

PAPER DETAILS

TITLE: BORÇLAR HUKUKI TETKİKLERİNDEN: TECDİD `NOVATION`

AUTHORS: Siddik Sami Bey

PAGES: 866-882

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97480>

Borçlar hukuku tetkiklerinden :

Tecdid «NOVATION»

Tarifi ve tarzı vukuu — Tecdid iki netice doğuran bir hukukî muameledir : evvelce mevcut bir borcu iskat eder ve yerine tevlid ettiği yeni bir borcu ikame eyler. Tecdidi eski Hukuku Medeniye müelliflerinden Potiyer «yeni bir borcun eski borc yerine kaim olmasıdır» suretinde tarif etmektedir. Şu tarifden anlaşılacağı vecihle mevcut bir borcun tadili tecdid demek değildir ; tecdidde behemehal biri sakıt olan, diğeri ise doğan borc olmak üzere iki borc vardır bunlardan birinin sukutu diğerrinin doğmasına sebep olur, bu ikinci borc her halde yeni bir unsuru ihtiva etmeli ve bu suretle evvelkinden farklı olmalıdır.

Kanunumuz tecdidin ne suretle vuku bulacağını göstermemiştir, İsviçrenin eski borçlar kanununda bu hususta bir madde mevcuttu, bu maddeye göre borcun mevzuu veya borclu ve yahut alacaklı değişmekle tecdid vukua gelir, halen mer'î borçlar kanununun tedvininde bu madde tayyedildi. Millî meclis tecdid şekillerinin tasrih edilmesinin bir çok teevvüslere meydan verdiğini ve binaenaleyh meşkut geçilmesinin muvafık olacağını serdediyordu. Fransa kanunu medenisinin 1271 inci maddesine nazaran da tecdid üç şekilde vukua gelir, İsviçre müelliflerinden Marten de eserinde, tecdidin şekilleri olmak üzere eski kanunun arzedilen maddesine muvafık olan bu şekilleri göstermektedir :

1—Borclunun : alacaklısına, birinciği iskat ederek yerine kaim olacak yeni bir borc taahhül etmesi. Bu şekil borcun de-

gi-mesi sure ile te'did dir, bu yeni borc iki cihetten eskisinden ayrılır : A. *mevzu itibarile* B. *sebeb itibarile*.

A. *Mevzu itibarile* : Muayyen bir meblâğ borclusunun bunun yerine kaydı hayat şartıyla bir irad temin etmeği taahhüt etmesi bu kabildendir, burada muayyen bir meblâğ itası borcu yerine diğer bir mevzu, kaydı hayatla irad taahhüdü kaim olmuştur.

B. *Sebed itibarile*: Hesabı cari bunun karakteristik bir misalini teşkil eder. [Ticaret kanunu 782 ve müteakip maddeler] Fransız hukukcularına göre hesabı cariye gecen bir alacak te'did etmiş olur, yani alacak artık semeni mebi, makruz mahiyetinden çıkar hesabı cariden mütevellit bir alacak mahiyetini iktisab eder, çeme' oluyor ki hesabı cariye kaytla alacağın sebebi değişmiştir, işte bu sebebin değişmesi borcu te'did eder.

Fakat hesabı caride te'didin zamanı vukuu itibarile borçlar kanununun hükmü ile fransız hukukunun noktaı nazarı ve ticaret kanunumuzun hükmü aynı değildir : Borçlar kanununun 115 inci maddesine nazaran Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerret kaydedilme ile borc te'did edilmiş olmaz, su kadar ki her an hesabta diğer tarafta kabul edilmiş olduğu takdirde borc te'did edilmiş olur. Demek oluyorki borçlar kanunu bir borcun yalnız hesabı cariye kaydını te'did için kâfi addetmemiştir, hesabı carinin kat'ına ve neticenin taraflarca kabulüne kadar eski borc devam edecektir fakat hesabı carinin kat'ından ve kabul mektubunun imzasından sonra artık eski sebepten münbeis borc sakit olmuş, yerine hesabı cariden mütevellit bir borc kaim olmuştur.

Fransa hukukunda ise te'didin husulu için borcun hesabı cariye kaydı kâfidir, borc bir defa hesabı cariye geçince artık eski mahiyetini değiştirerek hesabı carinin kalemleri arasında kaybolmuş yerine hesabı cari borcu kaim olmuştur, Ticaret kanunumuzun 783 üncü maddesinin 2 inci no. si da Fransız nazariyesine müstenittir. Yani tarafeyn arasında hesabı cari mukavelestinin aktinden evvel mevcut bir matlup tarafeynin

rizasila hesabı cariye kaydedildiği halde hilafı şart edilmedikce bu matlup tecdid edilmiş olur, Ticaret kanunu madde 783 no 2.

2 ve 3 — Borcunun veya Alacaklının değişmesi : Fransa hukukunda borcun taraflarının değişmesi tecdid sebeplerindendir. Oski İsviçre borçlar hukukunda da bunlar veçibenin tecdidinin birer şekli idi, bugünkü hukukumuz bunları borcun nakli adetmiştir. Fransa hukukunda bunlar arasında ehemmiyetsiz bir takım farklar varsada, kanunumuzda tecdidin bu şekilleri hakkında ahkâmı mahsusa bulunmadığı için farklarla fazla meşgul olmağa lüzum görmüyoruz.

Tecdidin tekâmül safhaları, Roma hukukundaki tecdid ile bu günkü hukukdaki tecdid arasında farklar : Roma hukukunda Tecdid fikri bu hukukun şekilherest telekkilerinin zaruri bir neticesi idi. Romada iki taraf arasında bir kerre doğan bir borcun ne mevzuu ve ne de tarafları değiştirilemezdi, bu değiştimenin borcun mücerret mahiyetile telifi mümkün görülmemiştir, borcun mevzuunun veya borcunun yahut alacaklının değiştirilmesi icabederse işe birinci borcu sukut ettirmek suretile başlamak ve bundan sonra yeni bir borç ikame etmek lazım geliyordu, binaenaleyh tecdid müessesesi borcun layetegayyerliği «*Immutabilite*» fikrinden çıkıyordu, bu usûl borcun esas mevzuunu muhafaza etmek suretile bazı unsurlarını tadil etmek veya borcun bir kimreden diğerine nakleylemek için kullanılmağa başladı.

Tecdidin Roma hukukundaki rolü her zaman aynı vus'at ve derecede olmamıştır: Kılâsik devirde tecdid suretile borcun mevzuu değiştirilemez, ancak mevzuu muhafaza edilmek şartile borcun bir kimseden diğerine nakli için kullanılırdı. Bir müddet sonra, jüstinyen devrinde tecdid, borcun mevzu' ve illetinin değiştirilmesi için de kullanılmağa başlandı.

Roma hukukunda ilk zamanlarda tecdid tamamen eşkâl ve merasime tabi bir muamele idi, binaenaleyh asıl muamelenin tabi olduğu şeklin kullanılmasıyla birinci borç sakit olur, ikinci

muamele doğardı, tarafların maksatları bu hususda hiç bir ehemmiyeti haiz değildi, fakat daha sonraları tecdid, tamamen bir kast mes'elesi addedilmeğe başlandı yani tarafların tecdid maksadı olup olmadığı aranılır ve ancak bu maksadın vücudu halinde tecdidin hasıl olduğu kabul edilmiş oluyordu.

Şu izahat bu günkü hukukdaki tecdidin Roma hukukundakinden ne kadar farklı olduğunu ve bu müessisenin, Roma hukukundaki sebebi ihdasına göre bu günkü hukukuda ne derecelerde ehemmiyetini kaybetmesi lazım geldiğini gösterir, tecdidin bu gün tatbikattaki rolü pek ehemmiyetsizdir; bir kerre alacaklı borçlusunun değişmesini her zaman istemez ve buna muvafakat etse bile eski borçlununda mes'uliyetinin devam etmesini temine çalışır, keza alacaklıının değişmesi suretile tecdide de pek nadir rasgelini, esasen bunların borcun ve alacağın nakli suretile icrası mümkün ve daha faidelidir, tecdidin diğer tatbik sahaları da çok azalmıştır, gerek mahkemelerin içtihatları ve gerek yeni kanunlar bu müessisenin zevalini pek güzel gösterir, faraza Alman hukukunda tecdid, sukut sebepleri arasında bile gösterilmemiştir, bizim hukukumuzda tecdidin tatbik sahası çok daraltılmış; hemen hemen imkânsız ve neticesiz bir hale getirilmiştir, kanunumuza göre tecdidin şartları bunu pek güzel gösterir:

I. Tecdidin mevcudiyeti için muktazi şartlar

Tecdid mevcut olabilmek için aşağıdaki şartların içtimarı lazımdır.

- 1 — Tecdid kast ve niyeti «*animus novandi*»
- 2 — Alacakta tasarruf kudreti.
- 3 — Mevcut ve muteber bir borç yerine kaim ve evelden farklı yeni bir borç.

1 — **Tecdid kast ve niyeti** «*Animus novandi*» — Bir gün hemen bütün ahkâmı hukukiye kast ve niyeti tecdidin esaslı unsuru addetmiştir, borçlar kanununun 114 üncü maddesinde «*borcun tecdidi akillen vazih suretle anlaşılmalıdır*» denil-

diği gibi Fransa kanunu medenisinin 1273 üncü maddesi de aynı maddedir .

Fransada bir takım muamelelerde tecdid niyetinin zımnen mevcut olup olmadığı binaenaleyh tecdid husule gelip gelmediği münakaşaları mucip olmuştur, mesela bayi semeni mebi mukabilinde müşteriden emre muharrer senet veya poliça gibi bir senedi ticari alır, bu takdirde acaba beyi aktinden doğmuş alacak yerine emre muharrer senet veya poliçaya müstenit bir alacak kaim olmakla tecdid husule gelmiş midir? Bu vaziyette tecdidin mevcut olup olmamasına göre netice değişecektir: Tecdid hasıl olmuşsa artık alacaklının bayi sıfatı zail olmuş addedileceğinden kanunun bayie tanıdığı fe'ih davası, mebi üzerinde hakkı hapis gibi selahiyetler de sakit olacaktır, aksi kabul edilirse, bayi senete müsteniden dava etmekle beraber yine beyi aktinden mütevellid tekmil haklara sahip demektir. Bugün bu mes'ele halledilmiştir: Fransada gerek müellifler ve gerek mahkemeler sırf alacağın bir ticaret senedine raptının « *Animus movandi* » yi tazammun etmiyeceği ve binaenaleyh tecdid husule gelmeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir. Bizim borclar kanunu da bu noktayı tasrih etmiştir: 144 üncü maddenin 2 inci fıkrasına nazaran « *mevcut bir borc için kambiyo taahhütünde bulunmak ve ya yeni bir alacak sendi ve ya yeni bir kefaletname imza etmek tecdidi tazammun etmez* » fakat kanunu medeninin 824 üncü maddesine nazaran « *ipkteki borc senedi yahut irad senebi tesis olduğunda tesisin sebebini teşkil eden vecibe akti tecdid suretile iskat edilmiş olur* » yani bu senetlerin tesis ile asıl borc ortadan kalkar, mesela büyük bir gayrı menkul satı ından mütevellit bir borca karşı müşteri bu senetlerden birinin verirse, bayiin alacağı artık semeni mebiden değil doğrudan doğruya bu senetlerden mütevellit bir alacak mahiyet ve evsafını iktisap etmiş olur.

Borclar kanununun 114 üncü maddesinin 2 inci fıkrası intizamı amme mulahazasına müstenit olmadığı için « *bu hükmün*

aksine dair aktolunan mukaveleler muteberdir» Yani alakadarlar sırf bu muamelelerle teçdidin ha-sıl olacağını mukavelelerinde tasrih edebilirler.

2 — Alacakta tasarruf selahiyet ve ehliyeti : Tecdid mevcut bir borcun sukutunu ve yani bir borcun doğumunu tazammın ettiği cehetle bu husus için muktazı ehliyetin aranılması lazımgeleneği tabiidir. Fransa kanunu medenisinin 1272 inci maddesinde tecdid için akit yapmak ehliyetinin muktezi olduğu tasrih edilmiştir, mamafi, suylediğimiz vechle, tecdidin mahiyetinde tarafların kast ve niyetinin şartolmasına nazaren, bu hüküm tasrihe lüzum olmayacak derecede tabiidir.

3 — Eskiden mevcut bir borcun yerine ondan farklı yeni bir borcun kaim olması — Bu şarttan aşağıki neticeler husule gelir:

a - Tecdidin mahiyeti eskiden mevcut bir borcu iskat ederek makamına kaim olmak maksadıyla yani bir borcun doğmasını icapettirir. binaenaleyh evvelki borc mutlak butlanla yani intizam ammeye müstenit bir sebeble batıl ise tecdid yoktur ve yani borc da hüküm ifade etmez.

Fakat evvelki borc, mutlak butlanla malul olmayıp nisbi bir butlanla malul ise bu taktirde butlan sebebinin tecdid e-nasında devam edip etmediği nazari itibar alınır, eğer butlen sebebi zail olmuş ve ya öğrenilmişse tecdid, hem eski borca izin vermediği tazammun eder ve hem de bir sebebi butlanla malul olmadığı için muteberdir.

b - Tecdid halinde birinci borc ancak yerine yeni bir borcun kaim olması hasabile sakit olur, binaenaleyh, yeni borç batıl olmak itibarile ve ya diğer bir sebeple muteber bir surette mevcut bulunmazsa eski borç sakit olmaz ve eski hükmünü ifade etmekte devam eder.

Esas itibarile tecdid bir şekli mahsusa tabi değildir, ancak bir borcun sukutunu ve mümâcil bir borcun doğumunu tazam-

mun ve tarafların bu husustaki iradelerini ifade ettiği cihetle esas borc hususî bir şekle tabi ise, mesela Hukuk usulü muhakemeleri kanunu mucibince senede rabtı lazımgeliyorsa tecdidin de aynı suretle senede rabtı lazımgelir.

Tecdid mevcut olabilmek için ikinci borc, mevzu, illet, taraflar gibi esaslı unsurlardan biri itibarile evvelkinden ayrı olmalıdır, yoksa bir borcun imhali, deynin miktarının tezyidi gibi hususlar tecdidi tazammun etmez.

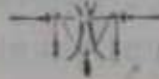
II. Tecdidin hükümleri

Tecdidin hükümlerini yukarıda umumi bir surette izah ettik: Tecdid iki hüküm tevliid eder: Eski borcun sukutu ve yerine yeni bir borcun kaim olması.

1 — Eski borcun sukutu : Tecdid muteber bir surette vaki olunca birinci borc tamamen sakit olur. Binaenaleyh borclar kanununun 113 üncü maddesinde tasrih edildiği vechle *«asıl borc tediye ile ve ya sair bir suretle sakit olduğu taktirde, kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakit olacağı»* cihetle tecdid ile beraber birinci borca bağılı olan tekmiil fer'i borclar ve birinci borcun alacaklıya temin ettiği imtiyazlarda sakit olur, bilfarz birinci borc semeni mebi ise alacaklı olan bayi tecdidden sonra artık fesih davası ikame edemez. Tecdidin bu hükmü alacaklı için çok tehlikelidir, bu hüküm tecdidi tatbikat sahasından hemen tamamen kaldırmıştır, çünkü alacaklılar tecdid dolayısıyla ellerinde mevcut teminatı, imtiyazlarını kaybetmek istemezler, mamafi tarafeyn mukavelelerinde bunun hilafını kabul edebilecekleri gibi kanun tecdidin en ehemmiyetli bir rol ifa ettiği hesabı cari sahasındada bir istisna vazetmiştir: Borclar kanununun 115 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına nazaran hesabı caride *«eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesabı cari kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilafı şart edilmedikce bu teminata halel gelmez.»*

2 — Taraflar arasındaki münasebeti artık tamamen yeni bore tanzim eder, bilfarz hesabı cari tamamen - yukariki teminat hükmü müstesna olmak üzere - eski kalemlerin yerine kaim olur, alacaklı çıkan taraf artık hesabı cariyi teşkil eden kalemlere müsteniden bir dava ikame edemez, ancak hesabı carinin kat'inden görünen bakıyı isteyebilir ve bu baki artık kalemlerin tabi olduğu hususi müruru zamanlara değil adi müruru zamana tabidir.

Burada bir istisna daha vardır: Hesabı cari yekûnunu teşkil eden kalemlerin kumar ve bahsden mütevellit olduğu yolunda bir itiraz dermeyanı mümkündür.



Takas «Compensation»

Tarifi, Mahiyeti ve Faideleri — Takas biri birile müteva-
zin iki borcun sukutudur, bu ; iki defa tediyei bertaraf eden
ve binaenaleyh borclu ile alacaklı arasındaki münasebeti basit-
leştiren bir sukut sebebidir. Takas mümkün olabilmek için iki
tarafın yekdiğerile aynı vasıfda bir şeyle mütakabilen borclu
ve alacaklı olmaları lâzımdır. Takasın en ziyade tatbik edildiğı
borclar, muayyen bir meblağı ihtiva eden vecibelerdir. Meselâ,
sizden 1000 lira istikraz aynı zamanda bir miktar para ikraz
etmişimdir, takas bu iki borcu, ikiside aynı miktarda ise tema-
men aksi takdirde azı nisbetinde itfa eder, bu ikinci halde da-
ha çok miktardaki deynin borclusu ancak bakiyeyi ödemek mec-
buriyetindedir. Takas alakadarları yekdiğerine resûlmali müteak-
kiben tediye mecburiyetinden kurtarır, yani basit ve farazi mü-
tekabil tediye şeklinde tezahür eder.

Takasın faidesi, bu suretle tarafeyn beynindeki münasebatı
ve tediyei sadeleştirmektir, fakat bu iktisadi faidenin yanında
takasın, taraflar arasında müsavat temin etmek gibi diğeri mü-
him bir vazifesi daha mevcuttur. Filhakika bir taraf diğeri-
ni tediyesini beklemeksizin borcunu aynen ifa ederse kabızın hali
acza düşmesinden ve aldığı şeyi de başka tarafa sarfederek ken-
disine olan borcu ödeyememesinden korka bilir. Bu itibarla ta-
kas aynı zamanda bir teminat rolü ifa eder: her alacaklı-borclu
kendisini borclusunun patrimuvanında hususî bir teminatı haiz
addedebilirki buda borclusunun kendisinde olan alacağından iba-
rettir, filhakika takas alacaklı-borcluyu borclunun diğeri alacak-
lılarından daha mümtaz bir dereceye koyar, çünkü borclunun
tediye kabiliyeti mevcut olmadığı takdirde, diğeri adi alacaklı-

lar garameye dahil olacakları halde alacaklı-borçlu borcunun tamamile alacağını takas ettirecek ve bu suretle alacağının tamamını elde edebilecektir. Fakat aşağıda izah edeceğimiz vechle Fransa hukukunda takasın bu vazifesi ikinci derecede kalır, binaenaleyh Fransa hukuku alacaklı-borçlunun bu imtiyazını daima kabul etmemiş hatta iflasda buna muhalif ahkâm vazeylemiştir.

Muamelâtı adiyede iki şahsın mütekabilen alacaklı ve borçlu vaziyetinde olması nadir bir keyfiyettir, fakat muamelatı ticariyede buna çok tesadif edilir, meselâ tacirle bangeri, fabrikatörle komisyoncusu arasında mütekabilen borçlu ve alacaklı münasebetinin mevcudiyetine hemen daima tesadüf edilir, binaenaleyh takas muamelâtı adiyeden ziyade ticarî muamelelerde bir rol ifa eder ve mümkün olduğu kadar nakdin istimalini azalmak suretile edayı basit bir hale getirir.

Esasen naktin daima kullanılmaması düşüncesinden doğmuş olan hesabı cari de takas esasına müstenittir: mütekabilen muamelede bulunan tacirlerin hemen cümlesi aralarında bir hesabı cari tesis ederler ve bu suretle ancak hesabı kapandığı zaman tahakkuk eden bakıyı ödemekle iktifa ederler, bundan evvelki alacak ve borçların cümlesi yekdiğerile takas olmak suretile sukut eder.

Takasın ikinci ve daha vâsi bir rolüne depo ve iskonto bankalarında ve çek muamelelerinde tesadüf edilir: Bu bankalarla müşterileri muamelelerini senedatı ticariye ve çekler vasıtasıyla yaparlar, banka bir taraftan bunları hesabı carilerine geçirmekle beraber, diğer taraftan yekdiğerile mütekabilen alacaklı ve borçlu olan müşterileri arasında takas muamelesi yapar, bilfarz A ve B. her ikisinde Osmanlı bankasının müşterileridir, aynı zamanda yekdiğerine mütekabilen borçlu ve alacaklıdır, işte banka kendi içinde karşılaşan bu iki müşterisinin alacak ve borcun takas yapmak suretile tediyelerini teshil eder, bu muamele daha ziyade İngilterenin « *clearing-house* » müessesesini takliden ihdas edilmiş olan takas odalarında vuku bulur. bir

çok senedatı ticariye ve çekler tahsil için buraya tevdi edilir ve bu odada karşılaştan mütekabil alacak ve borclar birbirile takas edilmek suretile nakten tediye külfeti bertaraf olur ve ödeme muamelesi kolaylaşır.

Takasın tekâmülü tarihisi — kanunî takas Roma hukukunda uzun müddet mechuldu, iki taraf mütekabil borclarının bir miktara kadar yekdigerele itfasını mukavele edebilirlerdi fakat bunun haricinde, bihakkin, otomatik bir takas mevcut değildi, iki şahıs mütekabilen alacaklı ve borclu oldukları zaman, böyle az borc miktarında bir takasın vukuunu şartetmemişlerse her ikisi de ayrı ayrı biri birine borcunun tamamen tesviye etmek mecburiyetinde idi, binaenaleyh alacaklı borclusunu takip edebilir ve borclu mütekabilen alacaklı olduğunu dermeyen ederek bu takipden kurtulamazdı. Romalıların ameli fikirleriyle kabili telif olmayan bu netice Roma usulü muhakemesinin bir hususiyeti ile kabili izahtır: Roma usulü muhakemesi hakimin vazifesini kolaylaştırmak için davacıların bir mes'eleden ziyade arzetmesini menetmişti, binaenaleyh takibata uğrayan müddeaya aleyh ancak borcun hiç mevcut olmadığını yahut zeval bulunduğunu iddea edebilirdi, fakat müdafaasını mukabil davaya istinat ettiremez ve binnetice müddeiden mukabil bir hak isteyemezdi.

Mark Orel (*Marc Aurele*) böyle takibata uğrayan ve fakat bilmukabele alacaklı bulunan bir borcluya bir hiyle def'i *Esception de dol* bahçetti. Zira esasen bir kimseye borcu olan bir şahıs o kimse hakkında takibatı kanuniyede bulunmakla bir hiyle işlemiş oluyordu. Bu yenilik tekmil hüsnüniyete müstenit davalara tatbik edilmeğe başlandı, çünkü bu nevi davalarda hiyle def'i daima dermeyen olunabilirdi. İşte Roma hukukunda Takas müessisesi bu suretle doğdu. Jüstinyen devrinde takas iddeasının artık hiyle def'inde lüzum olmaksızın dermeyen edilebileceği kabul olundu, hatta bazı müellifler bu devirde Roma hukukunda takasın otomatik bir surette husule geldiğininide iddia ederler.

Fransa hukukunda takas bihakkin, otomatik bir surette yani borclunun talep ve dermeyerına lüzum olmaksızın husule gelir, yani kanunî bir sukut sebebidir : İki borc aynı zamanda mevcut olunca tekabül ettikleri miktar nisbetinde beraberce sakit olurlar. Fransa kanunu medenisinin 1290 inci maddesinde yazılı olan bu kaide takasın Fransa hukukundaki vasfı mümayyizini gösterir, filhakika Roma hukukundaki takasda, hatta Jüstinyen devrinde bile bazı müelliflere nazaran böyle kanunî ve otomatik bir mahiyet yoktur ancak borclunun dermeyer edebileceği bir def'iden ibarettir, halbuki Fransa hukukunda takas, alacakdarların iradesinin mahsulu değil kanunun hükmünün bir neticesidir, bir cümle ile hülasa ve tarif edilmek istenirse Fransa hukukunda takas farazi mütekabil ve otomatik bir tediye'dir.

Bu mahiyeti itibarile Fransa hukukunda takasın vukuu aşağıdaki şartların vücuduna bağlıdır :

- 1 — Her iki borc aynı şahslar arasında mevcut olmalıdır.
- 2 — Borcların mevzuu nakit veya misli bir şey bulumalıdır.
- 3 — Her iki borc muayyen olmalıdır.
- 4 — Her iki borc muaccel bulunmalıdır.

3 üncü şarttan madası takasın mahiyeti esasiyesinden doğan umumî şartlardır, fakat 3 üncü şart Fransız takas nazariyesinin vasfı barizini teşkil eder : Fransada miktarı muayyen olmayan veya itiraza uğramış, vücubu edası henüz tahakkuk etmemiş olan bir borc takasa esas olamaz, çünkü takas mütekabil ve otomatik bir tediye'dir. Borcun eda şartları tamam olmalıdır ki takas imkânı da mevcut olabilsin, bu şartları haiz olmayan bir borc eda edilemeyeceği gibi takasa da esas olamaz ve binaenaleyh gayri muayyen ve münazaalı bir borcun alacaklısı kendi muayyen bir borcuna karşı takas iddiasında bulunamaz.

Alman Hukukunda Takas nazariyesi Fransız nazariyesinden farklıdır, Alman kanunu medenisinin takasa mütedair ahkâmı, takasın iktisadi ve ameli faidesinden ziyade mütekabil borclu ve alacaklılar arasında bir teminat teşkil ve müsavat ihdas etmesi esasına müstenittir, yukarda söylediğimiz vechle takas, iktisadi

ve ameli faidelerinden mada alacağını istifa etmeden tediye bulunacak bir borcunun alacaklı-borcusunun aczından müteessir olmamasını ve tediye etmişken alacağını alamamak suretile zarara uğramamasını temin eden bir müessisedir. Eşâen bu netice tarafeynin arzularına da uygundur, çünkü bir çok kimseler bir şahsa kredi verirken kendisinin bilmukabele borclu olduğunu ve alacağının bu borclarla temin edilebileceğini düşünerek bu itibarı verir, burada alacaklı-borcunun ikraz hususundaki iradesi bu saikten doğmuştur. Binaenaleyh takası bu vaziyetteki tarafeynin iradelerinin mahsulü addetmek mümkündür.

Alman kanunu medeniesinin takas nazariyesini bu mülâhazaya istinat ettirmesi aşağıdaki noktalarda Fransız hukukundan ayrılmasını icab ettirmiştir:

1 — Fransız kanuknu medenisinde takas, ikinci borcun doğumu ile otomatik bir surette husule geldiği halde Alman kanunu medenisinde takas her iki borcun derhal sukutunu mucib olmaz, borcların ikisi de mevcuddur yalnız her iki borcun da tesiri zail olmuştur. Karşılıklı sukutun husulü için taraflardan birisinin rızasını beyan etmesi lazımdır, bu beyanı rızanın mahkeme huzurunda vukuu şart değildir, her türlü adli takibattan evvel de vaki olabilir, takas hususundaki beyanı rızanın hükmü makabline şamildir, yani beyanı rızadan sonra her iki borc bu tarihten itibaren değil takas imkânı mevcut bulunduğu andan itibaren sakit olmuş olur.

Gerek takas rızasının her suretle beyanı mümkün olması ve gerek hükmünün makabline şümulü Fransız ve Alman nazariyeleri arasında, bu nokta da mevcut farkı azaltamktadır, şunu da ilâve etmek lâzımdır ki bu, beyanı rızaya müstenit takas Fransa hukukunda hala mevcut olan akdi takasdan farklıdır, çünkü akdi takasda hüküm aktin doğuunda başlar, makabline şamil değildir.

2 — Alman hukuku, takas def'i dermeyeran edebilmek için her iki borcunda muayyen ve münazaasız olmasını da şart itti-

ti haz etmemiştir, gayrı muayyen ve münazaalı bir borcda takas iddeasına esas olabilir, bu Alman nazariyesinin istinad ettiği esasın tabii bir neticesidir: Mademki tarafeyn muamelerinde mütekabil borcu nazarı itibara aldıkları ve bunu teminat ittihaz ettikleri mefruzdur, řu halde, adeta bir teminat def'inden ibaret olan takas iddeasının dinlenmemesi için bir sebep yoktur. Halbuki Fransa hukukunda takasın tediye mahiyeti esastır, Binaenaleyh münazaalı ve gayrı muayyen bir borc tediye edilecek bir mahiyet iktisab etmemiştir ki tediye def'ine mümasil olan takas def'i de mümkün olabilsin.

3 — Fransa hukukunda iflas halinde alacaklı - borclu müflisden alacağını kendi borcile takas ettiremez, borcunu tamamen tesviye etmek ve alacağı içinde sair alacaklılarla beraber masaya girmek mecburiyetindedir, halbuki Alman hukukunda takas teminat düşüncesine müstenit olduğu cihetle alacaklı - borclu mümtaz dayinler sırasına girer ve alacağının tamamile borcunu takas ettirebilir.

Hukukumuzun takasa mütedair ahkâmı Alman nazariyesine müstenittir, kanunumuzun takasa mütaallik ahkâmı bu nazariyenin ifade ve tatbikinden ibarettir.

Takasın şartları — 1 — Aynı şahıslar mütekabilen alacaklı ve borclu vaziyetinde olmalıdır [Borclar kanunu madde 118] binaenaleyh 3 üncü şahıs lehine taahhütte bulunan kimse borcunu diğer akidin kendisine borclu olduğu şey ile takas edemez. (Borclar kanunu madde 120), meselâ A, c eye 1000 lira ödemeği B. ye karşı taahhut etmiş olsun, burada C. enin vaziyeti tamamen müstekildir, binaenaleyh A. B. eden 500 ve C. eden keزالık 500 lira alacaklı ise C. eye vermeğe mecbur olduğu 1000 lirayı B. den alacağı olan 500 lira ile takas edemez. Çünkü bu borcların tarafları aynı değildir. Fakat A. C. eye vereceği 500 lirayı C. deki alacağı 500 lira ile takas edebilir, çünkü bu 500 lira itibarile A. ve C. mütekabilen alacaklı ve borclu vaziyetinde-

dirler, hulâsa üçüncü bir şahsa ait alacak bu üçüncü şahs razı olsa bile takasa esas teşkil etmez ancak « *Asıl borcunun taksa dermeyeran etmeğe hakkı oldukça kefil alacaklıya tediye bulunmaktan imtina edebilir* » (Borclar kanunu madde 119).

2 — Her iki borc mumasil olmalı, binaenaleyh mevzuları nakit veya misliyattan bir şey bulunmalıdır. (Borclar kanunu madde 118) Kanunumuzda takasın borcun mevzuuna taalluk eden şartı bundan ibarettir. Fransa hukukunda olduğu gibi borcun muayyen ve nizasız olması şart değildir, « *alacklardan biri münazaalı olsa bile taksa dermeyeran olunabilir* » (Borclar kanunu madde 118, fıkra 2). Kezalik iki borc arasında kemmiyet itibarile mumaselete ihtiyac olmadığı gibi borcun vasfı yani birinin imtiyazlı diğerinin imtiyazsız olmasında takasa tesir etmez. Borclardan birinin mevzuu misli diğerinin kıyemi olur ve fakat kıyemi borc zarar ve ziyan gibi nakdi bir borca inatlap ederse yine takas imkânı hasıl olur.

3 — Borcların her ikiside muaccel olmalıdır., borclardan biri şarta muallak veya müeccel olursa takas imkânı yoktur filhakika takasda teminat mahiyeti de mevcut ve kanunumuzda bu mahiyet galib isede tediye mahiyetide tamamen bir tarafa bırakılamaz, Vadesi gelmeyen bir borclndan dolayı hemen ödenmesi lâzım gelen bir borcun ifasına mani olmak ne hukukî ne de iksadî esaslarla kabili telif değildir, binaenaleyh borc muaccel ise yahut şarta muallaksa ecelin hululünden veya şartın tahakkukundan evvel takas talebine imkân aoktur.

4 — Takas vaki olabilmek için kast ve talep mevcut bulunmalıdır. Takas resen ve kanunen vaki olmaz (Borclar kanunu madde 122) bu hüküm kanunumuzun Fransız nazariyesinden ayrıldığı noktalardan biridir. Binaenaleyk Fransada tarafların talebi olmasa bile takas vukua geldiği, faiz münkatı ve teminat sakıt olduğu halde bizde takas kastının dermeyeranına kadar borc mevcudiyetini muhafaza eder.

Takas talebi hususî bir şekle tabi olmadığı gibi bir taraflı bir muamelei hukukiye olmak itibarile Borclar kanununun 123 üncü maddesindeki haller müstesna olmak üzere, diğer taraflın rızasının husulüne bağlı değildir, takas kasdinin izharile takas vaki olur.

Müruru zamana uğramış bir alacaktan dolayı taksa iddeası dermeyeran olunabilirmi? İsviçrede eski borclar kanununun mer'iyeti zamanında Federasyon mahkemesi bunu caiz görmeyordu, mahkeme; bu vaziyette bir dava hakkı mevcut olduğundan takas arzusu izharının da mümkün olduğuna kaim bulunuyordu. Vazi kanun bu noktaî nazara iştirak etmedi 118 inci maddenin 3 üncü fıkrasında musarrah hükmü vazettir, bu hükme nazaran müruru zamana uğrayan borcla istenilen borcun bir tarihte karşılanmış olup olmadığına bakılacaktır, eğer müruru zamandan evvel karşılanmış bulunuyorlars, bilahara murur zaman vaki olsa bile takas def'inin dermeyeranı mümkündür, fakat takas imkânı hasıl olduğu zaman borclardan biri müruru zamana uğramış ise takas talebi dermeyeran edilmez.

Vazi kanun bu hükümde, takas kasdi şartından oldukça uzaklaşmış, Fransız nazariyesine temayül etmiştir çünkü binnetice takas imkânı, kast izhar edilmeden takasın vukuunu zımnen kabul etmiş demektir.

Takasa mütedair ahkam, intizamı anme hükümlerinden olmadığı cihelle hilafını taakhül edebilir Ezcümle müeccel ve ya şarta mukarin bir borcun muaccel bir borcla takas edildiğini şart ittehad ederler. Kezalik takas iradi bir muamele olmak itibarile «*borclu iptidaen takasdan feragat edbilir*» Borclar kanunu madde 124] lu feragat sarih ve ya zımnı olabilir: Alacaklı - borclunun vaziyeti bildiği halde takas kasdı izhar etmeksizin tediye de bulunması zımnen feragattır. İsviçre ictihadı muhaki-göre, alacaklı - borclu, takas imkânı hasıl olduğu bir zamanda borcu mukabilinde (nakten tediye olunacaktır) kaydını ihtiva

eden bir sened verirse takas iddeasından feragat etmiş olacağı gibi takas imkânının mevcut olmasına rağmen bir miktar tediye bulunan ve ya mahkemede bir itiraz dermeyeran etmeyen, yahut bir konkordatoyu, kaydı ihtirazi dermeyeran etmeksizin kabul eden alacaklı - borclu da takas iddeasından feragat etmiş addolunur, fakat ihtilafli bir alacağın bir yere tevdi, bir poliçe çekilmesine mücade, bir senedi ticarinin kabulü, ihtilafın hakeme arzını kabul, takasdan feragat sayılmaz.

Sıddık Sami

Mülkiye mektebi Hukuku medeniye muallimi