcun mamelekler arasında bir münasebet olarak telâkkisinin yani alacağın ve vereceğin alacaklı ve vereceğinin şahıslarından mücerret ve mamelekin birer mevzuu olarak ele alınmalarının tetkikine geçelim. Buna borcun objektif telâkkisi denir.

Almanyada borcun objektif telâkkisinin kurucularının başında da Gierke bulunmaktadır.

Almanyada objektif nazariyenin doğmasına iktisadî ve içtimaî sebeplerden başka üç çeşitli cereyan sebep olmuştur; Borcun objektif telâkkisi bu cereyanların muhassalası bulunduğu iddia dahi olunabilir.

a) Bu cereyanlardan birincisi tarihî cereyandır; bu cereyan Gierke'nin Holtzendorf'un hukuk ensyklopedisinin birinci cildinde ve Kohler'

muz madde: 632). Milk sahibi yine milkiyetinin intifa ve rehin gibi ferdileştirilmiş unsurlarını üçüncü kişilerin ellerine tevdi edebilir; bu ferdileştirilmiş hakları üçüncü şahısların ellerine tevdi edebileceği gibi kendi elinde de tutabilir, hiç olmazsa geçici bir zaman için tutabilir. Bu takdirde milkiyet hakkı ile ferdileştirilmiş bir hakkın tek bir elde toplanması, yani insanın kendi milki üzerinde bir aynî hak iktisabetmesi ve haiz olması görülür. Bu halin milk sahibini gerçekten daha fazla zenginleştirmiş olup olmadığı veya milk sahibine ancak görünüşte (zahiri) bir zenginlik vermiş olup olmadığı meselesi münakaşa edilebilir. Milk sahibinin, milkiyet hakkının muhteviyatını ve sumulünü parçalıyarak elinde parça halinde tutmaktan ve yeni bir şey ekliyememiş olmasından ötürü bir şey kazanmayacağı aşikârdır; meselenin, malikin kendi ile olan münasebetinin - ki buna iç münasebet denir-tedkikinden çıkartılacak netice bundan ibarettir. Fakat mesele dış münasebet noktasından tetkik edilirse iş değişir. Müstakil kılınmış yani tahdid edilmiş aynî hak aynı eşya üzerindeki diğer aynî haklarla karşılaştırılacak olursa müstakil hakların milk sahibini, milkiyetine zam olmak, eklenmek suretiyle zenginleştirdiğini görürüz. Çünkü, müstakil haklar, sahibine henüz milkiyetinin muhtevası içine girmemiş yetkiler verir. Fakat mal sahibinin müstakil kılabilceği haklar iki nevi olduğundan milkiyet hakkını teşkil eden unsurlardan bazılarının müstakil kılınmış olmalarının dış tesirleri de iki ayrı ne'ye ayrılır: Milk sahibinin kendi milki üzerinde kendi lehine irtifak hakkı tesis eylemesi (Medenî Kanunumuz madde: 706, 708 fık. 2) nevi ki bahsimiz dışındadır. Bizi diğer nevi olan milk sahibinin kendi milki üzerinde ve kendi lehine tesis edilmiş gayri mnekul rehin hakkı ilgilendirir. Alman ve İsviçre - Türk kanunları milk sahibine milki üzerinde ipotek tesis kudretini yalnız belirli bir alacaklı lehine olarak kabul etmez; biz-zat milk sahibinin kendi milki üzerinde kendi lehine bir ipotek tesis eylemesini de kabul eder (Medenî Kanunumuz madde: 828, 832).

in mezkûr ensyklopedinin son baskılarında çıkan yazıları ile; Gierke'nin Alman hususî hukukunun ana prensipleri (Grundzüge) adlı eseri.

Bahis konusu olan bu birinci tarihi cereyan Jura ad rem (bir eşya ya hak) cereyanı adını taşır ki, özeti borcun mevzuunun çok kere mülkiyeti veya zilyedliği talebedilen bir ayından (maddî bir eşyadan) ibaret bulunmasıdır. Bu vaziyeti ele alan Gierke, Roma borç kavramının Almanyada daha başlangıçlarda objektif mahiyette değişmiş bulunduğunu tarihi tedkiklerinin sonucu olmak üzere ortaya attı. Romada borcun konusu, muhtevası fer'î bir tarzda nazara alınmış olduğu halde Almanyada asli olarak nazara alınmış olduğunu bildirdi.

Romalılar borç münasebetinde nazara aktif ve pasif süljeleri almışlardı Almanlar ise borç ittisalîne res (taahhüd ve iltizam edilen şey) noktasından bakmışlar ve kavramışlardı. Romalıların res dediklerine Almanlar «gegenstand» derler; tabiri Alman hukukunda çok önemli bir ıstılâh olmasından zikrediyorum Almanların borç münasebetini taahhüd ve iltizam edenler cephesinden tetkik etmeyip taahhüt ve iltizam edilen şey noktasından tedkik eylemelerine sebep taahhüd ve iltizam edilen şey'in çok kerre, borç münasebeti dolayısıyla mülkiyeti veya zilyedliği talebedilecek olan bir ayın olmasıdır; yani bir aynı hak veya bir aynı hakkın kullanılmasıdır. Binaenaleyh Almanlar, borç ittisalînin istisnâî bir konusu olan amel yani iş (arbeit) bir tarafa bırakıldığı takdirde bütün borç hallerinde mülkiyeti veya zilyedliği ele geçirilmek istenilen bir aynı hedef olarak alınmakta olduğunu müşahade eylemiş oldular ve meselâ bey akti gibi böyle bir hedefi kovalayan muamelelere «Causalgeschaeft» (illet akitler) adını verdiler.

Böylece borç ittisali bir aynı hakkın ilk basamğı, çekirdeği (kern) olarak gözükmektedir. Binaenaleyh borç bil'fiil değilse de, bil'kuvvat aynı haktır; yani şimdilik tesirini göstermeyen, henüz fiiliyatta gözükmeyen fakat kuvvet halinde mevcut olan bir aynı haktır. Borcun mevzuu ilk planda, ilk safda gözükmekte ve o konuyu elde etmek arzusu, onun sahibi ve maliki olmak iradesi esaslı olarak nazara alınmaktadır.

Bu telâkkinin ilk tesiri kiralananmış gayri menkulün sahibi tarafından satılması halinde gözükmüşdür; Şöyle ki: Roma hukukunda kiralananmış yerin sahibi, tarafından bir başkasına satılması kira akdine son verirdi. Çünkü, kira bir mukavele olması itibariyle kiracı lehine yalnız ve sadece bir alacak hakkı doğurur ve kiracıya başkasının (kiralananmış yerin sahibinin) malı üzerinde her kese karşı ileri sürülebilecek yani dermeyan edilebilecek bir hak ihdas eylemez. Diğer taraftan kiralananmış yeri satın almış olan kimse de eski sahip ve mucirin «kiralayanın» borçlarına

halef olmuyor. Binaenaleyh eşyanın yeni sahibi eski sahibinin taahhütle-riyle asla ilgilenmeyerek yeri derhal kiracının işgalinden tahliye ettire-rek malına el koyabiliyordu. Hülâsa yeni sahip kira mukavelesine hür- met etmeğe ve kiracının satın aldığı yeri işgalde devam ettirmesine as- la mecbur değildi: «Bir arazi satın almış kimse ilk sahibin kiralamaş olduğu çiftçiyi alıkoymağa mecbur değildir; meğer ki; alıkoymağı şart ederek satın almış olsun.» «C.L. 9 De locat. et cont., VI, 65». Roma hu- kukunun nakleylediğim prensiblerini eski Fransız hukukçuları «satış ki- radan üstündür» (Vendage passe louage) veya bugünkü ifade ile «vente passe louage» sözü ile ifade ve hülâsa etmişlerdi.

Eski Alman hukuku da Roma prensibini «satış kirayı bozar, kırar» (Kauf bricht Miethe) sözü ile ifade ederdi.

18 inci asırda yürürlükde bulunmuş olan «Landrecht» - ki Alman ülke hukukudur ve manası da ülke hukuku demektir - jus ad rem (eş- ya üzerinde hak = Rerht Zur Sache) telâkkisinden müteessir olmuş ve Alman Medenî Kanunu üzerinde tesir eylemiştir.

Böylece Alman Medenî Kanunu Roma prensibinin tamamıyla aksî prensibi kabul etmiş olan L a n d r e c h t ' i n görüşünü benimsemiş ve muhafaza eylemiştir. Alman Medenî Kanunu 571 inci maddesinde, Roma hukukunun kiracı ile kiralananmış yeri satın almış olan üçüncü şahıs ara- sındaki ihtilâfı hallederek şöyle der: «Kiralananmış bir gayri menkul kiracıya teslim edildikten sonra kiralayan tarafından üçüncü şahsa sa- tıldıkta, alıcı kiralayanın kiradan doğan hak ve borçlarında mülkiyetin süreceği müddetçe halefi olur.»

Kiralananmış gayri menkulü satın almış olan kimse borçlarını yerine getirmediği takdirde eski kiralayan yeni mal sahibinin böylece yapmış olduğu zararın tazmininden müteselsil kefil gibi sorumlu olur. Kiracı, mülkün satılmış olduğunu kiralayanın haber vermesiyle öğrenmiş ve ki- rayı da feshe müsaid olan ilk miâd için fesheylememiş buluyorsa ki- ralayan tekeffülünden kurtulmuş olur.» (1).

(1) Roma kâidesi gerek Fransada gerek Almanyada pek çok hafifletilmiş ve düzel- tilmisti. Fransada kiralananmış yeri ivazsız olarak iktisabeylemiş olan kimse gayri menkulü kiracıdan tahliye ettiremezdi, boşalttıramazdı, yani kiraya riayetle mükellefti. Gayri menkulü ivaz karşılığı iktisabetmiş olan kimse de, onu derhal boşalttıramazdı ve ki- racıya bir mehil vermeğe mecburdu; ve nihayet Code Civil «made 1743» gayri menkulü ivazlı veya ivazsız iktisabetmiş olan üçüncü şahsın kiracıyı çıkartabilmesini kaldırdı. Code Civile'in mezkûr 1743 üncü maddesi Troplong ve kiracının haklarının aynı olduğu- nu iddia eden diğer hukukcular için bir delil teşkil eyledi. Mezkûr maddeyi Planiol Roma prensibinin, caiz olduğu üzere hilâfına yapılan şartın genelleştirilmiş hali ve şek-

Jus ad rem'in (eşyaya hakkın) Alman Ülke hukukundan aldığı aynı mahiyete benzeyen mahiyetini tapu sicilline kayıt veya tapu sicilinden terkin suretiyle gayri menkul bir hak ihdas veya ilga edilebiliyor; buna «Vormerkung» kurumu adı verilir. «Vormerkung» kelimesi gerçe İsviçre Medenî Kanununun Fransızca metninde «annotation» ve Türkçe de «şerh» kelimeleriyle tercüme olunmuş (M.K. Mad. 658, 919, 920, 921) ise de, «prenotation» kelimesi tam Fransızca karşılığı olarak kabul edilmektedir: Vor=pré; merkung=notation.

Ve nihayet Alman Medenî Kanunu hükmen teslim kurumu ile bir menkul üzerindeki aynı hakkı şahsî hakka çevirtebiliyor. Alman Med. K. Mad. 930: «malik aynı zilyedi bulunuyorsa, kendisiyle iktisab eden arasında yapılacak ve iktisab edeni fer'an zilyed kılacak bir mukavele teslim yerine geçirilebilir». Hükmen teslim, teslim eşittir. Bu hali kabul ettiren iktisadi ihtiyaçların başında iktisab eden tarafından yapılmış taahhüd ve iltizazların (meselâ satışta iktisab edenin semeni vermesi gibi) yapılması ve yerine getirilmemesi tehlikesinden korunma

li olarak görüyor. Mukavelelerde Roma prensibinin hilâfı daima şart olunurdu ve böylece hilâfinin zımî olarak şart edilmiş olduğu kabul olundu ki, bu da hüsnü niyete dayanan mukavelelerin mahiyetleri icabıdır. Binaenaleyh üçüncü şahıs zımî veya kanunî bir mükellefiyetle kiraya riayet eylemeğe mecburdur.» (Planiol cild II No. 1741).

Roma prensibi Almanyada da tartışmalara sebep oldu. Jhering «Besitzwille» adlı eserinde (Ala. metin s. 435 ve sonra gelen sahifeler; Frn. tercüme s. 384 ve sonra gelen sahifeler) «Satış kirayı kaldırır» prensibinin hattâ Romada imparatorluk hukuku tarafından ilga edilmiş bulunduğunu iddia eyledi. «Roma hukukundan alınmış olduğu sanılan «satış kirayı bozar» kaidesi Romada mevcut değildi. Marcellus ve Zahid Antonin devrine kadar var idi fakat yeni hukukda ilga edilmişti. Eski Roma zilyedlik fikrine kısmî bağlılığı yüzünden yeni hukuk tarafından yapılmış hakimane ilerlemelere göz kapamak ve «satış kiradan üstündür» prensibini yaşatmak Romanist nazariyeye mukadderdir.» Satış kirayı kaldırır prensibi Romanın iptidâi devrinden arta kalmıştır; o zamanın sert olan hukukî duygularına uygundu; daha doğrusu zengin sınıfların fakir sınıf üzerindeki içtimaî üstünlüğü tarafından hukuka kabul ettirilmişti. Fakat mezkûr prensip yeni Romada aydınlanmış hukukî duygu önünde yere serildi; fikrimce prensip zamanımızın hukukî duygularıyla olduğu kadar şimdiki iktisadî münasebetler ile de açık bir çarpışma halindedir. Eğer Bizanslılar bugün dünyaya gelseler «jus pulchrum» larının ne hal almış olduğuna şaşarlar; halbuki ilk devrin bir Romalı da belki bu hali alkışlar.» Windscheid Jhering'in bu taarruzuna cevap verdi ve reddeyledi. Diğer taraftan Alman kanunları ikiye ayrıldı. Ülke hukuku (Landrecht) gibi bazıları Roma prensibini reddeyledi, Saksonya kanunu gibi bazıları prensibi Fransızların yapmış oldukları şekilde bir tadile uğrattı.

Alman Medenî Kanununun Windscheid'in başkanlığı altında bulunan komisyon tarafından hazırlanan ilk lâyihası Roma prensibini, ona hiç bir tadil yapmaksızın, kabul ediyordu.

Roma prensibinin kabulü bir çok itirazlar uyandırmış ve ikinci komisyon ameli faydaları noktasından aksi prensibi kanuna sokmuştur.

gelir. Fakat kanun açık ve sarîh bir mukavele istiyor; yani eski maliki muvakkaten zilyed kılacak rehin, kira, vedia mukaveleleri gibi bir mukavele istiyor (Al. M.K. § 868 Med. Kanunumuzun mad, 888 mukayese eyleyiniz) ve belirsiz ve zımmî bir anlaşma ile kanmıyor.

Demek ki, Jus ad rem borcun mevzuunu ön safa geçirmiş cereyanı ve bu eski telâkki evvelâ Almanları ve sonra peşlerinden dünyayı borcun objektif telâkkisine sürüklemiştir.

B — Almanyada borç kavramını objektif kılan ikinci cereyan mamelekin, yukarıda uzun uzadıya anlattığım yeni telâkkisidir; yani mameleki şahıstan ayıran ve ondan müstakil kılan cereyandır (No. 20 bakınız).

Bu cereyan da borç münasebetini objektif ve mameleke aid bir münasebet kılmaktadır.

C — Almanyada borç kavramını objektif telâkkiye sürüklüyen üçüncü cereyan, bir kaç defa arzemiş olduğum üzere deyin (Schuld) ile mutalebe (Haftung) arasındaki, verecek ile vilâyet, verecek ile vereceğinin şahsı üzerine konan el arasında bulunan farktır. Bu fark borç münasebetinin objektif bir tarzda telâkki edilmesine mecburi bir tarzda vardıracaktı. Borç münasebetini ilk hamlede insan ile insan arasında ve yalnız ödev (vazife) fikrine tabi bir münasebet haline sokunca mutalebe, yani sorumluluk ve el koyma borç münasebetinden tecrid edilmiş (ayırılmış) oluyordu. Sorumluluk vereceğinin (hapis ile sıkıştırılması gibi nâdir hallerden sarfı nazar edilirse) mameleke, onun tamamına veya bir kısmına, taallûk ediyordu. Böylece tahlil sayesinde dikkat nazarı, verecekden mes'ul olan şey'e, yani borcun verilmediği takdirde onu istifa için müracaat edilecek, başvurulacak şey'e çekilmiş oluyordu. Bütün bu cereyanlar borç münasebetinin objektif bir tarzda gözükmeye vardırıyordu.

31 — Demek ki, artık iş, çeşitli yönlerden gelen bu cereyanları tek bir konu üzerinde temerküz ettirmek ve nazariyesini yapmağa kalıyordu. Bu işi de Gierke yaptı.

Gierke, Alman hususî hukuku adlı eserinde borcun eski Roma sübjektif telâkkisi ile yeni German objektif telâkkisini paralel (müvazi) ve birbirine zıd bir şekilde gösterdi: «Alman telâkkisi, borç münasebetinin esaslı unsuru olarak kabul edilen edanın konusuna taallûk eyley. Böylece bu görüş ve telâkki münasebetleri konularına göre farklıdır ve o münasebetleri objektif kılmak, maddî varlıklarında aynı kılmak suretiyle insanlar arasında bir münasebet olmakdan derece derece kurtarır».

Gierke, Mecellenin tabirlerini kullanarak diyeyim ki, edanın konusu olan ayın ayın oluşu yani müşahhas oluşu görünür ve maddî oluşu borç münasebetini de şahsî olmakdan çıkartıyor maddî ve aynı kılıyor.

Borcun bu objektif telâkkisinden Gierke çeşitli sonuçlar çıkartıyor. O sonuçlardan biri borç münasebetinin mamelekin objektif kavramı içine girmesidir: «Alacak mamelekin aktif elemanı (unsuru) verecek de pasif unsuru oluyor, Ve her ikisi demallar arasına katılıyor; böylece de borç münasebetleri aynı haklara çevriliyor, aynı hakların çeşitlerinden biri oluyor.

Şimdi «Von Tuhr» dan bir iki yeri beraberce okuyalım:

Vereceklinin bir şey yapması veya yapmaması ödevi ile yüklü bulunması «borç» un cevheridir.

Hukukî vazife kavramı insanın, hareketlerinde bazı kaidelere riayet etmesi lâzımgeldiği ve riayet edebileceği fikrine dayanır. Bu fikir hukuka ve ahlâka müşterek bir fikirdir. Hukukî vazife kavramı, bir teşbih ile anlatılmak istenirse denebilir ki, hukukî rejim tarafından ferde verilmiş ve ferdin riayete mecbur tutulmuş olduğu bir emirdir; buna «imperatif» emir derler. Hukukî vazifeye riayetin prensib itibarile Devlet kuvvetinin (cebrî icra, zarar ve ziyan, ceza gibi) harici vasıtalar ile, daima muvaffakiyet elde edildiği iddia olunamamakla beraber temin edilmesi, onu (hukukî vazifeyi) ahlakî vazifeden ayırır...

Vereceklinin «borç» una karşı alacaklının edayı istemek hakkı vardır. Bu hak yargı dışında «ihtar» ile yapılır, yargıda taleple (dava ile) yapılır. Edayı istemek hakkına «Anspruh» denir ki onu daha sonra arzedeceğim.

«Talep (dava) vereceklinin şahsına karşı tevcih edilir (çevrilir). İcra vasıtaları ise vereceklinin şahsına çevrilmez, mamelekine karşı çevrilir.

Verecekli kendi arzusile edada bulunmaz ve borcunu ifa etmezse alacak icra dairesinin yardımile ödenir. Bunun için icra dairesi vereceklinin mamelekinden bazı mallar alır; eğer o alınan mallar bilhassa vereceğin mevzuu ise olduğu gibi alacaklıya verilir. Verilecek para ise mal paraya çevrilir.. İcrada alacaklının hakimiyetine maruz kalmış bir mamelekin hukukî vaziyetine «Haftung» denir. Alacak, verecekli olan kim senin bir borcundan ve Haftung'tan (mutalebeden) yani vereceklinin mamelekile mes'uliyetinden ibarettir. Haftung (mutalebe) normal surette borça refakat eder bu sebepten borça (Türk B.K.Mad. 55, 56, 99, 100) Haftung'un fransızca kabul edilmiş tercümesinin tercümesile «mes'u-

liyet» dahi denmektedir. Bu maddelerde verecek, verecekli tarafından istegile ödenmez ise (vereceklinin) mamelekinden istifa olunur.

Kaide olarak mesuliyet vereceklinin haczi caiz olmayan malları müstesna olmak üzere bütün mamelekine şamildir.

Borçun doğumundan sonra vereceklinin mamelekine giren her mal, alacaklının o malı nazara almamış olmasına rağmen verecekten mes'ul tutulur. İcradan evvel, vereceklinin mamelekenden çıkmış her mal da, üzerlerinde rehin hakkı bulunmamak veya icra ve iflas K.nun 277 ve sonra gelen maddeleri mucibince iptala tabi olmamak yahud medenî K.690 inci maddesi hükmünce mes'ul bulunmamak şartile mes'uliyetten beri olur (beraat eder, affe ugrar). Vereceklinin bütün mamelekine şamil ve sari olan mes'uliyete «şahsan mes'uliyet» denmektedir (misal med. K. Mad. 216); böylece mamelek vereceklinin şahsının ötesinden ve arkasından istihtaf edilmiş olur. Bu gibi hallerde ve yerlerde gayri mahdut mes'uliyet demek daha doğrudur.

İstisnaen alacağın istifade eylediği, kendisile mümtaz bulunduğu mes'uliyet bazı alacaklarda vereceklinin mamelekinin bir kısmile tahdit edilmiş olur; misal med. K. 782, 817. Bu borçlar bir gayri menkulün hal-i hazırdaki malikinin borçlarıdır; bu borçların edasından yalnız gayri menkul mes'uldür. Gine med. K. Mad. 204, 217 göre kari yalnız mahfuz mallarile mes'uldür. Devletin mirascı sıfatile mes'uliyeti M.K. Mad. 571 mucibince kendisine geçen mallar nisbetindedir. Mes'uliyet, mukavele ile de tahdit edilebilir. Mirasın resmî tasfiyesi halinde 593 ncü maddenin 3 üncü fıkrası bir mahdut mes'uliyet karşısında bulunulduğu zamanı verebilir; hakikatta mirascının borcunun yok olması karşısında bulunulur. Mirascı, tasfiye zamanında borçtan rahatsız edilmez, çünkü tasfiye esnasında terekenin idaresi ve tasarrufu elinden alınmıştır. Ölünün vereceklerinden yalnız tereke mes'uldür ve tasfiye memuru alacaklılara alacaklarını verir; yoksa terekeye tasarruf edemeyen mirascı vermez. Eğer mirascıların, terekenin vereceklerinden mes'ul oldukları dermeyan olunuyorsa bu sözle ölünün taahhütlerinin mirascının mamelekine giren terekesinden ödenmesi lazım geldiği anlatılmak isteniyor. Mirascı tasfiyenin bitmesinden sonra ödenmemiş vereceklerin vereceklisi olarak kalır; tabii terekeden, tasfiyeden artakalmış ve kendisinin iktisap etmiş olduğu mal nisbetinde verecekli kalır. Mevcudu vereceklerine yetişmeyen terekenin iflas usulü ile tasfiyesi halinde dahi hüküm aynıdır.

Mahdut mes'uliyet intaç eyleyen alacaklar ile vereceklinin mes'uliyeti bir azamî had ile tahdit edilmiş alacakları birbirine karıştırmamak lâzımdır. Azamî haddi tahdit edilmiş vereceğe kefalet bir misal teşkil

eder (Türk B.K. Mad. 484). Gerçi bu hallerde kemiyetçe yani miktarca mahdut bir mesuliyetten bahsolunur ise de hakikatta mahdut olan borçtur ve verecekli borçun şumülü dairesinde bütün mameleki ile mes'uldür.

Medenî kanununun 569 uncu maddesinde mirascının mes'uliyeti mirastan kendisine düşen miktar ile mes'uldür; fakat mirascının bu borçtan doğan mes'uliyeti bütün mamelekine şamildir.

Medenî K.nun 180 inci maddesinde zikredilmiş olan mes'uliyet mahdut bir mes'uliyettir.

Vereceklinin mamelekinin yanı başında bir üçüncü şahsın mameleki de mes'ul olabilir; meselâ Türk M.K.Mad. 215 mucibince karı ve kocanın ortaklığa giren malları kocanın şahsi mallarile birlikte mes'ul olur.

Rehin edilmiş bir mal vereceklinin malı olmasa dahi alacaklıya karşı mes'ul kalır.»

32 — Şimdi «Anspruch» un izahına gelelim:

Verecek ile mes'uliyet arasında ortalama bir vaziyet vardır. Bu ortalama vaziyete Almanlar «Anspruch», İngilizler «Claim» adını verirler. Bizde bir çok manası olan iddia kelimesinin bir manası da Anspruch'un tercümesidir. Türkçede «Taarruz ve müdafaa» tabiri yerine «iddia ve müdafaa» deriz; dava açmak taarruza geçmektir. Taarruz manasındaki iddianın mukabili «actio veya action», «klage» dir (dava). Netice-i iddia tabirine giren iddia taleptir; yargıçtan istenilen şeydir, mukabili «conclusion) yani sugra ve kubrayı teşkil eden maddî meselelerle hukukî sebeplerden çıkan neticedir veya «Antrag» dir.

«Anspruch» ne davadır, ne taleptir sadece dava açabilmek ve talepte bulunabilmek hakkıdır. Bu hak alacağın en mühim, en esaslı unsurudur; alacağın alacaklıya verdiği en büyük yetkidir. Bu sebepten davanın, Anspruchun ve alacağın doktrinde birbirine karıştırılmış olması pek tabiidir.

Anspruch açılmış davayı ifade etmeyip dava açmak yetkisini ve hakkını ifade etmesi dolayısıyla verecek ödevi ile ödevin yerine getirilmesinden ötürü doğan mes'uliyet arasında bir yer alır. Borç münasebetinde borcun ihtiyar ile ödenmemesi dolayısıyla tükenmesi üzerine tazmini istemeğe hakkı veya cebri icraya müracaat etmek hakkı doğar; işte bu mes'uliyetin doğum zamanı psikolojik bir andır ve bu ana «Anspruch» adı verilir. Anspruch alacaklının, vereceklinin malına el koydurmak; mamelek, kefil ve ipotek gibi verecekten mes'ul bulunan şahıs ve şeye müracaat etmek ve el atmak arzusunun ifadesidir. İhtiyarî bir surette ödenmemiş olmakla tükenen vereceğin mantıkî tahlili ile cebri icra usulünün harekete getirilmesinin birbirine mantıkî tarzda bağliyacak bir bağ

lâzımdır; bu lâzım olan bağa Anspruch denir. Saleilles «Anspruch'un Fransızca mukabili olarak «pretention» kelimesini kullanır. «Pretention» elde edilen veya istenilen bir imtiyazdır. Anspruch alacaklının en büyük imtiyazdır, «Pretention» arzu ve iradedir. Anspruch alacaklının mes'uliyetini harekete getirmek irade ve arzusudur: Anspruch'u «réclamer» kelimesile tercüme edenler de vardır; «réclamer» ısrarla istemek, hak talep etmek; geniş mana ile «istihkak» demektir.

Alman medenî K.194 üncü maddesinde Anspruch kelimesini parantez içersinde (muterize arasında) zizkreyle: «Bir kimseden bir imal (yapmak) veya ihmal da (yapmamak) bulunmasını talep etmek hakkı (Anspruch) zaman aşımına tabidir.» İşbu 194 üncü maddede zikredilen müruru zaman bizzat haklara taallük eylemez; adeda fıkıhın «Takaddümü ezman ile hak sakit olmaz» «zamanın ilerlemesi ve geçmesi ile hak düşmez) kaidelerini takrir eyler yani yerleştirir.

Meselâ mülkiyette ve aynı haklarda iskat edici (düşürücü) bir zaman aşımı kabul edildiği takdirde bu müruru zaman, hakkı iskat edecek değildir. Kabul edilecek müruru zamanın hakkı düşürmek gibi bir netice doğuracağı kabul olunursa mülkiyet ve aynı hakların kullanılmamakla sona ermesini ve bitmesini kabul etmek sonucuna varır ki bu da mülkiyetin kabul edilen mahiyeti ile uyusamaz. Bu takdirde müruru zamanın haktan doğacak davaya tatbik edilmesi Klasik ve ananevi nazariyeyi vücade getiriyordu. Fakat bu telâkki bahusus «Windscheid» den itibaren oldukça şiddetli bir muhalefetle karşılaştı; hususile ki davanın taallük ettiği hakkın var olmuş, vucude gelmiş olmasına mani bulunmayan ve bu hakkın istinat ettiği hukukî münasebetten ayrı ve özel bir hak suretinde var olmasına mani olmayan bazı şartlar dolayısıyla sekteye uğrayabilir. Meselâ mülkiyette istihkak davası mülkiyet hakkından ayrı bir hakır. Çünkü istihkak davası mülkiyet hakkına teaddi eden, el uzatan bir üçüncü şahsın vücüdünü iktiza ettirir ve istihkak davası açmak hakkı o üçüncü şahsa karşı vucude gelir. Bununla beraber istihkak davası hakkının doğduğu zaman hakkın gerçekleştirilmesi olan davanın açılmıyacağı veya açılması bilkuvve mevcut olan bu hakkı ihlâl etmiyecek olan bâriz şartlara tabi kalabilir. Bazı zamanda dava açmak hakkı, ileride yapılacak edalar (müstakbel edalar) için açılacak davalarda gözüktüğü gibi, edanın ifasını talep edebilmek hakkına tekaddüm edebilir. Hatta verecek ve alacak meselelerinde bile dava ile ifadesini bulacak ve gerçekleşecek bir «Anspruch» dermeyan eyleyebilmek hakkının, dava açılmış olmaksızın dahi ve gerçek olarak yer bulunduğu tasavvur edilebilir; meselâ

eda muayyen zamanlarda yapılacak veya muntazam bir surette devam edecek bir hizmet ise Anspruch vardır, hiç olmazsa bilkuvve mevcuttur.

Kendisine muntazam bir surette tediye yapılmış olan bir alacaklının da dava hakkı bulunduğu ağza alınabilir mi? Bu takdirde dahi alacaklının, vereceklîye karşı daima yenileşen bir şahsi anspruch hakkı vardır. Bu Anspruch'un dayandığı hukukî minasebet ki - bizzat alacağın kendisidir - bir birini takip edecek edalar sayısınca haklara ayrılmıyacak bir hukukî birlik teşkil ettiği halde Anspruch durmadan yenileşir. Bu düşüncelerden hareket eyleyen Alman hukuku ferdin subjektif bir hakkını teşkil eden hukukî minasebet ile dava arasında ortalama bir kavram kabul eyledi. Bu kavramı, tercümesi güç olan Anspruch kelimesi ile ifade eyledi ki subjektif hak sahibinin emrine verilmiş bir takip vasıtasıdır. Anspruch subjektif haktan ayrı, onunla karışmayan ve davadan da ayrı bulunan bir kavramdır. Anspruch davaya tekaddüm eyleyen iddiadır. Anspruch hukukî minasebeti heyeti umumiyesile ifade eden bir tabir değildir. Fakat bu hukukî münasebetten doğan bir yetkidir. Bir kimseden hakkın muhtevası içinde bulunan bu veya şu fiili talep edebilmek, isteyebilmek, bu hak isteğini dermoyan edebilmek yetkisidir; Anspruch'un geniş manada olarak «istihkak» (1) demek olduğunu söylediğim «reclamation» ile tercüme edilmesinin Anspruch'u dava yolu ile takip fikriyle aynı kılabileceğini Saleilles, Anspruch hakkında naklettiğim izahlarına katmaktadır.

Şimdi objektif telâkkinin amelî sonuçlarının izahına geçmek isterim.

A — Objektif telâkkinin sujeler üzerinde tesiri ve taraflara nazaran verdiği sonuçlar:

33 — Borcun iki kişi arasında bir bağ olması artık borcun unsuru değildir; bu kayıt tarihten çıkartılacaktır. Filhakika borç subjektif telâkkiye göre belirli kimseler arasında bir bağıdır. Alacak yani taahhüt edilmiş iş (eda) hem tahhüt edenin hem de kendisine karşı tahhüt edilen kimselerin şahsiyetleri ile de temayüz eyler.

Borcun objektif olmasının mağnası bir hizmet vadinin her hangi bir kimseyi her hangi bir şahsa karşı müteahhit kılabilmesidir. Yani 1) vereceklinin şahsiyetinin borçta farksız kalmasının mümkün olabilmesi: 2) alacaklının şahsiyetinin muayyen olmasının mümkün olabilmesi demektir. Bunu bir az daha izah edeyim:

(1) Istihkak, lûgat manasında hakkını istemektir istihkak manasında bir ayın üzerindeki hakkı ihlal edilmiş kimsenin açmış olduğu davayı ifade eder.

Ihkak, hak almaktır; vaktile intikam yolu ile alınır ki buna özel adalet adı verilir bugün bizzat ihkak-ı hak yasak olduğundan mazlumun hakkını devlet alır.

Vereceklinin şahsiyeti borçta bir fark vücade getiremez demek başlı başına bir iddiadır ve borç münasebetinin objektif olduğunun ifade ve iddiasını teşkil eder; yani vereceklinin şahsiyetinin borç üzerinde tesiri bulunmadığının iddiasını teşkil eder. Meselâ 1000 liralık bir verek ödenektir; önemli olan şey 1000 liranın ödenmesidir; edanın yapılmasıdır. 1000 lirayı ödeyecek, edayı ifa edecek kimsenin şahsiyeti paranın ödenmesine nazaran kıymet arzetmez. Kıymet arzedən şey edadır. Objektif görüşü Fransaya sokmağa ve yaymağa muvaffakiyetle uğraşmış olanlardan Salleiles edaya «borçun mücerret kıymeti» der; yani borçun şahıstan tecrit edilmiş kıymeti der. Borç, müteahhidin zaviyesinden yani açısından bakmayıp taahhüdün konusu olan şeyden kavramak gerçekliğe uygun düşmektedir. Gerçek olan ve gerçekte kıymetli bulunan şey bizzat eşyadır. Bir evin, bir tarlanın kendinde kıymet vardır. Kıymet edadır. Borç vereceklinin şahsına göre telâkki edilmeyip verilecek şeye göre telâkki edilmelidir (1).

Borcun alacaklının şahsından da mücerret bir kıymeti vardır. Bir borçun vücuda gelebilmesi için halen bir alacaklının bulunması lazım gelmez; edanın ifasını istemek hakkının mücerret olarak doğmuş olması kâfi gelir; alacaklının şahsiyeti islim değildir; bu sebepten daha doğru bir iddia ile arkadan da gelebilir. Aynı haklarda sahipsiz mal, sahipsiz eşya bulunduğu gibi borçlarda da sahipsiz alacak vardır. Sahipsiz mallar vardır ve o sahipsiz malların kıymetleri de vardır; bir gün o malı ihraz edecek olan kimse onun mşru sahibi olacaktır. Borçlarda da henüz sahibi belirmemiş edalar yani borçlar vardır.

34 — Fakat tarafları belirli olmayan borçlardan bahsetmeden evvel objektif anlayışın borç nasıl tarif eylediğini arzedeyim:

Alaman medeni K. 241 inci maddesinde borç «borç münasebeti gereğince alacaklı verecekliden bir edayı talep etmeğe haklı olur. Eda bir çekinmeden de ibaret olabilir» diye tarif eylemekte ve borcun iki kişi arasında bir bağ olduğunu zikretmemektedir. Alman K. bir obligatio'nun (borcun) mevcudiyetinden dolayı taraflar için doğan karşılıklı hukuki vaziyetleri ifade için ayrı ayrı tabirler kullanmaktadır. «Borç» (obligatio) tabirini, daha ziyade verecekle üzerine çöken vaziyeti ifade için kullanmaktadır; verecekle borç dolayısıyla ifaye mecburdur. Halbuki borç münasebeti objektif telâkkiye göre mameleke ait pasif bir kıymettir ve hale göre verek minasebeti veya taahhüt (daha doğrusu) ödevlenme

— «Mebi satılan şeydir ve satışın asıl maksat odur. Zira intifa ancak ayinlarla olup semen malların mübadelesine vesiledir.» (Mecelle mad. 151).

(verpflichtung); verecek (schuld) veya bağlanma (verbindlichkeit) adlarını alır (1).

35 — Borcun objektif telâkkisi tarafların - birbirlerine hukuki bağ ile bağlanmalarından evvel - malûm olmalarını, belirli bulunmalarını artık lâzım kılmaz. Halbuki borcun subjektif anlaşılışı, hukuki bağın evvelce malûm olan kimseleri bağlamasını gerektirirdi. Borcun objektif anlaşılışı ise tarafların, hukuki bağın düğümlenmesinden sonra dahi belirtilebilmesini borç münasebetinin doğabilmesine engel teşkil edemez. Borcun objektif anlaşılışı hatta alacaklı ve verecekli sıfatlarının bir adamda birleşebilmesini dahi mümkün kılmaktadır: malikin kendi mülkü üzerinde kendi lehine bir ipoteki haiz olabilmesi bu anlaşılışın sonuçlarından biridir (Türk M.K. Mad. 799).

Borç münasebeti yaratılırken tarafların belli ve belirtilmiş olmaları lâzım değilse de belirtilebilir olmaları lâzımdır. Taraflar, kaide olarak bir ayın vasıtasile ve ayna zilyet bulunmaları ile belirtilmektedir.

Meselâ; deniz öduncüne karşılık tutulmuş bir malı, deniz öduncüne karşılık tutulduğunu bilerek kabul eden gönderilen ödünç vermiş olan kimseye karşı şahsan sorumlu (mes'ul) olur (Deniz T.K. Mad. 1238). Bu misalde borçluyu sonradan ve ödünce karşuk tutulmuş ayne zilyet bulunması ile belirtiyor.

Yine meselâ, gayri menkûl mükellefiyeti, diğer bir gayri menkule malik olan kimse lehine de mülkiyeti dolayısıyla tesis olunabilir (Türk M. K.Mad. 754 fık. 2).

Yine meselâ, hakkı emre veya hamile muharrer bir senetten doğacak olan alacaklının kim olduğu o senede zilyedlikle belirtilir.

(1) — Roma ve mecelle telâkkisine göre edada para ile ölçülen bir kıymet bulunmalıdır yani edanın ifasında alacaklı için iktisadî bir menfaat bulunmalıdır. Halbuki Al. M. K. 241 inci maddesinde edanın kıymeti hakkında kasten susmakta ve mutiâk bir ifade kullanmaktadır. Alman medenî K. göre borcun muteber olması için edanın para ile ölçülebilen bir kıymeti olması lâzım değildir; alacaklı için adaletin korunmasına lâyık bir meşru menfaat bulunması kâfi gelir. Binaenaleyh o meşru menfaat bir sevgi menfaati veya manevî bir menfaat te olabilir. Yalnız kanun kaprislerin ve fantesilerin alacak hakkı teşkil edebilmelerini kabul etmez. Menfaatin sırf manevî olması halinde nasıl icra edilebilecektir? Bunun için de 253 üncü madde mameleke taalluk etmeyen zararların para ile tazmini ancak kanunun tayin eylediği hallerde mümkün olur diyor. Planiol, mukavelenin icra edilmesinde yalnız manevî bir menfaati bulunan davacının davası vakitle Fransız mahkemelerince mesmu olmaz iken bugün Alman hukukunun tesiri altında aksi bir teamülün belirmeğe başlamış olduğunu kaydediyor (cilt II No. 1000). Alacaklının mukavelenin icrasını istemekteki menfaatinin manevî de olabilmesi üçüncü şahıs lehine bir mukavele yapmış kimseye mukavelenin yapılmasını istermeğe hak veriyor (Türk B. K. Madde 111)

Alacaklılık ve vereceklilik halinin bir ayna zilyed bulunmaktan doğmadığı haller konu dışında kalır. Meselâ, bedeli tamamen ödenmemiş olan nama muharer bir hisse senedini iktisap eden kimsenin mezkûr senedin bakiye bedelinden dolayı şirkete karşı mes'ul olması (T.K.Mad. 414) senede zilyed bulunmasından doğmaz. Bu ve buna benzer hallerde üyeliğe aid hukuki münasebetlerin yeni azaya geçmiş (intikal eylemiş) olmasından doğar.

36 — Borcu verecklinin şahsî farik kılmadığı gibi alacaklının da şahsî farik kılmaz ve borç bağının bağlandığı zaman bir alacaklının bulunması da lâzımgelmez. Borcun muhtemel bir alacaklısı bulunmak kâfi gelir, yalnız muhtemel alacaklının da belirtilebilmesi lâzımdır. Bir verecekli bir edada bulunmağı taahhüt eder etmez verecek, bundan istifade edecek bir alacaklının henüz belirmemiş olmasına rağmen bütün kıymetini iktisap etmiş olur. Burada borcun aynı hakka benzerliği daha ziyade göze çarpar; sahipsiz mal olduğu gibi sahipsiz vereceğin de var olabileceği bütün çıplaklığı ile gözüktür. Bir aynın kullanılabilmesi için işgal ve ihrazı nasıl lazım ise vereceğin de ihrazı yani bir verecklinin taahhütüle vücade getirilmiş kıymetin hukuken gerçekleştirilebilmesi için bir alacaklının belirmesi lâzımdır. Fakat ne aynı ihraz eden, ne vereceğe sahip çıkan kimseler eşyadaki veya verecekteki kıymete bir şey eklemeler çünkü aynı ve vereceğin var olabilmesinin unsuru değildir.

Gayrimenkul rehinle temin olunmuş şahsî bir alacak olan deyin senedi (Türk M. K. Mad. 812) malik tarafından, kendi mülkü üzerinde kendi lehine tesis edilmiş bir ipotektir. Malik bu senedi yani ipotekli deyin senedini isskonto etmek suretiyle para tedarik eder. Bu işleme gayrimenkulün menkulleştirilmesi adı verilir.

İpotekli deyin senedi müessesesi Fransa'da, büyük inkılâp zamanında (1789 ihtilâli) bulunmuş bir fikirdir. 9 mesidor sene III kanunu ile, yani Cumhuriyet takvimine göre senenin 20 hazirandan 19 temmuza kadar devam eden ve hasat bağışlaması mânasına gelen onuncu ayının 9 u kanunu ile yaratılmış ve gerçekleştirilmiş bir fikirdir.

9 mesidor sene III kanunu ipotek edilmeğe elverişli her malın sahibine kendi malı üzerinde kendi lehine ipotek kurmasına müsaade ediyordu. İpotek müddeti (süresi) on seneden fazla süremez ve miktarı malın kıymetinin dörtte üçünden fazla olamazdı. Bu suretle kurulan ve henüz vereceğe bağlanmış bulunmayan ipoteki, ipotek muhafızı tarafından verilen bir ipotek senedi temsil ediyordu. Malik bu ipotek senedini bir police gibi ciro yolu ile tedavüle koyardı ve bedelini tahsil eylerdi. İpotekli kredileri, ticaret senetleri gibi kolaylıkla tedavül ettirecek olan bu

usul Fransa'da ciddi bir tatbika mazhar olamadı. Planiol bu muvaffakiyetsizliğe sebep olarak ipotek muhafızının takdir eylediği kıymetten ve mal üzerinde mevcut daha eski tarihli ipoteklerin varlığından sorunlu kılınmış olmasını gösterir (Planiol cild II, No. 2651). Fransız ihtilâlinin millî emlâki karşılık tutup «assignat» adı ile çıkardığı kâğıt para ipotekli senet müessesenin bir tatbikii idi; zaten «assigner» kelimesi bir gayri menkulü bir tediye karşılık olarak tahsis etmek mânasına gelir. Fakat «Assignat» ların uğradığı ve bizim 1293 de çıkartmış olduğumuz kaimelerin akıbetinden daha kötü olan akıbeti ipotekli senet müessesesine de kötü bir tarzda tesir eyledi ve müesseseyi öldürdü (Levy-Ulmann Sah. 34). Almanya Fransa'nın tatbik edemediği bir fikri benimsedi ve hukukunun esaslı bir temeli kıldı (Alman M. K. Mad. 1116),

Almanya malikin kendi mülkü üzerindeki ipoteki» - ki 9 missdor sene III kanununun bulduğu ve kullandığı bir tabirdir - daha hususileştirdi: «İpotekin tesisine sebep olan alacak vücade gelmez ise ipotek malike ait olur. Eğer alacak söndürülmüş ise (itfa edilmiş ise) malik ipoteki iktisap eder.» Gayri menkulü üzerindeki ipotekli borcu itfa etmiş olan malik itfa ettiği vereceği sağlıyan ipotekiye sahip olur ve böylece sırada kendinden sonra gelen ipotekli alacaklıyı bertaraf eder.

Bütün bu müesseseler halen sahibi olmıyan haklardan başka bir şey değildir.

İsviçre ve Türk Medenî Kanunları da malikin, kendi mülkü üzerinde rehin hakkını haiz olabilmesini kabul eder. Bu vaziyet iki şekilde gözükür:

1) Başkasının alacağı için üzerinde ipotek tesis edilen gayri menkulün maliki üçüncü şahsın vereceğini öder ise gayri menkul ile temin edilmiş olan alacağı iktisap eder ve alacaklının haklarına halef olur (Türk Medenî K. Mad. 799).

2) Alacaklının, kendisine teminat olarak ipotek edilmiş gayri menkulü satın alması; meselâ (A) bir iktisadî teşebbüs vücade getirmek arzundadır, fakat parası yoktur. Amcası (B), yeğeni (A) nin muhtaç olduğu sermayeyi (C) den temin edebilmek için evini (C) ye ipotek etmiştir. Şimdi birinci hale göre (B), bir zaman sonra (C) ye, (A) ya verdiği ödünç parayı ödüyor. İkinci hale göre (C), (A) dan evi satın almış oluyor; yani ya malik rehin hakkını iktisap ediyor, ya rehin gayri menkulün mülkiyetini iktisap eyliyor. Her iki halde de üzerinde ipotek tesis edilmiş gayri menkul ile rehin hakkı aynı elde birleşmiştir. Malik aynı zamanda rahindir ve kendi mülkü üzerinde bir rehin hakkına maliktir. **Gayri menkul rehininin bütün şekilleri bu vaziyeti ihdas edemez. Mali-**

kin kendi mülkünde rehin hakkını haiz olması alacaklı ve vereceklinin şahıslarının birbirinden bağımsız kalabilmesi ancak ipotek ve ipotekli deyin senedi ile mümkün olabilir. İrat senedinde ise şahsî verecek olmadığından alacak zorla gayri menkulün malikine karşı çevrilir. Malikin verecekliden başka bir şahıs olması şartı, yani gayri mnekulün üçüncü bir şahsın vereceği için ipotek edilmiş olması şartı yoktur.

Medenî kanun malike yalnız üçüncü bir şahsın lehine gayri menkul mükellefiyeti tesis eylemeğe müsaade eylemez; bizzat kendi lehine ipotek tesis edebilmesi için malik, ismini tapu sicilline ve senede yazdırır (nama muharrer senet) veya senedi elinde bulunduracak kimseyi alacaklı olarak yazdırır ve senedi elinde tutar (hamile muharrer) (Türk M. K. Mad. 828) Bu takdirde gayri menkul rehin daha başlangıcında malik lehine bir rehindir. Fakat âdi bir rehin hakkı da sonunda malik lehine bir rehin hakkına çevrilebilir; meselâ malik mülkünü üçüncü bir şahsın vereceği için ipotek etmiş olmayıp da kendi vereceğini temin için ipotek ettikten sonra vereceği ödemiş ve senedi geri almış bulunduktan sonra senedi iptal etmeyip alıkoymuş olması halinde kendi mülkü üzerindeki ipotek kendi lehine çevrilmiş olur. Türk M. K. Mad. 832. mucibince tapu sicillindeki kayıt sildirilmemiş olursa rehin hakkı sona ermiş olmaz ve malik lehine olarak devam eder. Bu takdirde malikin şahsında yalnız malik ve alacağı ipotek ile temin edilmiş rahin sıfatları birleşmiş olmaz. Aynı zamanda ipotekli alacaklı ile üçüncü şahıs verecekli sıfatları da birleşmiş olur ve gayri menkul malikin vereceğinden dolayı bizzat malike karşı mesul olur. Bu vaziyetin borçlar hukukunun 116 ıncı maddesiyle (alacaklı ve verecekli sıfatlarının birleşmesi) telifi birçok düşüncelere yol açmakta ve müessesenin hukukî mahiyeti hakkında ihtilâflar uyandırmaktadır. (Tuor Sah. 511 — 513). Bütün bu vaziyetlerin izahı, yalnız Alman telâkkisi olan borcun objektifliği ile mümkün olabilir. «Alman borç telâkkisi temin edilmiş alacağı iki unsura ayırır: Birincisi vazife olan verecektr; ikincisi bu vazifeden mesuliyetini ifade eden teminatır. Teminat irat senesinde tamamiyle aynıdır; ipotekli deyin senedinde ise aynı zamanda şahsıdır. Malikin rahin olmasında verecek yoktur; yalnız teminat vardır. Fakat müstakbel bir verecek, ve rollerin ayrıldığı zaman doğacak olan bir verecek nazara alınarak evvelden ihdas edilmiş bir teminat vardır» (Tuor sah. 514).

Malikin kendi mülkü üzerinde ve kendi lehine olarak bir ipotek tesis edilmiş olması halen sahibi mevcut olmayan bir haktan başka bir şey midir, Muhtemel sahibli bir hak değil midir? Hak doğmuştur; fakat hakkın sahibi henüz mevcut değildir.

37 — İlân yolu ile yapılan taahhütler ancak borcun objektif telâkkisile izah edilebilir. Borç gayri şahsî kılınmadıkça borcun bir kıymeti: mücerret bir kıymeti olamaz. İlân yolu ile taahhüdün (Türk B.K. Mad. 8) bir birç kaynağı olarak kabul edilebilmesi ancak borcun objektif telâkkisile mümkün olur.

Bir kimsenin gaip eylediği kıymetli veya kendisinin kıymet verdiği bir şeyayı bulup getirecek olanın memnun edileceğine dair gazetelerde sık sık görülen ilânların bir ikisini olsun görmüş ve okumuşsunuzdur. İşbu bedel veya mükâfat vadinin hukukî mahiyeti borcun objektif telâkkisinden başka ne ile izah edilebilir? Bedel vadi daha vadedilen bedelin karşılığı olacak iş yapılmadan (meselâ gaip olan eşya henüz bulunmadan) yapılmış olduğuna göre henüz bir alacaklısı bulunmadan vücade gelmiş borçtur.

Mücerret vaide (vadetmeğe) meşelâ birisine teberru kabilinden yani karşılık aramaksızın yapılan vade kıymet vermeyen mecelle (1) ancak şarta bağlı vadi lâzım kılar: «vaidler talikî şarta bürünmekle lâzı molur» (mecelle mad. 84). Fakat şarta bürünmüş olan vadin belirli bir kimseye karşı yapılmış olması gerekirdi: «meselâ sen bu malı filan adama sat eger akçesini vermez ise ben veririm dese ve malı alan akçeyi vermese bu vadi eden kimsenin akçeyi vermesi lazımgelir.» (meşelle mad. 84). Görüldüğü üzere bu vadin ilân yolu ile yapılan vadi ile hiç bir benzerliği yoktur. Yalnız fikhî «tamim tayindir» düsturu ile alacaklıyı belirli kılmak çaresini de bulmuştu ki bu ilân ile vadi kolaylaştırır ve taliki şarta ilştirir. Gerçektir ki fikiha göre «Her kim bulursa kendisine şu kadar vereceğim» vadi şarta bağlı olmak itibarile nafizdir yani geri dönülemez; ve her kim denmiş yani tamim edilmiş olmak itibarile de alacaklı belirtilmiştir. Şu manada ki alacaklının vücudu hakkında bilgisizlik yoktur ve binaenaleyh ihtilafta çıkamaz. Netekim «evimdeki bütün mallarımı filan yere vasiyet ettim» deyen adamın da vasiyeti mu-teberdir; çünkü hangi malların vasiyet edildiği tamim ile tayin edilmiştir.

Her zamanın günlük hayatında kullanılmış olan ve kullanılan ve bir istimal tarzı olan yani bir pratik tarzı olan mükâfaat vadinin nazarı izahı hukukcuların büyük gayretlerini icabettirmişti; Alman örf hukukunun yaratmış olduğu bir müessese olan ilân yolu ile mükâfat hukukî mantika bir meydan okuma gibi talakki edilmiştir. İlân yolu ile vaidde bulunmuş

(1) --- Roma hukuku da islam hukukuda adakın (nezir, adanmış şeyin) yerine getirilmesini borç kılar.

bir kimsenin borcun hangi kaynağına göre müteahhit ve mültezim (borçlu) talakki edilebileceği hakkında çok düşünülmüştür.

İlân yolu ile mükâfat vadeden bir kimseyi yaptığı ilân dolayısıyla müteahhit talakki ediyorsak vadedenin tek taraflı iradesinin kendisini, diğer bir kimsenin o iradeye gelip iltihak eylemesine bağlı olmaksızın borçlu kılacağını kabuletmek lâzımgelir. Siegel, bu luzumu hukuka soktu. Siegel'in, tek taraflı vaidin borcun kaynağı olduğu hakkındaki nazariyesini 1874 de ortaya atmadan evvel ilân yolu ile vaid mukavele kavramile izah edilirdi. Mükâfat vadi belirli olmayan bir şahsa karşı yapılmış bir mukavele icabı gibi telâkki olunurdu. Bu icaba uygun bir kabul hasıl olur olmaz müessese bir mukaveleye dayanmış olurdu. Bu meselenin izahına yardım edebilecek bir Roma hukuku metninden mahrum bulunan Alman hukukcuları Almanyanın bir parçasında yürürlükte olan hukukun (Partikularrecht) ve Alman medenî K.lâyihalarının ilân ile vaidin vadede bulunan kimse aleyhine dava hakkı veren çeşitli hükümlerini mukavele ile izaha uğraştılar. Fakat bu tarz anlatışın ve bu nazariyenin sonuçları bir çok tartışmalara meydan verdi. Bu tartışmalardan çıkan görüşlerin en ziyade mantıkî olanı vadedene, yaptığı vaid açık tarzda kabul edilinceye kadar vadinden mutlak surette dönmek hakkının kabulüne varıyordu. Diğer taraftan vadedilen mükâfatı almağa layık olan kimsenin ölümü, ihmali, bilgisizliği veya iflası gibi bir hali yüzünden mükâfatı almak hususundaki açık iradesini icabta bulunana (vadedene) bildirmemiş olması taktirinde mükâfatı alamazdı. Halbuki Siegel'in ortaya çıkarttığı neticeler arzyletiğim mantıkî netice ile taban tabana zıd idi şöyleki: Siegel'e göre iradenin tek taraflı izharından mecburî bir bağlanma hasıl olabilir: vadi yapan sözü ile bağlanmıştır, ve artık alenen izhar ve ifade edilmiş olan vadinden dönemez. Vadedilmiş olan mükâfat, başarılması mükafatlandırılmış olan sonucu objektif tarzda elde edilmiş bulunan kimse tarafından, mahza bu başarısı ile ve hatta rızasından müstakil olarak iktisap edilmiş olur.

Alman medenî K.nun birinci layihası, tek taraflı irade beyanını bir iltizam tarzı olarak kabul etmemekle beraber Siegel'in nazariyesini teyid eyledi. Alman Kanun koyucusuna nazarı düşüncelerden ziyade amelî endişeler rehberlik ediyordu. Alman Kanun koyucusu mükâfat vadine lazım olan bütün itibarî sağlamak istiyordu. Bu sebepten kanun vaid edeni vadi ile, mükâfattan istifade edecek olan kimsenin mutlak ve hatta zımnî tarzda kabul ve iltihakından müstakil olarak bağlıyordu ki bu Siegel'in nazariyesinin bir neticesidir. Fakat kanun vadedenin vadiyle bağlı olmasının neticelerinden bir az ayrılmış ve vadeden mutlak surette ru-

cu edilemeyeceğini tamamen kabul edememiştir (Türk M. K. Mad. 8 Fık. II ve III). Bununla beraber kanunun rucua ait tahdit ve takyitleri, hareket noktası olan tek taraflı iltizam ile kabili teliftir. Çünkü vadeden bağlanmak istediği ve vadine vermek istediği itibar nisbetinde bağlanmıştır denebilir. Hülâsa Al.M.Ka. mukavelevi olmayan bir ihtiyarî taahhüdü ya tamamen reddecekti veya taahhüt edenin kasti dairesinde kabul edecekti, veya istisnaen ve kanunun kabul ettiği derecede kabul edilecekti. Alman M.K. bu ihtimallerden karma ve istisnaî olan şekli kabul ediletti.

Mukavele gibi, kanun gibi bir borç kaynağı olarak ve yeni bir kaynak olarak ileri sürülmüş olan «Borç kaynağı olmak itibarile tek taraflı irade» nazariyesinin hukukun tekamülüne uygun bulunduğu iddia edilmiştir. Sebep olarak da hukukun tekamülü iradeye hukukî bir lüzum temin etmek, iradeyi hukuken müessir ve nafiz kılmak yönünde gitmekte olduğu gösterilmiştir. Böylece bütün mukaveleler iki ayrı fiile, işleme ayrılmış bulunacak ve tarafların her biri bizzat kendi iradesinin tek işlemi ile borçlanmış bulunacaktır: «Şahıs iradesi o iradeyi izhar eden kimse üzerinde hakimdir; demek ki bir şahsın basit bir irade beyanı şeklinde yapmış olacağı taahhüt borcun hukukî nifazını haiz bulunmalıdır.» Bu iradeyi ileri sürerler beyan edilmiş tek taraflı iradenin, kendi ayarında olan ikinci bir iradeye rastlamadıkça borç bağının düğümlenemeyeceğini de kabul etmek zorunda kalıyorlar ve bu lüzum ve zaruretin ortadan kalkamayacağı ve kaldırılamayacağını da itiraf ediyorlar. Çünkü bir şahsın, kendi üzerinde hakim olan iradesi diğer bir şahıs üzerine nafiz değildir yani hüküm ifade etmez ve hukukî bir netice vermez ve kimse kendi iradesi dışında alacaklı kılınamaz. Bu hal Planiol'a (cild II No. 831-834) ihtiyarî borç kaynağı olarak alacaklı ile verecekli arasında anlaşmadan yani mukaveleden başka bir borç kaynağı olamayacağı neticesini çıkarıyor ki bir az mübalâğalı olsa gerektir. Mukaveledeki birleşmiş iradelerin hüküm ifade etmesi kanunun insan iradesinin lazım olan rolünü kabul etmiş ve o birleşmiş iradelere hüküm ifade ettirmiş olmasındandır. Binaenaleyh Kanun birbirine uygun düşecek iradelerin basit bir unsuru olan tek iradeye de bir nifaz izafe edilebilir yani bir nifaz ilâştirebilir. Fakat tek irade ile borç yaratmak ve hususile alacaklının tek iradesile borç yaratmak ancak istisnaen kabul edilebilir; Kimse bir diğeri borç ile yükleyemez, meger ki buna kanun imkân vermiş ve müsaade etmiş olsun. Vekâleti olmadan tasarruf (Türk B.K.Mad. 410-415) bu istisnaın bir misalidir. Vekaleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunan kimsenin iradesi iş sahibinin tasarrufta bulunana karşı olan borç-

larının kaynağıdır (Türk B.K.Mad. 413). Ferdlerin eşitliği ve birbirlerine bağımsızlıkları prensibi bir şahsın kendi iradesile kendi aleyhine bir mükellefiyet ihtas eylemesine engel olamaz. Gerçi tek taraflı bir irade bir kimseyi rızası hilafına alacaklı kılmaya manidir; bağımsızlığı korumak için alacaklı kılınmış kimseye kendisine sağlanmış menfaati reddetmek yetkisi verilebilir.; islâm hukukunun tutmuş olduğu yol da bu yoldur: kabule bağlı olmayan taahhüt ve iltizamlar, iskatlar red ile merdud olurlar.

38 — Borçların objektif telakkisi üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelelerin de izahına imkân verir (Türk B.K.Mad.III). Fransız hukukcuları üçüncü şahıs lehine mukaveleyi «Tek taraflı taahhüt» nazariyesi ile izaha ve prensip itibarile kabul edilmemiş olan üçüncü şahıs lehine mukaveleyi «tek taraflı irade» nazariyesi yardımı ile fransız mevzuatına sokmaya çalıştılar ve bu usule «icab nazariyesi» adını verdiler (1). İcab nazariyesine göre mukaveleyi yapan kimse üçüncü şahsa, lehine olarak yaptığı mukaveleyi icab eder. Borçlunun taahhüdünün kesinleşmesi için yapılan icabın üçüncü şahıs tarafından kabul edilmesi lâzımdır. Üçüncü şahıs kendi lehine yapılmış olan mukaveleyi kabul edince, kabulü makalede şamil olur yani mukavelenin yapılmış olduğu günde tesirini ve hükümünü vermiş sayılarak üçüncü şahıs vereceğinin şahsi alacaklısı olur.

Mukaveleler kaide itibarile ve adeten, taraflar hakkında ve yalnız taraflar hakkında hüküm ifade eder. Demek ki bir mukavelenin üçüncü şahsa tesir eylemesi bir mukavelenin mutad neticesi değildir. Yapılmış bir mukavelenin üçüncü şahsa tesirini o mukavelenin tâli ve ferî bir neticesi olarak ta kabule imkân yoktur; çünkü ortada mukavelenin doğrudan doğruya hasıl etmek kastını güttüğü neticeye ferî bir netice deyemeyiz. Üçüncü şahıs lehine yapılmış bir mukavelenin kendisine hedef aldığı özel netice mukaveleye yabancı kalmış olan bir şahsa bir hak iktisap ettirmektir. Mukaveleyi yapmış olan taraflar üçüncü şahsın vekil ve mümessili de değildirler.

Üçüncü şahıs lehine mukavele evvel emirde iki meselenin hallini icabettirmiştir.

1. — Mukavele onu yapmış olan taraflar arasında muteber midir? yani mukaveleyi yapan mukavele ile borçlanmış olanı borcunun üçüncü

(1) — Fransızlar, üçüncü şahıs lehine mukaveleyi vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf müessesesi ile ve üçüncü şahsa da taraflara olduğu gibi doğrudan doğruya dava hakkı vermek düşüncesiyle de izaha çalışıyorlar. Bu üç görüşün birbirine karıştırılmasından ve birbirile yoğrulmasından çıkan dördüncü nazariyeyi de Planiol ortaya atmıştır (cild II No. 1226)

şahsa karşı eda etmesini isteyebilir mi? Başka bir ifade ile dava hakkını haiz midir?

2. — Yapılmış mukavelenin muteber ve sahih olduğu kabul edildiği takdirde üçüncü şahıs, kendi lehine yapılmış mukavelenin yapılmasını isteyebilmek hakkını iktisap etmiş midir? ve bu hakkı hangi şartlar altında iktisap edebilir?

Birinci sorunun müsbet bir cevaba mazhar kılınması çok güç olmadı. Roma hukuku mantıkına bağlı olanlar dahi soruya müsbet cevap verdiler. Gerçe Savigny Borçlara ait yazdığı eserin üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelelere tahsis eylediği 59 No.lu faslında (§ 59) Kanun mukaveleleri insanlar arasındaki hukukî münasebetlere luzumu olduğu kadar teyid eylemelidir ve binaenaleyh alacaklıya maddî ve müşahhas (göz ile görülür) bir menfaat arzeden mukaveleleri müeyyedesine altına almalıdır; çünkü mukavele hürriyet halini selp eyler (ortadan kaldırır yok eder) ve bu sebepten mukavele ihtiyat ile teyid edilmelidir; kanun temsil ve vekâletsiz tasarruf hallerinden başka hiç bir halde üçüncü bir şahsın başkalarının işine karışılmasını ve sırf cemilekârlık eseri olarak ve menfaatsiz bir tarzda başkası lehine bir taahhüt istihsal edilmesini teyid etmiyor demektir; «Tabii hürriyetin takyidi olan borçlar umumiyetle, muamelâtın ihtiyacı nisbetinde müeyyedeye mazhar olurlar; muamelâtın ihtiyacı ancak muameleyi yapanlar için hak yaratır, yoksa üçüncü şahıs lehine hak yaratmaz» (Savigny, borçlar huku cild II sah. 136). Borcun muhteviyatının yani Konusunun, mukavelenin taalluk ettiği şeyin para ile ölçülebilir bir menfaati haiz olması lazımgeleceği hususundaki Roma düşüncesi Alman medenî Kanunu tarafından terk edilmiş bulunduğundan Savigny'nin Roma hukuku zihniyeti içinde kabul eylediği menfaat düşüncesinin bir kıymeti kalmamıştır. Roma şekilperestliğinin ve muhakeme usulünün lazım kılması olduğu bu kanaat bugünkü hukukta yer almaz. Menfaat umuma ait mukavelelerde üçüncü şahıs lehine konan şartlar (meselâ bir belediyenin yaptığı mukavelelerde belde sakinleri lehine koyduracağı şartlar) belediyenin tüzel kişiliğine para ile ölçülebilen bir menfaat temin etmediği bahanesile belediyeyi dava hakkından mahrum saymak doğru olmaz. Manevî menfaati kabul ettiren İhering mütalâasını arzylediğim hale benzer bir hal hakkında vermişti şöyleki: İsviçrede Kantonlar arası demiryolları şebekesini inkişaf ettirmek üzere kurulmuş bir İsviçre Şirketi diğer bir İsviçre Şirketi ile bir demiryolu inşasını mukavele etmişti. Borçlu inkişaf şirketi diğer şirket üyelerinden hiç birinin taahhüdün yapılmasında şahsî ve naktî menfaatleri bulunmadığını ve

umumî menfaat endişesinin borça sıhat veremeyeceğini, dermeyan suretile borcundan kurtulmaya çalışmıştı.

İkinci soru üzerinde ise hukukcular uyuşamıyorlardı. Bu husustaki bütün düşünceler iki esaslı ve zıd nazariye etrafında toplanabilir: 1) ya mukaveleler yalnız onu yapanlar hakkında hak tevhit eylemesinden lehine yapılmış mukavele üçüncü şahsa, iltihak ve kabulünden evvel bir hak iktisap ettirmez. 2) Veya üçüncü şahıs kendisinden habersiz ve kendisinin yapılmasına katılmamış bulunduğu mukaveleden doğma ve müstakil bir hakkı iktisap eylemiştir. Birinci tarzda düşünüş ilhamını mantıktan alır, ikinci tarz düşünüş ise lhamını istimalin (amelî, pratik hayatın) zaruretlerinden alır.

Üçüncü şahıs lehine mukavelenin en büyük faidesi ileride vücade gelecek şahıslar lehine yapılabilmesidir. Mukavele belirli olmayan kimsele lehine yapılmakla kalmıyor, ileride doğacak kimseler lehine de yapılabiliyor; meselâ yapılan bir evlenmeden doğacak çocuklar lehine yapılabilmektedir. Eğer borcun mücerret: alacaklı ve vereceğinin şahıslarından mücerret bir varlığı kabul edilmezse üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelenin izahına imkân bulunamaz. Ancak böylece Mukavelenin tarafları olan A ile B arasında henüz daha doğmamış hatta henüz ana kararına bile düşmemiş olan C lehine mücerret kıymeti haiz bir ittisal, bir münasebet vücade gelebilir.

39 — Edanın, edayı yapacak ve eda kendisine yapılacak kimselere sıkı surette bağlı bulunduğunu kabul eden Roma hukuku alacaklı ve vereceğinin yerine, bir başka alacaklı veya verecekli ikame edilmesini (konmasını) kabul etmezdi. Romalıları göre borçta ne verecekliye ne de alacaklıya halefiyet olamazdı. Meselâ (A) ya karşı bir taahhütte bulunan (B), faaliyetini (A) nın hizmetine koymak ve tahsis eylemek istemiştir. (A) nın yerine (C) yi koymak yani verecekli (B) nin kendisine karşı müteahhit bulunmadığı (C) yi geçirmek borcu değiştirmektir; nasılkı suyu terkip eden unsurlardan birini almak suyu yok etmektir; sudan alınan unsurun yerine aynı cins ve miktar unsuru koymakla elde edilen su eski su değildir, yeni bir sudur. Tecdid denilen müessesenin mantıklı bundan ibaretti.

Alacağın temlik edilemeyeceğini kabul eden Romalıları formüllü muhakeme usulünün kabulünden sonra davanın «husumete vekil» kılınacak bir kimse ile takip edilebilmesini; kabul eylediler. Vekili, müvekkiline hesap vermekten kurtarmakla ve tahsil eylediğini kendisinde alıkoymasına müsaade etmekle matlubun temliki fiili surette vücade getirilmiştir. Bu tarzdaki vekâlete «bir kimseyi bizzat o kimsenin kendi işine tev

kil» manasına olmak üzere «procuratio in rem suam» adı verilirdi. Fakat bu ameliyede iki yönden ufak bir sakatlık ve çürüklük vardı: 1) Vekâlet müvekkilinin ölümü ile sona ererdi; litis contestatio'ya (1), kadar alacak müvekkilin olarak kabul edilir ve müvekkil de alacağa dilediği gibi tasarruf edebilir ve alacağı söndürebilirdi. Vekilin, daha doğrusu temellük edenin hakkı, temlik edenin ölümü halinde takviye edildi ve gayip eylediği doğrudan doğruya dava açmak hakkının yani kendisinin haiz olduğu ve muameleden doğan dava hakkının yerine faideli dava hakkı verildi (2).

İmperator Gordien'e atfedilen bir konstitusiyon (İrade) Temellük edene temellük eylediği alacağa hakim olabilmek imkânını verdi. Bu imkân temliği verecekiye, ihbardan veya vereceklinin temellük edeni alacaklısı olarak kabul etmesinden ibaret idi.

Fıkıhta bu meselenin, müvekkilin vekilini azledip edemiyeceği hallerde zikredilmiş olduğunu sanırım. Mecelle 1521 inci maddesinde «müvekkil ve kilini vekâletten azleder. Fakat başkasının - velevki bu başkası bizzat vekil olsun - hakkı tallük eylemiş ise azledemez» der. Müvekkil kendi alacaklısına: «filan malımı satta sana olan muaccel vereceğimi o malın

(1) — Litis contestatio'nun manası «husumete şahit tutmak» tir Kanunî dava zamanında tarafların, davada hazır bulunanları husumetlerinin hallini bir hakeme tevdi hususunda hasıl olan ittifaklarına şahit tutmoğa denirdi. Litis contestatio hem davanın ikame zamanını ve hem de hakem tarafından verilecek hükmün kesinleşme zamanını (geriye atmak suretiyle) tayin eylerdi. Formüllü dava zamanında başlangıçlarında yine tarafların, hazır olanları teşkili tarafeyn etmek ve husumetlerini pretör tarafından yazılmış formül dairesinde bir hakeme tevdi etmek hususunda hasıl olan ittifaklarına şahit tutmalarındır. Sonraları hazır olanları şahit tutmak adet ve usûlünün kalkması üzerine tarafların teşkil tarafeyn eylemeği ve husumetlerini bir hakeme tevdi etmeği kabul hususundaki ittifaklarını ifade eyledi. Bu ittifak davalının majistranın iştirakile yazılmış formülü kabul etmiş olmasile meydana gelirdi. Hakem önünde geçecek ve kazayı ilzam (bir şey vermeğe mahkûmiyet) veya kazayı terk (muarazadan men) ile neticelencek olan husumete esas olarak formülü kabul eylemesini davacı davalıya teklif eylerdi. Mecelleye giren muhakeme usulünde ise litis contestatio iki tarafın iddia ve inkârdan ibaret olan sözlerini söyledikten ve taleplerini yaptıktan sonra yani dava görülecek hali aldıktan sonra başlar.

(2) — Actio utiles (faide, istihsan) medenî veya pretör hukukuna ait davaların normal tatbik sahalarını pretör tarafından istihsanen (faide umularak) genişletilmesi suretile ihdas edilmiş davalardır. Meselâ alacağı temellük edene temlik edenin haciz olduğu normal dava hakları verilmeğe kalmıyor. Temellük edene temlik edenin dava haklarından müstakil (yani normal surette o davalara dahil bulunmayan) ve özel dava hakları veriliyor. Temlik eden doğru davaları muhafaza ediyor ve bu itibarla litis contestatio zamanına kadar vereceğini, başkasına temlik etmiş olmasına rağmen kendisine ödemesini isteyebilir; temlik etmiş olduğu şahıstan başka bir şahısa dahi temlik edebilir.

semeninden al» dese vekilini azledemez; fakat borç müeccel ise azledilebilir. Bu misal satışa vekâlet olduğundan vekil yaptığı akti müvekkiline muzaf kılmağa mecbur değildir, muzaf kılmayınca da yapılan muameleden doğan haklar ve o hakları dava eylemek kudreti vekile ait olur (mecelle mad. 1461). Müvekkil alacaklısını, alacağını semeninden almak üzere malını satmağa vekil etmeyipte bir başkasında olan alacağını kabza (deyni kabza) vekil kılrsa gine azledemez. Yalnız mecellenin, 1520 inci maddesinde kabul edilen reye göre vereceği kabza vekil olan kimse, müvekkilinin vereceğini inkâr eden vereceklisini dava edemez; çünkü deyni kabza vekâlet imami azam ve Yusuf'a göre davaya vekâleti tazammun etmez; husumete vekâlet tazammun ettiğini kabul eden reyler de vardır. Eğer vekâlete başkasının hakkı - velevki o başkası bizzat vekil olsun - taalluk ediyorsa müvekkilin ehliyetini gaip eylemesi dahi vekâlete son vermez (mecelle mad. 1530 şerhi). Binaenaleyh «procuratio in rem suam» in fıkhıta mukabili «vekili başkasının, hatta bizzat vekilin kendi hakkı taalluk eden işe vekil kılmak» olsa gerektir.

40 — Matlubun temlikinin pratik hayatta çok büyük faideleri vardır; alacağı müecel ve binaenaleyh vereceklisinden vereceğini vermesini isteyemeyecek olan kimsenin o alacağını kırdırmasına imkân verir. Alacaklısına, bir başkasından olan matlubunu temlik etmek suretile tediyede bulunabilir. Temellük eden içinde, bir alacak satın almak iyi bir (para yatırma) teşkil eder. Sıra de ileri olan bir ipoteki almak, sıra da geride kalacak yeni bir ipotek tesisinden elbette ki daha iyidir.

Alacaklının değiştirilmesi suretile yapılacak tecdit ile, alacaklının haklarına halef olarak yapılan tediye matlubun temlikine çok benzeyen müesseselerdir. Romada Vekil olduğu işte hakkı taalluk eden vekil litis contestation'nun borcu tecdit edici hassasından faydelenerek husumetin yani davanın sahibi oluyordu. Türk borçlar kanununda alacaklının değiştirilmesile yapılacak tecdite yer verilmemiş olmakla beraber matlubun temlikinin iyi anlaşılabilmesi için alacaklının değişmesi ile yapılacak tecdit ile matlubun temlikisi arasındaki farkları göstermek iyi olur:

1. — Tecdit borçlunun rızasını lazımki ve onun yeni alacaklıya karşı taahhüt ve iltizamda bulunmasını icabettirir. Matlubun temlikinde ise vereceklinin rızası aranmaz (Türk B.K. Mad. 162).

2. — Bir kimse alacaklısını vereceklisi üzerine, tediye makamına kaim olmak üzere havale eyledikten sonra vereceklisi tediyyede bulunmaz ise havaleyi yapan sadece vereceklisi kalmakta devam eder.

3. — Tecdit, yenileştirilmiş borcun teminatlarına hâlel verir. Hal-

buki matlubun temlikinde müteferri haklar da temellük edene geçer (Türk B.K.Mad. 168).

Matlubun temliki ile halefiyet arasındaki farklar:

1 — Halefiyet kanundan doğar, mukaveleden doğmaz; bir alacaklı hakkını temlik edebilir, fakat haklarına bir halef tayin eylemez. Halefiyet mukaveleden doğmadığı içindirki ne üçüncü şahıs ile alacaklı ne de üçüncü şahıs ile verecekli arasında yapılmış bir sözleşme ile vücade gelmez. Yalnız vereceklinin alacaklısına, vereceğini üçüncü bir şahsın kendisine (alacaklıya) halef olmak şartile ödeyeceğini mutlaka tediye-den evvel veya hiç olmazsa, tediye ile birlikte haber vermesi ile mümkün olur (Türk B.K. Mad. 109 No. 2). Böylece matlubun temliki alacaklı tarafından yapılır; halefiyet borçlunun haber vermesiyle vücade gelir.

2. — Halefiyet yolu ile yapılan ödemenin gayesi vereceklinin vereceğini ödeyen üçüncü şahsa, ancak verdiklerini geri alabilmek imkânını vermekten ibarettir. Alacağı temellük eden kimse temellük ettiği alacağa verdiği ivaz miktarında malik olmayıp temellük ettiği alacağın tamamına malik olur. Halbuki alacaklıya ödemedede bulunan üçüncü şahıs ancak ödediği nisbette alacaklının haklarına halef olur (Türk B.K. Mad. 109 fık. I).

3. — Ödenen borç mevcut değil idise üçüncü şahsın alacaklı sandığı kimseye karşı haksız mal iktisabından dolayı iade talebinde bulunmaktan başka bir şey yapamaz ve yalnız ödemiş olduğunu geri alabilir. Fakat matlubun temlikinde temellük eden hem verdiği ana para ile faizini hem temellük eylediği matlubu alabilmek için yapmağa mecbur kaldığı takibat masraflarını alabilir (Türk B.K.Mad. 171) (1).

41 —Roma hukukundan istikak eden bütün hukuklarda verecek diler arasında nakil edilemez. Vereceğin nakli yani vereceğe münferit halde halefiyet yoktur ve binaenaleyh eski borcu yıkmadan ve yok etmeden kimse vereceklinin yerine geçirilemez. Verecekli ancak teedit yolu ile, yani eski borcu ve hukukî bağı yok ederek ve yerine yeni bir borç ikame eylemek yolu ile değiştirilebilir.

(1) — Alacağın hepsi temlik edilmiş olmayıpta alacak temlik eden ile temellük eden arasında paylaşılmış olur ve verecekli de acze düşmüş olursa her iki alacaklı haklarını garometen alırlar (Türk. B. K. Mad. 169 bak).

Vereceklinin vereceğini kısmen ödeyen üçüncü şahıs alacaklının haklarına ödediği miktar nisbetinde halef olacağından vereceklinin vereceği, iki alacaklı arasında bölünmüş olduğundan alacaklısı da ikilemiştir. Verecekli acze düşer ise her iki alacaklı alacaklarını garometen alırlar.

Bu hususta iki müessese arasında fark yoktur

Alman hukuku bu eski hukuk telâkkilerine bağlı kalmadı. Hukukları eski Roma hukuku telâkkilerine bağlı kalmış devletler matlubun temlikine gene Roma hukuku yardımıyla varabildiler, fakat bu konakta da kalıp gittiler. Almanya matlubun temlik ile girilmiş yolda devam eyledi ve vereceğin naklini de kabul etti, yani eski borç münasebeti ortadan kaldırılmadan vereceğinin yerine başka bir verecekli ikame edileceğini kabul etti. Planiol'un dediği gibi «İnsanlar geçiyor, birbirlerinin yerini alıyor, biri diğerinin görevini görüyor, borç ise ortada değişmeden duruyor.»

Alman hukukunun aldığı karara ve vardığı konağa ancak borcun Roma hukukundan gelen telâkksini değiştirmek suretile varılır. Romalılar için borç isimleriyle cisimlerle tayin edilmiş iki kişi arasında bir bağdır; bu iki çarpandan bu iki unsurdan biri değişince münasebet de değişmiş olur. Almanlar için borç ondan istifade eden veya onun külfetini yüklenen kimselerden tecrit edilebilir. Almanlar için borç muhtevasiyle nazara alınır, yani objektif bir tarzda nazara alınır. Almanlar için borcun cevherini mevzu teşkil eder. Almanlara göre yani borcun objektif telâkksine göre borcun cevheri, esası, ruhu edanın mahiyetinden; borcun ifası tarzından ve iktiza ettirdiği çalışma toplamından ibarettir. Binaenaleyh alacaklı için onu tatmin edecek şahsın ne kıymeti olabilir? Verecekli için ifa edeceği edadan kimin istifade eyliyeceğinin ne önemi olabilir? Alacaklı için vereceğinin, verecekli için alacaklının şahsının önemi bulunmadığı pek âlâ tasavvur edilebilir; nitekim hakikatte de her biri diğerinin şahsına önem vermez. Binaenaleyh borçta şahısların değişmesi tarafların kastine uygun olduğu kabul edilebilir.

Nazariyeler ilhamlarını istimalden yani pratik hayattan alırlar. Alman pratikçileri birçok hallerde vereceğinin borcu yoketmeden değiştirilmesi lâzım geldiğini anlamışlardı. Meselâ:

1. — Bir mamelekin ölüncüye kadar bakıp beslemek, veya irat vermek şartıyla ve tamamıyla devir ve ferağı hali (Türk B. K. Mad. 511).

2. — Bedelinin ipotekli alacaklılara ödenmesi şartıyla ipotek edilmiş bir gayri menkulün satışı (Türk M. K. Mad. 803; Türk B. K. Madde 175 son fıkrası) ipotek edilmiş gayri menkullerin satışını kolaylaştırmak içindir. Meselâ A, (B) nin alacaklısıdır; alacağı da (B) nin bir gayri menkulü üzerinde tesis edilmiş bir ipotek ile sağlanmıştır. Bu gayri menkulünü C, ye satıyor. C, A, ya deyni üzerine almayı icabediyor icaptan sonra da gayri menkulü (D) ye satıyor. D (A) ya icapta bulununca (C) icabından beri olur.

Bütün bu hallerde henüz yaşamakta olan bir şahsın yerine başka bir şahsı verecekli kılmak lâzım geliyordu. Pratik bu gayeye tamamiyle tatminkâr olamıyan usullerle varıyordu. Nazariye imdadına yetişti ve Delbrück (1853) de pratiğin muhtaç olduğu nazariyeyi yarattı. Vereceğin naklini ilk defa Alman Medenî K. kabul etti ve tanzim eyledi. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda vereceğin nakline ait bir hüküm yoktur, İsviçre, vereceğin naklini borçlar kanununun 30 mart 1911 tadilinde kabul etmiştir. Ticarethanelerin temliki vereceğin naklini zaruri kılan ihtiyaçlardandır; bir ticarethanenin temliki yalnız eşyanın ve malzemenin temliki değildir; ticarethanenin vereceklerinin, eşyalarının, satın almış olduğu malların (emtiyanın) henüz ödenmemiş semenlerinin, borcunun da naklidir, ödenmemiş senetlerinin ne naklidir. Türkiyemizden Amerikaya kara ve denizden müştereken yapılacak bir nakliye işini tasavvur etmek gönderilecek eşyanın kaç hat-yol-değiştireceğini anlamağa kâfi gelir. Her arabacının (nakliyecinin) değişmesi eski arabacının borcunun yeni arabacıya geçmesini mucip olur.

Alman kanununun yaptığı tanzime göre nakli deyin müteahhidi eski verecekli gibi ve aynı hukukî sebeple müteahhittir. Nakli deyin müteahhidi yeni bir borç yapmış değildir, mevcut bir borç kendisine nakledilmiştir. Binaenaleyh nakli deyin müteahhidi eski verecklinin bütün defî haklarını kullanabilir, halbuki bu defiler nakli deyin müteahhidain iştirak eylememiş olduğu hukukî münasebetlerden doğmuştur (Türk B. K. Mad. 177). Takas şahsî defilerden olduğundan nakli deyin müteahhidi eski alacaklıya karşı haiz olduğu bir alacağı takas edemez (Türk B. K. Mad. 177); Meselâ A (B) nin alacaklısıdır; C nakli deyin müteahhididir. B nakli deyinden evvel (A) nın alacaklısı olmuştur, fakat takası dermeyan etmemiştir. Artık C de borcu, (A) dan alacağı ile takas edemez.

Vereceğin bir zimmetten (şahıstan) diğer zimmete (şahısa) naklinin bütün müteferri hakları devam ettireceği (ipka ettireceği) sanılabilir. Nitekim mutlubun temlikinde müteferri haklar kalmaktadır (Türk B. K. Mad. 168). Fakat Alman kanunu nakli deyinde kefilleri mesuliyetlerinden kurtarır, şahsan mesul olmıyan kimsenin vermiş olduğu rehini sona erdirir (Türk B. K. Mad. 176 son fıkra) bunun sebebi başkasının borcu için malını rehin etmiş veya kefil olmuş kimselerden bu fedakârlıklarını, tanımadıkları yabancı bir borçlu için de devam ettirmelerinin istenemeyeceğidir.

Borçlar hukukumuzda yer almıyan verecklinin değiştirilmesi ile yapılan tecdit ile nakli deyin arasındaki farka gelince:

1, — Tecditte birinci verecekli, ikinci verecekli ve alacaklı arasında

bir anlaşma lâzımdır; nakli deyinde ise işlem alacaklının müdahalesi olmadan yapılabilir.

2. — Tecdit eski borcu oradan kaldırır; deynin nakli ise eski borcu menfaat ve mazarratlarıyla birlikte ipka eyler.

B. — Objektif nazariyenin borcun konusu üzerindeki tesiri:

42 — Almanlar borç münasebetinin objektifleştirilmesi dolayısıyla bu münasebetleri bir hakkın konusu yapabilmişlerdir. Malûmdur ki hakka tâbi kılınmış her şey hakkın konusudur. Bu itibarla şahsa bağlı haklar da; şahıslar da hakkın konusudur, mezvuudur. Fakat zamanımızda insanın hak konusu olabilmesi hürriyetinin tamamen yok edilmemesiyle takyit ve tahdit edilmiştir. Hak konusu olarak bilhassa ayınlar yani mekân da bir yer işgal edebilen müşahhas eşyalar kabul edilmiş olmasına rağmen insanların fikri mahsulleri ve hususiyle alacak hakları da hakkın konusu kılınmıştır. Zamanımızda başkasına ait hak ta hakkın konusu kılınmıştır.

Mal, mecelleye göre insanın tab'ının mütemayil olupta (yani kendisine akıp ve meyledip de) hacet vakti için iddihar olunabilen (biriktirilebilen) şeydir ki menkul ve gayri menkule şâmil olur (Mecelle Mad. 126). Menkul bir yerden diğer yere nakli mümkün olan şeydir ki, altın ve gümüşe (nakit), hayvana, ölçülen ve tartılan şeylerle; uruza şamil olur. Uruz, arzın cemi olup nakitten, hayvan ve tartılan ve ölçülen şeylerden başka olan kumaş gibi şeylerdir (Mecelle Mad. 128, 130, 133, 134). Gayri menkul akar denilen hane ve arazi gibi başka yere nakli mümkün olmayan şeydir (Mecelle Mad. 129).

Terekeye giren mallar, yani mameleke giren mallar para ile ölçülebilen haklardır. Bugün de mameleke iktisadî bir kıymeti olan şeyler - ister ayın, ister menfaat olsun - girer. Yalnız mallar makudünaleyh olabilirler. Makudünaleyh, bir hukukî muamelenin üzerine yapıldığı şeydir: yani muamelenin yapıldığı zamanda tarafların faaliyetinin üzerinde ifa edildiği şeydir ki bu itibarla bu şeye vereceğin edanın mevzuu ve muhtevası dendiği gibi muamelenin yeri de (aktın mahalli de) denir; (mecelle Mad. 150: «Beyin, mahalli mebiden ibarettir»); (Mad. 151: İcap ve kabul hangi ayna taallûk ediyorsa o ayın hakkın konusudur).

43 — Roma hukuku bir küllün (üniversitas, mamelek) iktisabı ile hukukun küllüne, topuna halefiyet arasında bir fark yapardı.

Küllün iktisabı (acquisitio per universitatem) ölüm dolayısıyla vaki olduğu gibi diriler arasında da olabilirdi. Bir aile reisi başka bir aile reisi tarafından evlât edilince (adrogatio) şahsiyetini kaybederdi, çünkü aile

çocuğunun şahsiyeti aile reisinin şahsiyeti içinde erir ve yok olur; bu takdirde evlâtlığın mameleki babalığa geçer, onun tarafından iktisap edilir. Borcu malından fazla olan kimsenin - ki bu kimseye borca batmış veya müflis denir - mameleki toptan, arttırma ile satılırdı. Bu itibarla borç için satılan mamelekin iktisabı da küllün iktisabı idi. Küllün iktisabında yalnız haklar iktisap olunurdu.

Külle halefiyette (successio in universum jus) mamelekin hem hakları ve hem de borçları iktisap edene geçerdi.

Tek bir hukukî muamele ile mameleke giren aktiflerin (hakların) ne kadarının iktisap edilebileceği mamelekin aktif ve pasif vaziyetine bağlıdır.

Bir şahsın mamelekenden ayırt edilmiş ve mamelekin tâbi olduğu hukuktan ayrı bir hukuka tâbi kılınmış hukukî münasebetleri «özel mameleki» teşkil eder; meselâ bir ecnebinin memleket dahilinde bulunan mameleki; kolektif bir şirket ortağının ticarî mameleki; donatanın gemi mameleki gibi özel mamelekte de borçlar (pasif) mamelekin ayrılmaz bir parçasıdır. Özel mamelekin kabul edilmiş olması borç münasebetini mamelekler arasında bir münasebet sayan objektif nazariyenin zafedir. Hak üzerinde hak iktisap edebilmenin neticesi olarak alacak ta muamelenin mahalli olabilir ve ayınlar gibi satılabilirler (Türk B. K. Mad. 184, 169); Alacak icar edilemediği halde (icar bir şeyin kullanılmasını terketmektir Türk B. K. Mad. 248), bir hak hasılat icarının meyzuu olabilir (Türk B. K. Mad. 270).

Hakkın zilyetliği de caizdir. (Türk M. K. Mad. 887). İntifa hakkı haklar üzerine de tesis edilebilir (Türk M. K. Mad. 717). Alacak hakkı üzerinde rehin tesis edilebilir (Türk M. K. Mad. 868).

Bunlardan başka şahsî bir hak üzerinde aynı hak tesis edilebilir.

44 — İngiltere'de borç kavramına gelince, burada ufak bir tarihçe yapmak zarureti hâsıl olur.

Roma hukuku tarihi iki anlayış tarzı ile karşılaşır: 1 — Hukukun Roma'ya ait olan tarihi veya Roma tarihinin bir faslı ki milâttan evvel, rivayetlere göre 754 tarihinde, kazılara göre 654 tarihinde başlar ve Justinianus'un ölümü tarihi olan milâttan sonra 565 tarihinde sona erer. 2 — Roma hukukunun, Roma İmparatorluğunun ve eski âlemin sönmesinden sonraki tarihini de ihtiva eden tarihi ki hukukun Avrupada son zamanlara kadar devam eden tekâmülünün tarihidir (Erich Genzmer; Zeitschrift der Savingy - Stiftung cilt 42 (1932) Sah. 455).

Batıda Roma hukuku İtalya'da eski Lombardiya Kırallığının merkezi olan Pavi şehri ile Bolonya'da tekrar dirildi ve canlandı.

Pavi'de IX uncu asırda, evveleri yalnız Lombard hukuku okutulan meşhur bir üniversite vardı. IX inci asırda Lombard hukukunun yanı başında Roma hukuku da metinlerinden yani asıllarından okutulmağa başlandı. Pavi Üniversitesinde Roma hukuku okutan profesörlerin en meşhuru Lanfranc idi. Lanfranc XI inci asrın ortalarında vatanını terk eyledi ve Fransa'ya gitti. Lanfranc «Avranches» de biraz oturduktan ve okuttuktan sonra Normandiya'da «Bec» Manastırında (Abbaye du Bec) Roma hukukunu okutmağa başladı (1042); ve manastırını, ona yeni Atina adını verdirecek kadar Avrupanın en meşhur bir üniversitesi kıldı. Öğrencileri arasında müstakbel «Canterbury» başpiskoposu vatandaşı yani İtalien «Anselme» ile büyük kilise hukuku bilgini Fransız «Chartres» piskoposu «İves» de vardı.

Normandi Dükü Piç veya fatih diye anılan «Guillaume»'un müşaviri olan Lafranc, İngilterenin 1066 de fethinden sonra oraya gitti ve 1070 de Guillaume tarafından «Canterbury» başpiskoposu tayin edildi. Lafranc, fatih tarafından konan kanunlara, Roma hukukunun kavramlarını sokmak suretiyle yasama faaliyeti üzerinde önemli tesirler yaptı. Lafranc'ın 1089 da vaki olan ölümünden sonra yerine, talebesi «Anselme» Canturbury başpiskoposluğuna getirildi.

(Anselme) e halef olan «Theobald» XII inci yüzyılın ortalarına doğru İtalyalı (Lombardlı) üstad Vacarius'u (Magister Vacarius) İngiltereye davet eyledi. Vacarius Bolonya mektebine mensup idi ve Oxfordda Roma hukukunu okuttu. «İngiltere'de Roma hukukunun ilk kabulü» adı verilen hareket Vacaris'un İngiltere'ye daveti ile başlar. Vacarius 1149 tarihinde «Liber Pauperum» u yazdı; ve bu eser Roma hukuku hakkında kodeks (codex) ve Digesta'dan yapılmış ve şerhedilmiş iktibaslardan bileşik (mürekkep) bir iktifat yani derleme idi (1). «Liber» kitap demektir «pauper» fakir demektir. Esere bu ismin verilmesinin sebebi Justinianus'un vücade getirttiği meşhur mecejleyi (2) satın alamıyacak kadar fakir bulunan öğrenciler için yazılmış olmasındandır. Bu sebepten Oxford talebelerine uzun müddet «Pauperist» dendi.

(1) — Seçme yazıları havi derlemelere ya koparmak, zorla almak manasına gelen iktifat adını verirler; veya atesin korlarını toplamaktan istikak eden ve kendisinde olmayanı başkasından almak manasına gelen iktibas ismini verirler.

(2) — Mecelle «Corpus» kelimesinin bizdeki teknik tercümesi olsa gerekir. Mecellenin istikak ettiği kelime bir meselenin çoğunu ve büyüğünü ifade eden «cül»dür. «Cül» de ve «Kül» de «l» iki defa okunacağından mezkur kelimeler iki (!) ile yazılmıştır. Cül kelimesi adeta «küll» e yaklaşır. «Cüli» Müfredatı Ragıpta «kendisile büyük bir şeyin örtüleceği şeye denir» diye tarif olunur; sahife manasına olan mecelle dahi bundandır (Kamus tercümesi). Sanılır ki cül küll'e eşit manada olduğundan bir ilme ait bütün

Roma hukukunun İngiltere'ye kabul edilmesi hareketi (1250 — 1258) de Bracton'un meşhur olan eserinin yazılmasına vardı: «De Legibus et Consuetudinibus Angliae» (İngiltere'nin kanun ve örfleri).

45 — Avrupa memleketlerinde tutunmuş ve nüfuzunu yapmış olan Roma hukuku Bracton'un eserine rağmen İngiltere'de tutunamadı ve yerini «Common Law» adını taşıyan örf hukukuna terkeyledi. Tamamiyle örf ve âdetten doğan ve sırf İngiliz olan Common Law, bugün de İngiliz hukukunun esaslı temelidir. Bunun sebebine geçince:

Fatih Guillaume fethettiği İngilterede tutunabilmek için kuvvetli ve tepeden turnağa kadar silahlı bir askerî feodalite vücade getirdi. Bu feodalitenin çok kuvvetli bir tarzda teşkilâtlandırılmış olması onun bugüne kadar yaşamasına imkân verdikten başka İngiliz hukuku üzerinde de mühim tesirler yapmıştır. İngilterede bu aristokrasi ile avam denilen halk kiral aleyhine birleşmek suretiyle bütün dünyaya yayılmış olan anayasa hareketini vücade getirmişti. Son cihan harplerine kadar İngiliz cemiyeti Lordlar ve Avam olmak üzere iki parçaya ayrılmış kaldı. Fransa'da aristokrasi iyi teşkilâtlandırılmış olmadığından kiral ve halk feodalite beylerine karşı birleşmişler ve mutlakiyete varan bir hareketi vücade getirmişlerdi. İngiltere'de asalet bir fodalite asaleti idi; avam denilen yani asıl olmıyan sınıf da XVI ıncı asırdan itibaren tüccar sınıfı idi, iş adamlarının teşkil ettikleri sınıftı. Bu sınıf Amerikanın keşfinden sonra vücade gelmişti. XV İnci asra kadar Akdeniz dünyanın yalnız siyasî merkezi değildi, yalnız dünya tarihinin temerküz eylediği nokta değildi; aynı zamanda da dünyanın ticarî merkezi idi ve büyük imparatorluklar (misal Roma ve Osmanlı İmparatorlukları) hep onun kıyılarında kurulurdu. Amerikanın ve doğu Hindistan yollarının keşfi Akdenizi egemenliğinden indirdi ve insanlığa yeni açılmış bulunan büyük dış denizleri ve kıyılarını siyasetin ve tarihin merkezi kıldı. O güne kadar bütün ticarî yollardan uzakta ve kenarda kalmış ve yaşamış olan İngiltere birinci plâna geçti ve önemli iktisadî devrimlere sahne oldu. İngiltere yüz sene harbinin başlarında Ecluse (Sluis) şehri önlerinde vukua gelen deniz savaşı ile kazandığı ve gittikçe ilerletmiş bulunduğu deniz üstün-

bahisleri havi olan kitaba «mecelle» itlak olunmuştur. Mecelleye verilen «Mecelle-i ahkâmı Adliye» adı da bu düşünüşü teyit eder. Manası Adliyyeye veya bugünkü tabirile Adalete ait bütün kanunî hükümler demektir. Mecelle, Codex'in tercümesi olan düstur ile birlikte Osmanlı hukukunun tamamını ifade eder. Justinianus'un yaptırmış olduğu eski Roma hukukunun (jus) ün iktibası olan eserler imparatorların çıkardıkları kanunların (leges) in mecmuası bulunan Codex'in hepsine birden verilen (Corpus juris civilis» tabiri de başka bir manaya gelmez.

lûgü sayesinde koyulduğu deniz ticaretini iyiden iyiye inkişaf ettirmişti. Tudors'lar, Henri VIII, Elisabeth devirlerinde eski asiller cemiyetine gelip eklenmiş yeni bir cemiyet tipi gözükmeye başladı. Bu her iki cemiyetin gözleri mülkiyete dikilmiş olduğundan bu sınıfların nazarında borç Roma'da olduğu gibi bir insan ile diğer insan arasında bir münasebet olarak gözükmeydi. Mülkiyetin bir nevi olarak, menkul mülkiyet olarak gözüktü: Personnal property (şahsî mülkiyet, yani ticarî mülkiyet), Feodalite hukuku ise real property'ye (aynî mülkiyete, yani feodalite mülkiyeti) ne, toprak hukukuna dayanan bir hukuktur; beylerle adamları arasında topraktan fıskıran bir münasebetten başka münasebet bilmiyen bir hukuktur.

XVI inci asırda vücade gelmiş XVII inci asrın zaferleriyle gelişmiş olan, İngiliz müstemlekelerinin büyümesi ve Napoleon harpleriyle kuvvetlenmiş bulunan ticarî sınıf ise borç münasebetini, insanları (sujeleri) nazara almadan elden ele geçen bir münasebet, ticarîleştirilmiş bir münasebet olarak telâkki ediyorlardı. Bu sebepten İngiltere'de mamelekin bir unsuru olan ve tıpkı muşahhas (gözle görünen) mallar gibi bir unsuru olan borç esas itibarıyla mamelekler arasında bir münasebet idi.

Hülâsa Avrupa hukuku ile İngiliz hukuku arasındaki fark bir cemiyet teşekkülü farkıdır (1).

46 — Görülüyor ki İngiliz hukuku, tarihî bir hukuktur, tarihin yarattığı bir hukuktur. İngiltere'de, Fransa'da ve Türkiyemizde olduğu gibi bir eski ve bir yeni hukuk yoktur; yani eski cemiyete ve yeni cemiyete mahsus hukuklar yoktur. Fransa'da 1789 büyük inkılâbiyle çıkmış ve Napoleon'un tedvinlerinde hukukunu bulmuş yeni bir cemiyet vardı. Türkiyemizde tanzimata kadar devam eden devrin: eski cemiyetin eski bir hukuku vardı. Tanzimat hareketiyle doğan yeni cemiyet yeni Fransız

(1) — «Magrep (merakes) ve Endelus çhalisi imam-i Malik'e müracaat ve anın mezhebine taklit ve tabaiyet ettiler. Usûl ve mesleklerini bilmedikleri sair müctehidlere uymadılar. Birde Magrep ve Endulus ahâlisinin mizaçlarında bedeviyet galip olup Irak ehline (halkına) mahsus olan medeniyetle tanışık olmadıklarından bedevilik münasebetiyle Hicaz halkına daha ziyade eğildiler. Bunun için magrebliler ve endelüsîler arasında Maliki mezhebi daima olduğu halde kalup hiç bir vakit usul ve mesleklerini değiştirmediler ve diğer mezheplerde olduğu gibi bir takım medenî tenkihlerde bulunmağa (tenkihat, kemikten ilik çıkarmak ve bir şeyin hakikatına ermek) muvaffak olmadılar ve sulhun temizlemelerini, düzeltmelerini yapamadılar.» (Mecelle profesörü Şeydişehirli Eminoğlu Mahmut Esat; tarih-i, ilm-i hukuk sah. 238).

«Malikilerin çoğu magreb halkı olup onlar ise badiye (cöl) halkı olup yani bedevi olduklarından sanayi işlerini bilmezlerdi» (Emin oğlu Mahmut Esat, Hukuk ilmi tarihi sa. 243).

cemiyetinin kanunlarını Türkiyemize sokuyordu. Atatürk inkılâbı Tanzimat ile başlamış olan hareketi tamamladı ve yeni cemiyete İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu ile yeni kanunlarını verdi. İngiltere ise Normanların istilâlarından daha evvele çıkan; XIII üncü asırlardan daha evvele çıkan hukukunu devam ettirmektedir. Bracton'un eserini yazdığı tarihi (1250 — 1258) hareket noktası olarak alırsak orada borçtan bahsedilmiş olduğu görülür. Lâtince yazılmış olan yani Roma görünüşünü taşıyan eser izahlarını Justinianus'un Instituteslerinden almış olmayıp Gloscuların (1) yazılarından ve hususiyle (Azo'nun Somme) undan almıştı. Bracton İtalya'da (Bolonya'da) okumamıştı; fakat İngiltere'de Roma hukuku okutan hocaların (Azo) (2) nun takrirlerini takibetmiş hoçalar olduğunu; Bractonun da hukuku içlerinde Vacaris'un da talebesi bulunan bu hocalardan öğrenmiş olduğunu ve onların dinlemiş olduğu takrirlerini eserine geçirmiş bulunduğunu Büyük İngiliz Profesörü Maitland iddia ve ispat eylemiştir.

Bracton eserinde borçları tıpkı Roma hukukçuları gibi tarif etmektedir; ve Bracton borçlara kaynak olarak, tıpkı Roma hukukçuları gibi mukaveleyi, ve mukaveleye benzeyen fiilleri, haksız fiili ve haksız fiile benzeyen fiilleri, almaktadır (3).

47 — Demekki İngilterede XIII üncü asırda borç Roma hukukunda olduğu üzere anlatılıyordu. Şimdi bu hareket noktasından kalkmış olan

(1) — (Bolonya mektebine Gloscular, yani şerhçiler adı verilirdi).

(2) — Azo (Porcius) bir İtalyandır ve Bolonya mektebi hocalarındandır. Yazıları çok itibar görür ve mahkemelerde kanun gibi yürür idi. Gloscuların metodları en iyi bir tarzda Azo'nun eserlerinden öğrenilir. Azo'nun, Justinianus'un Codex ve Institutes hakkında yazdığı (Somme) u Roma hukukunun metodlu bir izahıdır ve bir doktrin eseridir. Somme (latincesi Summa) toplam yani cemi, mecmu demektir; bir doktrin bir ilmin bütün kısımlarını kısaca tetkik eden eserlere verilen addır, Azo'nun Summa'sı onun en meşhur eseridir; XIV inci asırda yapılmış bir tercümesinin nushası Vatikan Kütüphanesinde bulunmuştur.

(3) — Mukaveleye benzeyen fiiller meşruiyetleri dolayısıyla mukaveleye benzerler (Quasi ex contractu); tarafların rızasını lüzüm kılmaz ve tazminat ile teyit edilmiş bulundur. Justinianus'un Instituteslerinde mukavele benzeri (Quasi ex contractu) olarak vekâleti olmadan tasarrufu; vilâyeti; müşterek mülkiyet; vasiyeti ve haksız mal iktisabını sayar. Vekâleti olmadan tasarruf ve vilâyet vekâlete benzetiliyor; müşterek mülkiyeti şirkete benzetiliyor, bu sebepten mecelle müşterek mülkiyeti «şirketi mülk» arasına alır (mecelle mad. 1060 ve sonra gelen maddeler). Haksız fiile benzeyen fiillere gelince Justinianus'un instituteslerinde dört tane olmak üzere zikredilmiştir: 1. Yargıcın ihmal veya hile yahut irtikap dolayısıyla fena hüküm vermesi, 2 - Bir evin yıkılmasından hasil olan zarar (mecelle mad. 928). 3 - Gelen ve geçene düşmesiyle zarar verebilecek bir şeyi evinin dışına asmak. 4 - Gemi sahipleri, otelçiler ve ahır sahipleri kullandıkları kimselerin yaptıkları hırsızlıktan mes'uldürler.

İngiliz hukukunun nasıl olupta Avrupada hususiyle Fransada tekâmül etmiş olduğu şekilde tekâmül eylememiş olduğunu anlamak lâzımdır. Bracton zamanında İngiltere ile örf ve âdet memleketi denilen, yani Roma hukukunun tatbik edilmediği ve mahallî âdet ve kanunların tatbik edilemiş olduğu Kuzey Fransa hemen hemen aynı hukukî durumda bulunuyorlardı. İngiliz Kıralları Fransız ırkıdan kırallardı: Plantagenet hanedanının ilk kralı Avrupanın en kuvvetli hanedanı idi, ve Fransanın büyük bir kısmı üzerinde hüküm sürmekte idi. İngiliz sarayında Fransızca konuşulurdu; lâtinçe muhakeme yapılırdı; Fransızca muhakeme yapılmaya başlanacaktı. Bazı meşhur hukukî eserler Fransızca yazılmıştı. Fazla olarak İngiliz kırallarının evlenme yolu ile Avrupa kıtası üzerinde de beylikleri vardı.

Kuzey Fransa hukuku ile İngiliz hukuku arasında o kadar büyük bir benzerlik var idi ki Bracton'un, eserini yazdıktan kırk sene sonra «Coutume du Beauvaisis» adlı eserini yazan meşhur Fransız örf hukuku âlimi «Philippe de Beaumanoir» Picardie hukuku ile Manş denizinin öbür tarafında tatbik edilen hukuk arasında fark bulamamıştı. Philippe de Beaumanoir; Plantagenet hanedanından topraksız Janın vermiş olduğu büyük fermanın halefi Henri III tarafından ilgası teşebbüsünden doğmuş iç harplerde ve inkılâp hareketlerinde büyük rol oynamış bulunan Simon de Monffort'un maiyeti olarak İngilterede bulunmuş ve gençliğini orada geçirmişti; bu itibarla İngiliz hukukunu pek iyi bilirdi.

Fransanın örf kısmı denilen kuzeyinde Bracton'un eseri değerinde bir eser mevcut olmamakla beraber Romanın borçlar hukuku oraya «yazı şeklini almış akıl» sıfatıyla girdiği ve tutunduğu halde Bracton'un eserinin yayılmış ve okunmuş olduğu İngilterede borçlar hukukunun tutunamamış olması sebepleri cidden araştırmaya değer.

Levy — Ullmann araştırmalarından çıkardığı neticeleri şöyle sıralıyor:

1. — Fransada adalet işleri merkezleştirilmemişti. «Parlement» adını taşıyan ve Fransanın kuzeyinde, ortasına ve güneyine dağılmış olan bir kaç adalet divanı eyaletlere yayılmıştı; bu adalet divanlarının arkalarına sığınmış olan Halk, mahallî adetlerin içinde geliyordu.

İngilterede ise adalet işleri Westminster divanında merkezleştirilmişti. XII ve XIII üncü asırdan itibaren kırallık adaleti bütün İngilterede merkezleşmiş bulunuyordu. İngiliz adalet divanları, memleketin örf hukukunu tatbik eden «Common Law» divanları adını taşırlardı.

II. — Fransada adaleti dağıtan yargıçlar Roma hukuku âlimleri arasından seçilirlerdi. Bu sebepten Fransa üniversitelerinde Roma ve kilise

hukukları okutulurdu. Bu itibarla hem ilim ve hem pratik Roma hukukunu yaşatırlardı.

İngilterede ise yargıçların Roma hukuku bilginleri arasından seçilmesini bıraktılar. Bracton'un mensup olduğu nesil Roma hukukunu bilen son nesil idi. Bracton Papas idi. Fakat Bracton'dan sonra örf divanlarına, kiliseye mensup olmayan yargıçlar getirildi, bunlar burada anlatılması uzun sürecek ve bizim için ehemmiyet arzemiyecek sebeplerden ötürü Roma hukukunu sevmezlerdi ve tatbik te etmek istemezlerdi. Binaenaleyh İngilterenin 3 örf divanının tatbik eyledikleri hukuk sırf İngilereye mahsus bir hukuk idi. Bu hukuk davalarla geliyordu; muhakeme usulünün etrafında inkişaf eyleyordu.

İngiliz hukuku mühim ve özel prensiplerini davaların etrafında inkişaf ettiriyordu. İngiliz hukukunun davaların etrafında beliren özel prensipleri kıta hukuk prensiplerinden çok ayrı idi. Bu prensipler zaman gittikçe de Bracton'un ve Avrupadaki Roma hukukçularının koydukları prensiplerden daha fazla ayrılıyordu. İngiltere'de hukuk, ilim halinde tebellür etmeğe başladığı ve eserler yazılmağa başlanıldığı zaman ilim uğraşmalarını mülkiyet hakkının izahına doğru yönetiyor ve unutulmuş olan borçlar hukukundan bahsetmiyordu. Yargıç Littleton'un Fransızca yazmış olduğu eser mülkiyete aîd idi; yargıç «Coke» un yazdığı eser de «Common Law» (örf hukuku) ile «Statute Law» e (yazılı hukuka) aît idi. Coke'un eserinin birinci kısmı Littleton'un eserinin şerhi idi; diğer kısımları da cezaya, muhakeme usulüne; mahkemelerin teşkilâtına aît idi. Eserin içinde borçlara aît bir şey yoktu.

48 — İngilterede hukuk ve ilim bu tarzda XVIII inci asrın ikinci yarısına kadar devam eyledi ve Bracton'un unutulmuş olan eseri ayarında bir eser yazılamadı. 1723 de doğmuş olan avukat Blackstone 1755 de «Common Law» ve İngiliz mahkemeleri içtihatları hakkında Oxford Üniversitesinde serbest dersler verdi. Bu derslerin uyandırdığı alâka ve şöhret dolayısıyla Blackstone 1758 de Oxford Ünivesitesi profesörlüğüne profesörlerin oybirliği ile seçildi ve geçti.

Blackstone dersine giriş teşkil eden tavrinde demiştir ki: «İmparatorların kanunlarının gerçek kıymetlerini küçümsemeden şunu iddia etmeme müsaade edilsin; Roma'nın veya İngilterenin müesseselerinden birini ihmal eylemek zoru karşısında bir İngiliz, tercihan İngiliz müesseselerinin öğrenilmesine bağlı kalmalıdır. İçinde yaşadığımız cemiyetin kanunlarını kâfi derecede bilmek insana, hususiyile iyi doğmuş ve ilim toplamış insana daha uygun düşer; çünkü terbiyeli ve ihtimamlı bir eğitimin çok faydalı hatta çok esaslı bir kısmını teşkil eder. Fakat bu tahsi-

lin yapılması lüzumunun uzun zaman unutulmuş olması iddiam hakkında, çok bedihi olmasına rağmen şüpheler uyandıracak mahiyet arzeder. Binaenaleyh, bu başlangıçta memleketimizin kendi kanunlarını, hayatın en önemli vaziyetlerindeki tatbikleriyle bilmekteki faideyi göstermek ve ispat etmek yerinde olur». Blackstone ileri sürdüğü faideyi gösterdikten ve ispat eyledikten sonra metodunun izahına geçmiştir. Blackstone bu izahlarında hukukun, müesseselerin tarihiyle ve felsefe ile aydınlatılması prensibini koyduktan ve profesörün teferruat üzerinde durmasının hata olacağını ve bir profesör için mütemadiyen prensiplerini çıkartmak lâzım geldiğini belirttikten sonra bu ilk dersine şöyle devam etmiştir: «Profesör dersine kanunun, memleketin dış şeklini, civar yerlerini; sınırlarını; taksimatını ve başlıca şehirlerini gösteren genel bir haritası gibi bakmalıdır. Profesör az önemli olan sınırları inceden inceye tasvir etmemelidir ve her köyün boylam ve enlemlerini (arz ve tül dairelerini) tesbit eylemeğe uğraşmamalıdır. Profesörün dikkati ilk kanunları bulup çıkartmaktır; yani kanunun unsurlarını bilmaktır. Justinianus'un müşahede eylemiş olduğu üzere öğrencinin henüz zayıf olan zekâsına bir çok çeşitli maddeler yükletilirse öğrenci ya tahsili bırakır veya tahsiline zahmetle, ağırlıkla ve bitkinlikle ve pek çok gayretler sarfederek devam eyler. Bu ilk kanunlar için zaman mesafesinin verdiği imkân dairesinde kaynaklarına kadar çıkmak Cesar ve Tacite'in anlattıklarından Bretonyalıların ve Germenlerin âdetlerine kıtanın kuzeyindeki milletlerin hususiyle bizim Sakson prenslerimizin kanunlarına, Roma hukukunun memleketimizde Papinianus devrinde bırakılmış veya Vacarius ve halefleri tarafından getirilmiş kaidelerine çıkmak lâzımdır;; ve bunlardan ziyade kanun hususunda bilgilerin ve eksikliklerin tükenmez ambarı olan feodalite kanuna çıkmak lâzımdır. Feodalite kanunu Spelman'ın dediği gibi batımız da milletlerin kanunudur. Bu ilk kaideler, bu ana prensipler tartılmalı ve tabii hukukun kaideleri ile ve diğer milletlerin istimalleriyle (yaptıklarıyla, pratikleriyle) karşılaştırılmalıdır. Bu ilk kaidelerin sebeplerini (gerekçelerini) yaymalı, misallerle aydınlatmalı ve yetkileri münakaşa edilmeyen otoritelerle teyid edilmelidir. Bu ilk kaidelerin tarihi çizilmeli ve onların devletin sivil muameleleri ile (Ticaret ile) irtibatı yahut bu muamelelerin onları ne derece değiştirmiş olduğu gösterilmelidir.» (Glasson; Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre).

Blackstone hocalıktan ayrılıp adalet hizmetine en büyük yargıç olarak geçtikten sonra meşhur olan eserini yazmıştır. Bir işçi evladı olan Blackstone biraz varlıklı bir hısmı tarafından Oxford'da yetiştirilmiş-

ti. Gençliğindeki ciddi ve mükemmel tahsiliyle, Oxford'daki tedrisatiyle ve avukatlık ve yargıçlığı ile iktisap eylediği malûmatlar onu eserini yazmağa hazırlamıştı. Blackstone İngilterede İngiliz kanunlarının şerhini yazarken Fransa'da da meşhur Pothier Fransız medenî kanununa kaynak olacak olan meşhur eserini yazıyordu. Bu iki eser borçların kıtada ve adadaki mukadderatını tayin eyliyordu.

Blackstone'un eseri çok mühim bir eserdir. Levy Ullmann bu eserin, diğer memleketlerde bir eşi bulunmadığını söyler ve iddiasına delil olarak da eserin dört cilt içinde İngiliz hukukunun tamamını ihtiva eylemekte bulunduğunu gösterir. Eser hiç de önemli olmayan ufak tefek eksikliklerinden sarfınazar edilince İngilterenin bütün hukukî mevzuatını ihtiva eden üstadane ve şahane bir sentezdir. Bu sentezin içinde borçlara ait bir bahise rastlanılmaz ve borç sözü (obligatio) koca kitabın içinde ancak tek bir defa ağıza alınmış bulunur. Eserde bir defalık zikredilmiş olan obligatio kelimesi de «mühürlü olan resmî bir hüccette (senede) şartsız olarak geçirilmiş yazılı void» mânasına olarak zikredilmiştir. (1)

(1) — Blackstone'un eseri hakkındaki kanaatlar tarihi veya felsefî ve içtimai yahut hukukî noktai nazara göre değişir. Blackstone eserinin tarihi kısmını yazarken kaynaklara kadar çıkmamıştır; ekseriya İngiliz teşkilâtı ve hukuku hakkında zamanının tarihçileri ve siyasî muharrirlerinin yazmış olduklarını tekrarlamakla ve bir az da hiffetle tekrarlamakla kanmıştır. Bu sebepten İngiliz müesseseleri tarihçisi bu eseri ihtiyatla tetkik eylemelidir. Blackstone'nun eseri tarihi noktai nazardan zamanının müesseselerini bildirmesi itibarile önemlidir. Blackstone tarihçi olmadığı gibi siyasî bir muharrir de değildir. İçtimai meselelerin tetkikinde originalitesi (aslılığı) yoktur ve zamanında geçen doktrinleri tekrarlamaktan başka bir şey yapmaz. Montesquieu'nun, Rousseau'nun Beccaria'nın, Mathieu Halle'in Blackstone'un üzerinde mühim tesirleri olmuştur. Blackstone ekseriya bunların nazariyelerini, bu nazariyelerin kendisini izahlarında tezada düşürüp düşürmediğini bile araştırmaksızın hülâsa etmiştir. Böylece bir taraftan Grotius'un tabii hukuk hakkındaki izahlarını kabul eder diğer taraftan İngilizlere mahsus olan söguk ve positif (müsbet) mizacı dolayısıyla her zaman faydaya dayanan doktrine taraftar olur. Blackstone'nun eserinin bir çok kısmı bugünkü sosyalistlerin tasvibine mazhar olur söyleki: Topraklar da tahtlar gibi tabii bir surette irsî değildir (yani tabii hukuk toprakların miras ile geçmesini tahtların miras ile geçmesinden daha fazla kabul etmez). Fakat kanun kamu menfaati ve emniyeti için topraklar ve tahtlar hakkında mirası kabul eylemeği daha münasip buldu. Blackstone eserinin her sairinde içtimai mukavele nazariyesini kabul eder. Blackstone için bir cani bu sözleşmeyi bozmuş bir adamdır. Mülkiyeti, malların iştirakini ilân eden tabii hukuka muhalif olarak yaratan ve kabul ettiren mukaveledir. Bu cihetle müsadere tamamile meşrudur çünkü bu hallerde Devlet vermiş olduğunu geri almaktan başka bir şey yapmıyor. Misaller daha çoğaltılabilir; fakat yanyana getirilmiş olan bu kazivelerin sağlam bir doktrin neticesi olarak kabul edilemeyeceklerini göstermeğe kâfi gelecek kadarını da zikreylemiş bulunuyoruz. Hakikat budur ki Blackstone ne bir tarihçi ne de bir siyasî muharrirdir. Blackstone hukuku halka yayıcı bir hukukçudur,

Blackstone borçları ve borçlara giren bahisleri bilmiyor değildi; fakat neden bahsetmedi, bunu anlamak lâzımdır. Blackstone'nun eseri de Coke'un institutes'leri gibi dört kısma, dört kitaba ayrılmıştı; fakat aynı tarzda ayrılmamıştı.

Blackstone, eserinin başında bildirdiği bir ana fikirden, bir müdür fikirden hareket eylemektedir, şöyle ki: Hukukta daima haklı olan ile haksız olanı karşılaştırmalıdır; haklı olan ile zulüm olan (hakka teaddi teşkil eden) birbirine zıttır. İzin verilmiş müsaade edilmiş olanla yasak edilmiş olan (1) birbirine zıttır, Blackstone'nun eserinin ilk iki cildi marufa yani yapılmasına izin verilmiş olan şeye: hakka (jus) tahsis edilmiştir; diğer iki cildi hakkın inkâr eylediğine: ferdlere yapılan zararlarla ve ceza kanununa giren suçlara tahsis olunmuştur.

Blackstone İngiliz hukukunu böylece haklı ve haksız olan şeylerin kadrosu içinde yani çerçevesi içinde vermekte ve İngiliz hukukunu tetkik edenler de borçları bu çerçevenin içinde netice vermeyen bir gayretle araştırmaktadır. İngiliz hukukunun esaslı taksiminin cemiyyetinin esaslı taksimine tekabül eylediğini yukarıda söylemiştim: aynı mülkiyet yani feodalite hukukuna giren mülkiyet (real property) ve şahsî mülkiyet yani ticarî mülkiyet (personnal property). Kıta hukukcuları bu taksimi anlamazlar. İngilterede bu taksimi anlatmağa kalkmış olanların bir kısmı bu işi kolaylıkla yapabilmiş, bir kısmı da becerememiştir. İki nevi mülkiyet arasındaki fark orta çağda doğmuş ve davalarla miras ile gelişmiştir.

Tabiidir ki borçlar feodalite mülkiyetini, toprak mülkiyetini ifade

İngiliz hukukunun esaslı prensiplerini büyük bir açıklıkla gösteren bir hukukçudur. Prensipleri verdikleri sonuca kadar takipeder ve hale göre tasvip veya tenkit eyler. Memleketinin hukukunu eski veya yeni ecnebi hukukî ile mukayese eylemeği de aslâ ihmal etmez. Blackstone İngiltere'de hukukun kurucusudur. Blackstondan evvel kanunlar, Kral emirnameleri, örf ve adet içinden çıkılamıyacak büyük bir kahos (karışıklık) arz ediyordu. Blackstone hukuku bu karışık yığın içinden çıkartmağa muvaffak olmuş ilk hukukçudur; ve İngiliz mahkeme içtihatları Blackstone sayesinde Glanville'ler, Bracton'lar ve Brittonlar devrinden beri görmemiş olduğu bir parlaklıkla parladı. (Glasson)

(1) — İzin verilmiş olana maruf (jus) denir; örf ile aynı kelimedir; yasak edilmiş olana «inkâr» edilmiş denir. Yargı «hakkı beyan» dan, hakkı bildirmekten ibarettir. Hakkı bildirmek tabiri latince «juris dictio» nun tercümesidir. Fransız mahkemelerine verilen dava arzuhallerinde netice olarak mahkemeden «hakkı beyan» etmesi istenir. Alman mahkemeleri verdikleri ilâmların hükmü ihtiya eden fıkrasına «mahkeme (aşağıdaki hususatı) hak olarak kabul etmiştir, cümiesile başlarlar. Fikihta hakkın beyanı yani yargının ödevi maruf ile emir etmek inkâr edilmiş yasak etmek mânasına olan «emrbilmaruf ve nehi anil münker» sözile ifade edilmiştir.

eden real property kısmında aranmaz; onu esas itibariyle ticarî mülkiyeti ifade eden personal property kısmında aramak lâzım gelir.

49 — Fakat bu araştırmayı yapmadan evvel fiil halinde hareket halinde (dava halinde) bulunan şeyleri anlatmak lazım geliyor; çünkü «action» (1) halinde bulunan şey mameleke giret bir şeydir, mülkiyet hakkının mühim bir taksimine giren bir şeydir. Action halinde (dava halinde) bulunan şey, zilyetlik halinde bulunan şeyin yani insanın maddi surette zilyed bulunduğu ayınların: muşahhas şeylerin zıttıdır. Bu itibarla asaletin temeli olan mülkiyetin zıttıdır; ticarî mülkiyettir. Jenks «action» halinde bulunan şeyi şöyle tarif ediyor: «action halinde şey, bir şahsın veya belirli şahısların başka bir şahıstan kanunî bir muhakeme usulü ile para veya para kıymetinde bir şey yahut mülkiyetin mahiyetini taşıyan bir hak elde edebilmek için haiz buldukları hakkı ifade eder. «Görülüyorki bu tarif borçun tarifine yaklaşmakta ve hatta benzemektedir. Hatta kıt'a hukukunu pek iyi bilen İngiliz hukukçusu John Salmond acion halinde şeyi borçların teknik müteratifi olduğunu yani action halinde bulunan şey ile borçların teknik bakımından aynı manaya geldiklerini söyleyor. Yalnız Levy-Ullmann'ın bildirdiği üzere dava halinde bulunan şey ile borçlar arasında bir çakışma (intibak) yoktur. Dava halinde bulunan şey borçlardan bazen daha geniştir, bazen de daha dardır. İhtira beratleri, ticarî marka ve alametler (alameti farika); ticaret ünvanı ve ticarethane müşterilerinin action halinde bulunan şeye girdiklerini Jenks eserinde bildirir. Halbuki kıt'a hukuku fikrî haklar altında zikrelediği ve ticaret kanunlarının muhteviyatı içine soktuğu bu şeyleri gerçe sonunda borç kavramı içinde kaynatırsa da borcu zikreder-

(1) -- Bizde dava mahiyeti ile ifade edilir ve ona «husumet» (düşmanlık, gavgı) adı verilir. Dava üç kişi arasında: Davacı, dava edilen, yargıç arasında geçen korkunc bir konuşmadır. Konusu can, hürriyet, irz, haysiyet ve mal olan bir konuşmadır. Dava, herkesin bizzat ihkakı hak eylediği devirlerde fiilen gavgı idi. Bu gavgayı devlet tarafların arasında girerek durdurdu ve uyusmazlığın hallini kendi eline aldı.

Avrupa'da dava şekliyle ifade edilir ve ona «hakaret» adı verilir (actio, agere). Haklar mücerret şeylerdir; zihnin tasavvur eylemiş ve içtimâî hayatın yaratmış olduğu, kendiliklerinden canı olmayan hareketi olmayan, tesiri olmayan mücerretaddır. O haklara hayat ve hareket verecek bir usul (muhakeme usulü) ve bir kudret (yargı erki) lâzımdır. Hak, hukukî bir yetki, kukukî bir erkittir ki usul ve yarki erki ile kuvveden fiile çıkar; hareket eylet. Kanunları okumak insana hayattan mücerret bir halde bulunan hukuku öğretir. Fakat usul ile yargı erki (mohkemeier) hukuku hayat ile birleştirir ve gözlerin önünde kımıldanan, konuşan, hareket eden bir halkı teecessüm ettirir. Hukuk dava ile kımıldanır, söyler ve hareket eder, onun içindir ki davayı şekliyle ifade edenler ona «Hakaret» demişlerdir. Dava, hukukun canlı ve binaenaleyh gerçeklik halidir.

ken dahil etmez ve bu fikrî ve ticarî hakları başka bir açıtan: zaviyeden tetkik eder.

Jenks, haksız fiillerin action halindeki şeyler arasında bulunmadığının muhtemel olduğunu söylemekle action halindeki şeylerin borçlardan daha dar olduğunu öğretiyor.

«In action» şeyler arasında «vermek» borçu da gözükmüyor. Gaius «bize ait olan bir mali vermek vermek değildir; vermek mülkiyeti nakletmektir» demişti. Mülkiyeti nakil borçu mülkiyeti nakil usulünden ayrıdır. Vermesi borçlanılan şey, hususile toprak mülkiyeti olunca asla borcun mevzuu olamaz. Çünkü in action şeyler ticarî mülkiyete giren şeylerdir. Bir gayri menkulu vermek borcu feodalite mülkiyetine girer.

Levy-Ullmann «in action» şeylerin Fransız hukukunda karşılığının gözle görülmeyen (muşahhas olmayan) menkuller olabileceğini söyler ve Fransızların müşahhas kendisinin olmayan menkulleri bir hukukî müessese olarak görememiş olmalarından ötürü birbirine eşit tuttuğu in action şeylerden farklı olarak göstermiş olduğunu bildirir. (Obligation et contrat sah. 69). Levy - Ullmann devamla derki: borç bir hukukî müessesedir, çünkü duyduğumuz fiili bir vaziyete tekabül eylemler (mukabil düşer, karşılaşır) ve borçun etrafına ananeye (geleneğe) uyararak hukukî kaideler sıralarız; İngilizler Fransızların aksine olarak «borç» u görmediler fakat «in action» şeyleri gördüler; çünkü in action şeyler maddidir, göze çarpar, hayal ve hisse de çarpar, dokunur. In action şeyler avuçun içinde olan şeylerdir: insan bir iradın, bir taksidin sahibidir, bir ihtira beratının, bir alameti farıkanın, bir şirket aksiyonunun malikidir. Göz bunları görür ve fark eder. İngilizler bütün bu saydıklarımız şeyleri ve verecekleri (in action) eşya nevi ve cinsi arasına karma karışık bir tarzda koyarlar ve yerleştirirler. Bütün bunlar mülkiyet mevzuudur. Bu hal bir görüş neticesidir. İngilizler borçları göremiyorlar, fakat (in action) şeyleri görebiliyorlar.

Daima Levy-Ullmann'ın izahlarına göre (L'obligation et le contrat p. 69) İngilizler «in action» şeyler hakkında, en meşhur hukukçuları arasında ilmi bir anket açmışlar, bu anketin cevapları «Law Quarterly Review» (İngiliz hukukunun üç ayda bir çıkan risalesi) (cild IX - XI sene 1894 - 1896) da çıkmıştır. İngiliz hukukçuları «in action» şeyleri, ona giren ve girmeyen şeyleri saymak suretile belirtmeğe uğraşmışlardır.

«In action» şeylere girmeyen hakları «Jenks» eserinde aşağıda yazılı olduğu şekilde sayar:

«In action şeyler aşağıdaki yazılı olanlardan başka bütün hakları ihtiva eder: toprağa ait haklar; henüz bir rakkama bağlanmamış bir za-

rar ve ziyan hakkı; trusts ve trustees münasebetinden doğan haklar (1) bir miras hissesine aid hak ve ticarî senedler (2)

Esas itibarile mülkiyet mevzuu olan «in action» şeyler arasında bulunan şeylerin ne olduğuna gelince bunlar: iratlar; hamile muharrer olanlar müstesna olmak üzere bütün menkul kıymetler ve esham; fikri haklar, ihtira berati; ticaret unvanı; alameti farika ve saire ile «in action» şeylerin en önemlisi ve inmuzeci yani örneki timsali bulunan «debet» dir. Debet, bizi alacaklı ile verecekliye rastgetirecek olan «verecek» tir. İngiliz hukukunda vereceğin, gerek tarihte ve gerek hali hazırda mahiyetini bize «debet» gösterebilir: «debet» (verecek) bir şahıs tarafından (alacaklı), diğer bir şahıstan (verecekli) Common Law'e ait dava vasıtalarile istifa edilebilen muayyen bir paradır». Demek ki verecek evvelâ bir paradır, verecekli o parayı tedarik etmeğe mecbur olan kimse- dir; alacaklı bu parayı verecekli- den talep etmeğe hakkı olan kimsedir. Verecek her şeyden evvel nakiddir. Mülkiyetin konusu paradır, yoksa istihdaf edilen borç değildir. Alacaklı ile verecekli arasındaki münasebet sadece para minasebetidir, paradır; paradan ibarettir.

Vereceğin İngiliz tarihindeki önemi bilinmedikçe tarife «Common Law» ın ne için karıştırılmış olduğu bilinemez. İngiltere de XII inci ve XIII inci asırlarda adalet sarayına ancak kiralın iznile girilebilirdi. Dava ancak kralın iznile açılabilirdi. Binaenaleyh «debet» kırıaldan ancak bir

(1) — Trust, bir kimsenin bir hal ve vaziyeti, başkasının lehine olarak ihtiyarile ve ivazsız kabul eylesesidir. «Trust» ten doğan hal ve vaziyete «trustee» hal ve vaziyeti adı verilir. Trustee, kanun ve adetin tayin ve tarif eylediği hal ve vaziyete girmeyi ivazsız kabul den kimsedir.

Jenks trust'u şöyle tarif eder; «trust bir mülkü, bir mülkiyet mevzuunu emaneten elinde tutmak ve idare eylemek (borç) u dur. Bundan başka malı, bir veya bir kaç kişinin menfaati için ihtimamla (yani hiyanet ve tecavüz etmeyerek) idare eylemek borcudur. Tarifteki ihtimam kelimesi «trust» müessesesinin bir nasıfet müessesesi olduğunu bildirir. «Trust» müessesesi İngiltere'de «Chancelier» nin divanı içtihatlarile yaratılmış müesseselerin en büyüğü ve en esaslısıdır. Trust müessesesi İngiltere'de XVI inci asırda meydana geldi. Emniyete (fiducia, emanete, vefa,) ya istinat eder.

Burada bir hal ve vaziyet (status) vardır. Çünkü insan bir başkasının malını idare etmek gibi pek nazik bir hal ve vaziyeti kabul edip etmemekte muhtardır; Yani (trustee) olup olmamağı kabulde muhtardır. Fakat insan bir kerre (trustee) olmağı kabul edince bir müddet için borçlanmış oluyor; vicdanın bağladığı bir vaziyete girmiş oluyor ve nasıfet vargıçları önünde sorumluluğa düşüyor; Emanet akdi vücuda geliyor.

(2) — Ticaret senetlerinin «in action» şeyler arasında yer almamalarının sebebine gelince bunların tıpkı para gibi olmaları ve mamelekin üstünde bulunmalarındır. Nasıl ki madenî paranın yalnız maddiyeti, müşahhas (gözle görünür) olmas, nazara alınır ve onlar «in possession» (ayne zilyedlik) şeyler arasına katılırsa ticarî senetler ve kıymetli evrak da menkul ayınlar arasına katılır.

«verecek özeti» (bref of debet) talep edilerek açılabilir davanın mevzuudur (1). Kral, bref (özet) ile vereceğinin mahkemede hazır olmasını emrederdi.

1833 senesine kadar (breflerin veya Writlerin) her biri Romadaki formüller gibi birer özel ad taşırlardı. 1833 senesinden sonra eski ihtisaslandırılmış davaların yerine tek bir writ konmuştur; Writ of summons. Writ of summons bizim bugün dava arzuhali adını verdiğimiz tebliğdir. Writin arkasına alacaklının davasının müstenedatı (dayandığı sebepler) yazılır. XII inci asrın sonundan 1833 e kadar bir para iddia edildiği zaman «writ of debet» (deyin davası) kullanılırdı. XII inci asırda yazılmış bir eserde deyin davası mameleke ait bir karakter taşıyan dava olarak gösterilmiştir. Jenks bugün bile deyin davasının «şibih mülk davası» (mülk davası gibi, mülk davasına benzeyen) bir dava olarak tavsif etmektedir. Dava edilen şey, iddia edilen nesne nakiddir. Para talep edildiği zaman da bir haksız fiil ileri sürülüyordu yani dermeyan ediliyordu. Çünkü insanın vereceği olduğu nakdi vermemesi, ödememesi veya tedarik eylememesi suçtur, haksız fiildir. Binaenaleyh alacaklı ile vereceği arasındaki münasebet bir «borç» münasebeti değildir; bir mesuliyet bir sorumluluk münasebetidir. Vereceği, vereceği olduğu parayı vermemekle bir hırsızın vaziyetine girmiş ve düşmüş oluyordu (2).

Alacak davası 1833 tarihine kadar, hem mameleke ait bir dava olmak hem de bir haksız fiil (suç) davası bulunmak mahiyetlerini muhafaza eyledi. Hatta alacak davası 1830 tarihine kadar ortaçağ muhakeme usulüne tabi olmakta devam eyledi. Ortaçağda dava edilen, davanın hallini alahın hükmüne bırakmak için hasmını duelloya çağırırdı. Çünkü delil ola-

(1) — Bref çok kısa söz demektir çok az, fakat pek özlü bir söz.

(2) — «XIII inci asırdan beri Avrupada şahısların eşya gibi rehin olarak verilip verilmemesi meselesi bahis mevzuu olmağa başladı. Bunun için birçok fikirler ortaya atıldı. Vereceğinden dolayı hapsi kaldırmak ve borçluyu vücudu üzerinde konacak bir ipotekten kurtarmak isteniyor. Bir cemiyet ki ölüm cezasını müdafaa ediyor; bir cemiyet ki bir baş soğan için şahısları hapse koyuyor neden mülkiyeti ve krediyi müdafaa için borçluyu hapse koymuyor?.. Benim gibi vereceğinden dolayı hapsin aleyhtarı olanlar bile bu sorulara çok güç cevap veriyor. Çalmakla borcunu vermemek arasında ne fark bulabilirsiniz? Dolandırıcılıkla borcunu vermemek arasında ne fark vardır? Geniş sahalar üzerinde birbirile karşı karşıya gelemeyen ve muamelelerini ticaretin icap ettirdiği sür'at ve besatetle yapmak zorunda kalan adamların sermayeleri niçin himayeye lâyık olmasın? Binaenaleyh dediğim gibi hapsi kaldırmak bu mesele hakkındaki savaflara son vermiş olmak değildir.» (İcra ve iflas kanununun B. M. M. Müzakereleri zaptı: Vasfi Raşidin beyanatından. Adalet Bakanlığı tarafından K. nun 1932 de yapılan basımın, sarı kısım S. 10)

rak taraflar Allahın hükmüne ve takdirine bıraktıkları vücudlarını ortaya atarlardı. Allahın hükmü karşılıklı edilen yeminlerle tahrik edilirdi ve Allah galebeyi haklıya sağlardı. haklı olan yener sanılandı.

1830 de duello kaldırıldı, fakat yine ortaçağ muhakeme usullerinden biri olan yemin etmek ve dostlarına kendisile birlikte yemin ettirmek usulü kalmıştı. 1832 de bir deyin davasında davacı davasını yemin ile gördüreceğini söyledi ve gelen dostları yemin ettiler; davacı da davasını kazandı. 1832 de çıkartılan bir kanun bu yemin ile davanın halli usulünü de kaldırdı.

Vereceğin mameleke ait mahiyeti buradan çıktı. Verecek bir mamelek mevzuudur. Alacak ta talep edilen muayyen bir nakiddir. Alacaklı bir nakdin, yani mameleke giren bir unsurun alacaklısıdır. Bir insan herhangi bir sebepten, diler hüküm kıymış olmasından diler kanundan ötürü olsun hülasa herhangi bir hukukî illetten dolayı olursa olsun diğerine bir nakid verecekli olursa «verecek» (deyin) mevcuttur; senedin mameleke ait mahiyetinin doğrudan doğruya verdiği sonuç bir şahıstan diğer şahısa devir ve temlik edilebilmesidir. İngilterede yapılacak davası, Romanın «Condictio Certae pecuniae» sına (belirli bir meblâğ davası) çok benzer ve bir şahıs tarafından diğer şahısa bir meblâğ vereceğine dair taklakkisine tekabül eder (1).

(1) — Condictio'nun lügat mağnası ihtar demektir. Bugün mülk davalarının zittı olan alacak davalarını ifadeye tahsis edilmiş bir istilaktır. Condictio Romada formüllü muhakeme usulünde, medenî hukuka dayanan şahsi dava idi, yani bir şahısa çevrilmiş ve formülde dava edilenin ismi yazılı bir dava idi (mülk davasında davalının ismi yazılmaz idi). Aynı hak ve şahsi hak davaları arasındaki fark buradan çıkmıştı. Ayın yani mülk davasında davacı «şu eşya benimdir» diyor; kimin elinde bulunursa bulunsun benimdir diyor. Binaenaleyh, iddia da, (intentio) da davalının ismini zikretmeğe lüzum yoktu; sadece mülk onun mu değil mi? bu cihetin tetkikinin hakemden istenmesi kâfidir. Halbuki deyin davasında belirli bir kişinin davacıya «vermek ödevi» vardır. Herkes davacıya bir şey vermek ödevinde değildir. Yalnız belirli bir verecekli vermek ödevindedir; bu itibarla iddiaya, (intentio) ya dava edilenin ismi yazılmalıdır, çünkü tetkik edilecek mesele dâva edilenin dâva edene bir şey vermek ödevi bulunup bulunmadığıdır.

Romada condictio dâvası dar hukuka ait bir dâva idi, yani nasafetin yapılmasını icabettirdiği şeyler aranmazdı; Kanunun lâfzına bağlanılırdı. Bu sebepten forfülde deyin sebep ve cihetini gösteren kısım (demonstratio) yazılmazdı. İslâm hukukunda ayın dâvalarının mücerret olabileceği ihtilâfsızdır; mücerret yani iktisap sebebinden mücerret ayın dâvalarına «mülkü mutlâk» dâvası denirdi. Deyin dâvalarında ise sebep ve cihetin gösterilip gösterilmiyeceğinde fukuha ihtilaf etmişlerdir; mecelle mücerret deyin dâvasını kabul etmez.

Romada condictio, mevzuu miktarı belirtilmiş para (nakid) olan ve medenî kanundan doğmuş bulunan ve fakat herhangi bir sebep ve illetten: ister ödünç almadan,

«In action» şeylerin, mameleke ait şeyler olması neticesi hasıl oldu mamelekin bir unsuru bulunmaları, in action şeylerin müşahhas bir menkul mal olarak telakki edilmeleri neticesini doğurdu. Mamelekin bütün müşahhas eşyalarına tatbik edilen kaideler (in action) eşyaya da tatbik edilir oldu. Jenks diyor ki «umumiyetle müşahhası menkullerin mülkiyetine tatbik edilen bütün kaideler «in action» eşyalara da tatbik olunur».

Binaenaleyh gayri menkul haklarla (zilyedliğe giren tasarruf altında bulunan mülkiyetle) «in action» şeyler (menkul mülkiyete giren şeyler) aynı iktisap, ehliyet ve zilyedlik ve tasarruf kaidelerine tabidir (1).

In action şeylerin mameleke ait bulunması müşahhas menkul mülkiyeti gibi mameleke girmesindedir. Şimdi in action şey tabirinin ifade eylediği manayı araştıralım. Jenks In action şeyleri «bir şahıstan yargı yolu ile nakid veya nakid ile takdiri mümkün bir şey almak hakkıdır» diye tarif eder. Bir şeyi yargı yolu ile elde etmek demek davaya «actio» ya varmak demektir; işte «in actio» şey tabiri buradan gelmektedir. Şimdi davanın mahiyetini, farikasını tebarüz ettirmek lâzımdır. Bunun için de evvelâ alacaklıya ve onun haklarına nazaran tebarüz ettirmeğe başlayalım: In action şeylerdeki hak «borç» tan çıkan ilk hak değildir. «Verecek» değildir; teyid eden müeyyedelik eden bir haktır. Mamelekte müşahhas bir eşya gibi duran «in action şeye» dokunan herhangi bir kimse tenkil edilmesi, çarpılması lazım bir suç işlemiş olur ve binaenaleyh tazmine yol açar. In action şeyin malikinin verilecek olan para üzerindeki mesru haklarına el uzatacak her hangi bir kimsenin başında bu parayı ödemiyen gelir. Haksızlık ve zulüm (injuria) buradan doğar.

İngilizler mukaveleden doğan mes'uliyeti daha pek yeni olarak haksız fiilden doğan mes'uliyetten ayırabildiler. Onlarca vereceğini ödemeyen verecekli alacaklısının mülküne tecavüz eyler, ona mülkünde zarar yapar. Binaenaleyh in action şeydeki actio (dava) bir tazminat davasıdır; alacaklıya ademi ifa ile verilen zararın tazmini davasıdır; haklarına vaki teaddinin (yapılan el uzatmanın) sebep olduğu zararın tazmini davasıdır. Binaenaleyh in actio şeyler, hakkın ahibine mes'uliyet davasını yargı yolu ile harekete getirebildiren şeydir.

ister mukaveleden, ister haksız mal iktisabından doğmuş bulunan bütün alacak haklarını teyit ederdi.

Justinianus zamanında ise alacağını para ile ölçmüş ve tesbit etmiş ve binaenaleyh adalatten belirli bir meblağ isteyen bütün alacaklılar tarafından kullanılabilen bir dava idi.

(1) — Lewy-Ullmann İngilizlerin menkul mülkiyet hakkındaki nazariyelerinin fevkalâde olduğunu iddia eder (l'obligation et le contrat p. 73)

Alacaklının haklarının verecekli noktasından, mahiyetine gelince burada da Roma ve German hukuklarında olduğu gibi (borç) un verecek ile mutalebeye ayrılmış olduğuna rastlanır.

Verecklinin üzerinde bir nakid vermek yükü vardır; ifa etmek ödevini (duty) yerine getirmek yükü vardır. Bu ödev Alman hukukunun ödevi (sollen) gibidir; vereckliye ahlak ve hukuk tarafından yükletilmiş bir ödevdir. Fakat vereckli vereceğini ifa etmediği zaman aleyhine bu hukukî ve ahlakî ödev harekete getirilemez. Mukavelelerde vereckli vereceğini ifa etmezse aleyhine mes'uliyet (sorumluluk, diability) harekete getirilir. Sorumluluk mukavelenin bozulmuş olmasından doğar. Mukavele ifa edilmeyince ortadan kalkar yerine mes'uliyet geçer (kaim olur). Mes'uliyet mukaveleden çok ayrı ve başka bir haktır. Binaenaleyh böylece ödev ile cebir arasındaki farka varmış oluyoruz.

İngilterede de Almanyada da ödev ilk hamlede tükenir: ödenmekle de tükenmiş olur, ödenmemekle de tükenmiş olur. Ödendiği takdirde mesele yoktur; ödenmediği halde mes'uliyet:: dava hakkı doğar. Dava hakkı ilk hakkın yerine geçiyor, ve teyid edici bir hak olarak geçiyor.

Verecek ile sorumluluk arasında ortalama bir vaziyet daha vardır; verecek ile sorumluluğu birbirine bağlayan vaziyet vardır. Bu vaziyete «Claim» adı verilir. Claim, eski ceza muhakemeleri usulümüzde velvele-i nas (halkın bağışması) diye adlandırılmış bulunan ve kırala müracaat olan şeyin aynıdır. (Vasfi Raşid Sevig - ceza mahkemeleri usulü K. sah. IVX). Claim, verecek ödenmediği zaman hasıl olan «Anspruch» tur ki mes'uliyetin bahis mevzuu kılınmak istediğini ifade eder. Claim, aklın, davayı harekete getirmekle beliren hal ve zamanının ifadesidir. Hakkın icrasının istendiği zamandır. Verecek ile mes'uliyeti birbirine bağlayan bağıdır.

50 — Şimdi tekrar Blakstone'un eserine dönelim:

Blakstone ikinci kitabda personel property'nin (ticarî mülkiyetin) iktisap tarzlarından bahsederken o tarzların bağışlama (hibe, gift) imtiyaz (grant) ve mukavele olduğunu zikreder. Demek ki mukavele ticarî mülkiyetin alelade bir intikal ve bir iktisap tarzıdır.

Blakstone eserinin üçüncü kitabında haksız fiiller arasında ticarî mülkiyete karşı işlenmiş haksız fiillerden bahseder.

Kıta hukukunun «Borç» dediğine İngilterede in action şeyler adı verildiğini arzyledim. «in action şeyler»e karşı haksızlık mukaveleyi ifa etmemekle mukaveleyi ihlal ile vücade getirilir.

Görülüyor ki İngiliz hukukunda borç yoktur. Borça tetkabül eden şeyler vardır. İngilterede Borç Levy - Ullmann'ın güzel bir tabir ile ifade ey-

lediği üzere XIII üncü asır ile XVIII inci asır arasında: Bracton ile Blakstone arasında tebahhur etmiş ve ucup gitmiştir.

51 — XX inci asrın en mühim eseri İsviçre Borçlar kanunudur ki aynı zamanda da türk borçlar hukukudur. İsviçre de ve Türkiyemizde borçlar hukuku hem medenî hukuktan ayrıdır; hemde medenî hukuka da bağlıdır. Kita hukuku geleneği ile uymayan bu usul İngiliz tarzına daha uygundur. Borçlar hukukunun özel bir varlığı vardır; ferdiyeti vardır. Vuzuhu da kendisine büyük bir şöret verdi. Şöhreti yalnız vuzuhundan doğmaz Roma ve Fransız hukukunun tabii taksimini, mezkûr hukuklardaki arz metodunu kabul etmiş olmasından da doğar.

İsviçre borçlar kanunu Fransız ve İtalyan müşterek borçlar kanunu layihasına numune teşkil etmiştir ve Fransız - İtalyan müşterek borçlar Kanunu layihası bütün meziyetlerini İsviçre borçlar kanununa borçludur.

Vasfi Raşid SEVİG