

**ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA
ŞART ve MÜKELLEFİYET (*)**

Doçent Dr. Kemal Tahir GÜRİSOY

K I S I M I I

Ş A R T (**)

§ 10.— ŞARTIN HUKUKİ MUAMELELERDEKİ MEVKİİ :

Bir hukukî muamelenin en esaslı unsuru, irade beyanıdır. Fakat bu da, tek başına, arzu edilen hukukî neticeyi husule getiremez. Bir

(*) Bu etüdün ilk kısmı bu derginin X. cildinin 457 ve müteakip sahifelerinde yayınlanmıştır.

(**) Bibliyografya. Bu etüdün birinci kısmında işaret olunan eserlerden başka :

Buck, Hans Zur Lehre vom suspensiven Schwebezustand, insbesondere bei bedingtem Vermächtnis Bern 1931; Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1922; Endemann, F.: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches 1897; Enneccerus - Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. 1931; Güral, Jale: Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Medenî Kanunu'nun sistemi. Ankara 1953; Haug, Wolfhardt: Die Bedingung beim Vermächtnis im Römischen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch. 1932; Hitzig, Voträge: Die Rechtsstellung des Erben. 1906; Jung, Erich: Bürgerliches Recht. 1931; Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen. 1900; Oftinger, K.: Die Bedingungen hinsichtlich der Eheschliessung des Bedachten in einer Verfügung von Todes wegen ZBJV. Bd. 71. s. 153, s. 201; Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 1898, Bd. I, V; Reichel, H.: Bedingung der Nichtbesteuerung bei letztwilligen Vergabungen SJZ. Bd. 17. s. 353; Rossel - Mentha; Manuel de droit civil, 2ème édition; Staudinger - Riezler: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil Bd. I. 1936; Staudinger - Herzfelder: Kommentar zum B.G.B., Erbrecht 1928; A. B. Schwarz: Borçlar Hukuku 1948; A. B. Schwarz: Bedingungen, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch. Bd. II. s. 391; Suter, A.: Die Nacherbschaft nach ZGB 1908; Stiefel, G.: Über den Begriff der Bedingung im ZGB 1918; Tandoğan, Halûk: La Nullité, L'Annulation et la Resiliation partielle des contrats. 1952; Tepeci, Kâmil: Notlu ve İzahlı Türk Medenî Kanunu, cilt: 1 - 3, 1946 - 1952.

(Burada ismi bulunmayan ve fakat etüdde zikredilmiş olan eserler bu derginin X uncu cildinin 457 nci sahifesinde gösterilmiştir.)

hukukî muamele yapmak arzusunda bulunan ve binaenaleyh bir hukukî neticeye varmak isteyen bir kimsenin, bu gayeye vâsıl olması için, vâki irade beyanının istihdaf olunan gayeye götürür mahiyette olması lâzımdır. İrade beyanı, bir hukukî muamelenin asgarî bir şartı olmakla beraber, her zaman kâfi bir unsur değildir¹.

Bir irade beyanının matlûp hukukî neticeyi tevlit edebilmesi için, muamelenin nev'ine göre, objektif hukuk tarafından zarurî unsur telâkki edilmiş olan diğer unsurların da mevcut olması lâzımdır. Meselâ, bir satış akdinde müşterinin mebia temellük etme, bâyiin de temlik etme arzuları, müşterinin bâyie semeni ödeme, bâyiin de bu semen üzerinde mülkiyeti temin gayeleri mevcut olmalıdır. Taraflar, yapmış oldukları bir hukukî muameleye, satış akdi adını vermiş olsalar bile, bu söylenen hususlar üzerinde, taraflar mutabık olmadıkça, o hukukî muamele, satış akdi olamaz. Kezâ, bir şirket akdi, müşterek gaye ve mükelleftiyetleri tazammun eder. Bir mirasçı nasbi, murisin vefatında, bir kimseye, terekenin bir kesri veya tamamı üzerinde, bir hak bahşeder. İşte, yapılmak istenilen bir hukukî muamelenin bir satış, bir şirket akdi, veya bir mirasçı nasbi olabilmesi için, o hukukî muamelenin, mezkûr hususları behemahal ihtiva eylemesi lâzımdır. İşte bu unsurlara o hukukî muamelenin "essentialia negotii" si denir. Bu unsurlar, o nevidendir ki, ademi mevcudiyeti, hukukî muamelenin doğumuna mâni olur ve binnetice muamele hükümsüzdür².

Fakat, kanun bazen muayyen ve zarurî olan şartları muhtevi olan bir muamele nevi için, o hale uygun hükümler ihtiva eder. Taraflar, bu hususta sarîh bir anlaşma yapmamış da olsalar, kanunun derpiş eylemiş olduğu hükümler, müdahale eder ve hükümler o hukukî muamele hakkında tatbik olunur. Meselâ, bir satış akdinde bâyi, sarîh olarak, derpiş eylememiş olsalar bile, mebiin aybinden sorumludur (BK 194). Temerrüt halinde borçlu, hasardan (BK 102), kezâ borçlu sureti umumiyede ademi ifasından doğan zarardan (BK 96) sorumludur. Tarafların bu hususlar hakkında, kanunun hükmüne benzer hükümler koymaları, durum üzerinde tesir etmez. Taraflar, böyle bir kayıt koymuş olsalar bile, haklarında tatbik olunacak hüküm, yine kanunun hükmüdür. İşte kanunun kendiliğinden, her hukukî muamele nev'i için, lüzumlu gördüğü hükümlere, o hukukî muamelenin "naturalia negotii" si denir.

1) Von Tuhr, Allg. Teil. Bd. II. 1. s. 144, §61; Schwei. Obli. Bd. I. s. 147. Schwarz, Borçlar Bd. I. 1. s. 155.

2) Windscheid, Bd. I. §85. s. 231. No. 1; von Tuhr, Allg. Teil. Bd. II. 1. s. 196, Schwei. Obli. Bd. I. s. 145. Erich Jung. s. 650, Stiefel s. 27.

Bir hukukî muamelenin nev'ine göre, tabii olan hukukî neticeleri tâdil veya bunlardan inhiraf eden birtakım halleri, tarafların, önceden muamelelerinde derpiş eylemeleri mümkündür. Meselâ, kanunun tâyin eylemiş olduğu neticeyi daha yakından veya tafsilen tesbit edebilecekleri gibi, kanunun kabul ettiği ifayı talep hakkının yanı başında, bir de akid-den rücu hakkını kabul edebilirler. Kezâ, ademi ifadan mütevellit tazminat talebi hakkının yanı başında bir de cezaî şartı derpiş edebilirler.

İşte bir hukukî muamelenin varlığı için zarurî olmayan ve fakat derpiş olunması için bir mâni de bulunmayan bu nevi kayıtlara "accidentalialia negotii" denir.

Normal olarak, bir hukukî muamele, o muamele nevi için, zarurî olan şartların içtimai ile vücut bulur, ve bu andan itibaren devamlı olarak, hüküm ve netice husule getirir. Böyle zarurî olan unsurları da ihtiva etmek üzere, bir hukukî muamele yapan veya yapanlar, bu hukukî muamelenin hukukî tesirler (hukukî neticeler) husule getirmesini, ileride vukua gelmesi melhuz olan ve fakat şimdilik meçhul bulunan bir veya birkaç hâdisenin vuku veya ademi vukuuna tâlik edebilirler.

Esas itibariyle, böyle bir kayıt, hukukî muamelenin bünyesine yabancıdır, ve anzidir. Fakat tarafların veya tek taraflı hukukî muamelelerde o muameleyi husule getirenin, böyle bir kaydı o muameleye ilâve eylesine bir mâni de yoktur. Böyle bir kayıt, yukarıda söylediğimiz *accidentalialia negotii* nevindedir. Bu son mahiyette olan, yâni, bir hukukî muamelenin hukukî tesirler (neticeler) tevlit etmesini ve etmemesini meçhul ve müstakbel hâdiselere bağlayan kayıtlara, "şart" denir³.

Nitekim, Borçlar Kanunu, akidler hakkında (BK 149-155) bu imkânı sarîh olarak tanımaktadır. O halde, üzerinde durduğumuz mânada bir şart, o hukukî muamelenin tâli (accidentalialia negotii) unsurlarındandır. Bu itibarla şart, bir hukukî muameleye vücut veren irade beyanının, ve dolayısıyla bizzat o hukukî muamelenin, bir unsurunu teşkil eder.

Bir hukukî muameleye, şart şeklinde ilâve olunan bir kaydın, hukukî mevkiinin bu suretle tâyin ve tesbiti, ancak objektif hukuk yönündendir. Yâni, objektif hukuk yönünden şart, bir hukukî muamelenin tâli bir unsurudur. Fakat, şart mahiyetinde olan bir kaydı, onu meydana getiren kimse veya kimseler yönünden ele alacak olursak, mesele biraz

3) Windscheid, Bd. I. §85, s. 232, von Tuhr, Bd. I. §20. VIII. s. 146, Arsebük, c. I. §25. XIV. s. 228; Stiefel 27.

daha ehemmiyet kesbeder. Objektif hukuk yönünden tâli bir unsur olan şart, sübjektif (hukukî muameleyi meydana getiren kimseler yönünden) ve hukukî muamelenin takip ettiği gaye bakımından asli bir unsur olduğunu görürüz. Binaenaleyh, teknik mânada bir şart, objektif hukuk bakımından *accidentalia negotii* olduğu halde, onu meydana getiren veya getirenler yönünden *essentialia negotii*'dir. Yâni o muamelenin asli unsurudur. Bunun pratik neticesi bir hukukî muamelenin asli unsuruna ârız olan bir sakatlığın bütün hukukî muameleyi ortadan kaldırmasındadır (BK 20/II).

§ 12.— HUKUKİ MÂNADA ŞART :

I — *Şart müessesesinin gayesi* : Bir hukukî muamele, ferdlerin muayyen gayelere erişmek için seçmiş oldukları hukukî bir vasıttan ibarettir. Bir hukukî muamele yapan, seçmiş olduğu vasıtanın, kendisini istediği gayeye götüreceği kanaatindedir. Her hukukî muameleye böyle bir düşünce tekaddüm eder¹.

Gayelere erişmek için vakıaların takdiri tamamiyle keyfidir. Bir gayeye erişmek isteyen, bu gaye ile alâkalı vâkıaların mevcut olacağından emin ise, iradesini kayıtsız ve şartsız olarak izhar eder. Fakat o, bu vakıalar mevcut olup olmayacağından emin değilse, iradenin kayıtsız ve şartsız izharı doğru olamaz. İstikbaldeki durumun vuzuhsuzluğuna rağmen, kayıtsız ve şartsız doğru olamaz. İstikbaldeki durumun vuzuhrâğmen, kayıtsız ve şartsız taahhüt altına girmekte, maksut olan gayeye erişilememe tehlikesi mevcuttur. Çünkü, nazarı itibara alınan meçhul hâdisenin tahakkuk etmemesi, matlûp olan gayeye erişilememeyi intaç edecektir. Bilhassa, ölüme bağlı tasarruflarda bu ihtiyaç daha fazladır. Burada ekseriya, önceden tâyini ve ne şekil alacağı matlûm olmayan, çok uzak istikbale ait tasarruflar mevzuu bahistir. Bu tasarruflar, ekseriya musaleh veya mansup mirasçılarn ileride evlenmesi, çocuk sahibi olması veya herhangi bir mesleğe girmesi, müzayakada bulunması vesaire gibi haller için tasarrufta bulunanın tasarrufuna hususî kayıtlar koyma ihtiyacı, bilhassa kendisini gösterir. Gerek sağlar arası ve gerek ölüme bağlı tasarruflarda, bu ihtiyacı karşılayacak olan hukukî müessese “şart” müessesesidir. O halde şart, her şeyden evvel, bir hukukî muamelenin akdinde henüz vukuu meşkûk olan durumları şimdiden hesaba katma imkânını veren bir hukukî vasıttan ibarettir². Bøy-

1) H. Titze, Rechtsgeschäft, Rechtsverleichendes Handwörterbuch V. s. 789-845; A. B. Schwarz, Borçlar. Bd. I. s. 152, von Tuhr. Bd. I. §20. s. 133.

2) Steifel 4.

lece şart, hukukî muameleleri gayri muayyen ve meşkûk durumlara da intibak ettirmek gibi, pratik bir maksada hizmet etmekte ve bu suretle, ferdi muhtariyeti ehemmiyetli surette genişlemektedir³.

II — Şartın kanunumuzda hükme bağlanması ve şümulü : Şart müessesesi Borçlar Kanunumuzun umumî hükümleri arasında “borçların nevileri” hakkındaki “Dördüncü Bab” ın ikinci faslında “şarta bağlı borçlar” adı altında, 149-155 inci maddeler arasında hükme bağlanmıştır. Şartın kanunumuzdaki mevkiine bakılacak olursa, onun yalnız “akidler” sahasına münhasır olduğu ve akid vasfını haiz olmayan hukukî muamelelerin, bunun dışında kaldığı akla gelebilir. Bahusus, Medenî Kanunun beşinci maddesi delâletiyle Borçlar Kanunundaki hükümlerin medenî hukukun diğer kısımlarına teşmiline hiç değilse lâfzan müsait değildir. Bununla beraber, Borçlar Kanununun 149 - 155 inci maddesinde hükme bağlanmış bulunan hükümler, medenî hukukun diğer kısımlarında mevzuubahs olacak hukukî muamelelere de şâmindir⁴.

Borçlar Kanununun şart hakkındaki mezkûr hükümlerinin, M.K. 5 delâletiyle, borçlar hukukunun dışında kalan, bahusus tek taraflı hukukî muameleler hakkında da tatbik edilip edilemeyeceği hususunda haklı olarak tereddüt olunabilir. Zira, M.K. 5 in muhtevası, mezkûr hükümlerin, akidler dışına da tatbik edileceğini ifade eder mahiyette değildir, daha doğrusu bu madde bu vuzuha malik değildir. Medenî Kanunun beşinci maddesinde “akidlerin in’ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taallük edip” denilmekte ve bu suretle bu hallerin hiç birisine girmeyen şart müessesesi, Medenî Kanunun beşinci maddesinin dışında kalır gibi gözükmektedir. Çünkü şart müessesesi, M.K. 5 de bahsedilen akdin “in’ikadı”, “hükümleri” ve “sukutu” hallerinden biri değildir. M.K. 5 de tâdat olunan hususların (akitlerin in’ikadı, hükümleri ve sukutu) her biri Borçlar Kanununun birinci, ikinci ve üçüncü bablarının mevzu-larını teşkil eylemekte, 149 - 155 inci maddelerde hükme bağlanan şart, bu bablar dışında kalmaktadır. Üstelik şartın ana tarifini veren BK 149 ise daha tahdidi bir ifadeye malik bulunmaktadır. Filvaki, bu maddede, Almanca ve Fransızca asıllarına uygun olarak bir “akid” den bahis olunmaktadır. Bu itibarla, evvel emirde bu tereddüdü izale etmek ve şart hakkındaki BK 149 - 155 hükümlerinin Medenî Kanunun diğer sahala-

3) A. B. Schwarz, Borçlar. c. I. s. 44. s. 406, von Tuhr Bd. II. §84. I. s. 698, Arsebük, c. II. §90. I. s. 995.

4) Egger, Art. 7, No. 4; Oser, s. 682. No. 2; Becker, s. 712, No. 1; Escher, Art. 682, No. 7; Tuor, Art. 482, No. 2.

rında ve bilhassa ölüme bağlı tasarruflar hakkında da tatbikini sağlamak lâzımdır.

Bunun için, evvelâ, Medenî Kanunun beşinci maddesini daha genişçe bir tefsire tâbi tutmak lâzımdır. Ancak bu şekildeki bir tefsir, şart hakkındaki Borçlar Kanunu hükümlerinin “Medenî Kanunun diğer kısımlarına” teşmiline imkân verecektir. Bunun için, İsviçre medenî ve borçlar kanununun Almanca metnini gözönünde tutacak olursak meselâ, daha kolay anlaşılacaktır. M.K. 5 de “*Die Allgemeine Bestimmung des obligationenrechtes über die Entstehung. Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche verhältnisse = Borçlar hukukunun akidlerin doğumuna, ifasına ve sukutuna mütedair olan umumî hükümleri, diğer medenî hukuk münasebetlerine de tatbik olunur.*” Burada, bilhassa üzerinde durmak istediğimiz hüküm, “*Entstehung der verträge = akidlerin doğumu*” tâbiridir Maddenin bu kısmı, Fransızca aslına uygun olarak, bizim M.K. 5 de, “akidlerin inikadına” şeklinde ifade olunmuştur. Buna mukabil, yine İBK nun birinci kısmının birinci babının başlığı “*Die Entstehung der obligationen = borçların teşekkülü*” şeklinde kanunumuza tercüme olunmuştur. Burada “inikad” tâbiri yerine, “teşekkülü” tâbiri kullanılmıştır. Buna mukabil, Fransızca metinde, bu babın adı “*De la Formation des obligation*” dur. M.K. 5 deki “*akidlerin inikadı*” tâbirinden, Borçlar Kanununun 1 - 66 ncı maddeleriyle hükme bağlanan “*borçların teşekkülü (doğumu)*” anlaşıldığına göre, biz, Medenî Kanunun beşinci maddesini “*borçların doğuşuna ve...*” şeklinde anlamalıyız. Yapılan iş, M.K. 5 i, bu maddenin atıfta bulunduğu “Bab” başlıklar ile anlamaktan ibarettir. Bununla varılmak istenilen netice şudur: Medenî kanunun 5 inci maddesini “*borçların doğuşuna... teallük edip borçlar (kanunu) kısmında yazılı bulunan hükümler diğer medenî hukuk münasebetlerine de tatbik olunur*” şeklinde anlamaktır.

Buna göre, şartın da borç doğuran hallerden olup olmadığını aramak lâzımdır. Daha evvel de söylendiği gibi, şartın gayesi, gerek iki taraflı ve gerek tek taraflı hukukî muamelelerde, bir borç münasebeti vücade getirmek, veya esasen doğmuş olan böyle bir borç münasebetini ortadan kaldırmaktır. Filvâki, tâliki şartlarda, şartın tahakkuku ile borç meydana gelmekte (doğmakta, teşekkül etmekte); infisahî şartta ise meydana gelmekte (doğmakta, teşekkül etmek); infisahî şartta ise mevcut olan bir borç sukut etmektedir. Binaenaleyh, şart, tâliki ise, medenî kanunun 5. maddesinin anladığı mânada bir borç doğuran sebep olacak, infisahî ise yine, M.K. 5. mucibince borcun bir sukutu sebebi olacaktır. Bu suretle de medenî kanunun 5 inci maddesi hükmü, şarttan

doğan borçları, ve hususiyle, tek taraflı hukukî muamelelere, ezcümle, ölüme bağlı taraflara merbut bulunan şartlardan doğan borçları da içine alacaktır⁵.

Bertaraf edilmesi lâzımgelen diğer bir müşkülât da, şart hakkında ana hükmü ihtiva eden M.K.nun 149 uncu maddesinden gelmektedir. Filvâki, bu maddede Almanca ve Fransızca metinlere uygun olarak, bir "akid" den bahis olunmaktadır. Kanun burada "akid" tâbirini kullanmakla, şartın akid vasfını hâiz olmayan hukukî muamelelerden doğan borçların şarta tâbi olmayacağını mı söylemek istedi? Bu hususta bizi tenvir edecek olan kaynak da borçlar kanununun hazırlık çalışmalarıdır. Bu hazırlık çalışmalarından anlaşıldığına göre, şart müessesesi tek veya iki taraflı veya daha ziyade taraflı olsun bütün hukukî muamelelere, şâmil bir müessesedir. Filvâki B.K. 149 aslı olan İ.M.K. 151 inci maddesinin Almanca metni projesinde "*Rechtsgeschäft = Hukukî muamele*" tâbiri kullanılmakta idi. Bu suretle şart, bütün hukukî muamelelere konan bir kayıt oluyordu. Fakat mezkûr tâbirin Fransızcaya tercümesinin gösterdiği müşkülât yüzünden, "*hukukî muamele tâbiri*" yerine "*akid*" tâbiri kullanıldı. Bu tâdil ile, sadece bir ifade kolaylığı elde edilmek istenildi ve müessesenin tatbik sahasının daraltılması düşünülmedi. Bilâkis, M.K. 5 delâleti ile, şart hakkındaki hükümlerin, bütün hukukî muamelelere tatbiki tabii telâkki edildi ve bu mucip sebep ile "*hukukî muamele*" yerine "*akid*" tâbirinin kullanılmasında bir mahzur görülmedi⁶.

Bugün doktrin, şart hakkındaki hükümlerin tek taraflı hukukî muamelelere de şâmil bir müessese bulunduğu ve 149 uncu maddedeki "akid" tâbirinin sırf tahrir kolaylığını temin bakımından kullanılmış olduğu hususunda müttefiktir⁷.

Kaldı ki, M.K. 462 de kanun, ölüme bağlı tasarruflara "şart" konulabileceğini sarîh olarak söylemektedir. Evvelâ ölüme bağlı tasarrufların en mühim kısmını tek taraflı muameleler teşkil eder. Bu suretle kanun, tek taraflı hukukî muamelelerin de şarta tâbi olabileceğini, sarîh bir surette ifade eylemiş demektir. Saniyen, M.K. 462 de "şart" dan bahis olunmaktadır. B.K. 149 - 155 haricinde, ne borçlar ve ne de medenî kanunumuzda şart müessesesi hükme bağlanmış değildir. Kanun, M.K.

5) Egger, Art. 7, No. 10; Stiebel, s. 45.

6) Protokol der Expertenkommission 12.10.1908.

7) Oser, Art. 151 - 157, No. 16; Becker, Art. 151 - 157, No. 1; Stiefel 45.

462 de şarttan bahis ederken, bunun malûm bir müessese olduğu fikrinden hareket etmiştir. Bu ise, ancak, borçlar kanununun 149 - 155 nin hükme bağladığı müessese olabilir.

III — Şart mefhumu ve neveleri :

1) *Umumiyet itibariyle* : Bu etüdün gayesi, ölüme bağlı tasarruflarda şartı tetkik etmektir. Fakat şart müessesesi, miras hukukunda da hukukun diğer sahalarında tatbik edilen şart müessesesinden, bir ayrılık arz etmez. Ölüme bağlı tasarruflardaki şartın mahiyet ve hüküm ve neticeleri hakkında, medenî kanunumuzun miras hukuku kısmında hususî bir hüküm mevcut değildir. M.K. 462 sadece ölüme bağlı tasarruflarda “şart” ilâve olunacağını söylemekle iktifa etmiştir. Bu müessese, olsa olsa B.K. 149 - 155 de hükme bağlanan şart müessesesi olacaktır. Bunun ise, borçlar hukuku sahasına ait bir müessese olması itibariyle, miras hukukuna giren bir tetkik de bu müessesenin tetkikinden kolayca sarfnazar olunabilirdi. Fakat şart, müessesesinin bilhassa ölüme bağlı tasarruflar sahasında, çok tatbik edilmekte olması ve buna mukabil müessesenin tahmin olunduğundan karışık ve nazik bulunması, bizi hic değilse, “şart” müessesesinin mefhumu üzerinde durmağa sevk eylemektedir⁸.

O halde “şart” ın ne olduğunu anlamak için, borçlar hukukuna müracaat etmek mecburiyetindeyiz. Borçlar kanunu ise şartı tarif eylemiş değildir. Şart mefhumuna mütedair olan B.K. 149, “şart” tâbirinden, iki ayrı hususu anlatmak ister. Bunlardan birincisi : Tarafların bir hukukî muameleye koymuş oldukları bir kayıt, bir hüküm (Klansel = Clause) dır. Burada kasdedilen müstakbel ve meşkûk bir hâdisenin kendisi değil, hukukî muamelenin hukukî tesir husule getirmesinin meçhul bir hâdiseye bağlanmasıdır. (Meselâ imtihanda kazanırsan, evlenirsin, gibi).

Hukukî muameleye konan böyle bir kayıt ile, hukukî muameleyi meydana getiren kimse müşahhas bir halde, hukukî muamele için esaslı olmayan, meçhul bir hâdiseyi, onun esaslı bir unsuru haline kalbilmektedir⁹.

8) Şart mefhumu üzerinde etraflı bilgi için şu etüdlere yollarız :

Dr. Gottfrei Stiefel, Über den Begriff der Bedingung im Schweizerischen Zivilrecht 1919; Dr. A. Recâi Seçkin, La Réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques 1939. A. B. Schwarz, Bedingung, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. II. s. 391 - 426.

9) Oser, Art 151 - 157 No. 3; A. B. Schwarz, Borçlar s. 44. I. s. 405; Stiefel 46.

Buna “*Bedingende Bestimmung* = şartı meydana getiren kayıt” denir. İkinci anlamda şart ise; hukukî muameleyi meydana getiren kimşenin, öyle müstakbel hâdisedir ki, bu hâdisenin tahakkuk edip etmemesine göre, o muamele, hukukî tesir meydana getirecek veya getirmeyecektir. Buna da “*bedingende tatsache* = şartı yapan vâkıa” denir¹⁰.

2) *Kayıt mânasına gelen şart* : Bu mânada bir şart, hukukî muameleye muhtelif suretle vazolunur: Sureti umumiyede bir şartı şiga böyle bir kaydın mevcudiyetine delâlet eder: (“şu şartlar altında...” “ise...” “olursa...” “isek...” gibi) şartı tazammun eden bir kayda, bir irade beyanının veya hukukî muamelenin tesiri (hukukî neticesi) nin, meçhul bir hâdiseye muallâk olması halinde, ihtiyaç görülür. Bir seyahat, bir inşaat veya herhangi belirli bir iş yapmak için para vâdetme halinde, durum böyledir. Vaad olunan paranın verilmesi, mevzu bahis seyahat veya inşaatın yapılması şartına tâbidir. Şu kadar ki, tarafların bunu böyle arzu eylemiş olmaları lâzımdır. Türkçede (“eğer” “ise” “kaydiyle” “şartiyle”) tâbirleri, yapılan hukukî muamelenin şarta tâbi bir muamele olduğuna delâlet eder. Bir kaydın teknik anlamda bir şart olabilmesi için, şart olarak gösterilen hâdiseye ile hukukî muamelenin netice arasında bir illiyet rabitası olmalıdır. Hukukî tesir (netice) husule getirmesi meçhul bir hâdiseye muallâk bulunan hukukî muamele ile buna mütedair olan irade beyanı arasında bir netice ve illiyet münasebeti mevcut olmalı, ve bu iki unsur bir vahdet halinde kendini göstermelidir. Bu unsurlardan birisinin aslı, diğlerinin fer’i cümlede bulunmasının ehemmiyeti yoktur.

Kayıt mânasına gelen şart, bazen “fer’i hüküm = *Nebenbestimmung*” adı altında, mükellefiyet ve ecel müesseseleriyle birlikte tetkik olunur¹¹.

Böyle bir tasnif, hususî hukukun sistematize edilme ihtiyacından doğmaktadır. Hususî hukukta bir umumî hükümler kısmı ihdas edilme arzusu, şart, mükellefiyet ve ecel müesseselerin “fer’i hükümler = *Nebenbestimmung*” adı altında tetkikini intaç etti. Bu tasnif, işin mahiyetinden ziyade, sistemleştirme arzusundan doğdu¹².

10) Oser, Art 151 - 157, No. 4.

11) R. B. Schwarz. *Bedingung. Vergleichendes H. W.* s. 393, hattâ bazı kanunlar şartı fer’i bir hüküm telâkki ederler: Prusya Umumî Kanunu, 15, SS. 226, Saksonya Medenî Kanunu SS. 108. Avusturya Medenî Kanunu SS. 897.

12) Labeo III, s. 7. Stiefel 45. Irma - Stifel 45.

Müellifler, bu hususta esaslı bir mucip sebep gösteremediler. Roma hukukunda da bu tasnif mevcut değildir; onlar sadece, şart ile mükelleftiyet arasındaki farkı tebarüz ettirmekle iktifa ederler. Fittin şartın tâli bir hüküm olduğunu reddeder¹³. Çünkü ona göre şart, bir hukukî muamelenin esaslı unsurunu teşkil eder ve hukukî muamelenin mevcudiyeti yönünden fer'i ehemmiyeti haiz olan bir husus değildir. Şartlar taraflar yönünden esaslı bir ehemmiyeti haizdir. Bu bakımdan şart, hukukî muamelenin aslı bir unsurudur.

Fakat "fer'i" terimini, başka bir mânaya almak da mümkündür: bir irâde beyanının münferit hükümleri, objektif bakımdan, hep aynı ehemmiyeti haiz değildirler. Bir hukukî muamelenin muayyen tip bir hukukî muamele olabilmesi için, onun, objektif hukukun aradığı, evsafı hâiz olması lâzımdır. Bir muamelenin kanunun aradığı zarurî unsurları ihtiva eylemesi kâfidir. Bu hususiyeti haiz olan bir muamelenin, bazı değişik kayıtları ihtiva eylemesi, tip muameleye nazaran inhiraflar göstermesinin ehemmiyeti yoktur. Muayyen bir tip hukukî muameleye ilâve olunan şart kaydı da bu cümledendir. Bir hukukî muameleye şart kaydının ilâvesi, onun asıl vasfını ihlâl etmez. Zira şart, bu tip bir hukukî muamelenin mevcudiyeti için zarurî bir unsur da değildir. Eğer bir şart kaydı, hukukî muamelenin diğer zarurî unsurlarıyla içtima ederse, bu muamele, şartın çeşidine göre, hukukî tesirini daha sonra getirecek veya husule gelmiş bulunan tesirler, zail olacaktır. İşte, bir hukukî muamelenin varlığı için zarurî olmamakla beraber, ilâve olunmakla, bir mevcudiyet şartı olan kayıtlara, "fer'i hüküm" demek mümkündür. Bu mânada olmak üzere, modern hukukta da "fer'i hüküm = Nebenbestimmung" tâbirinin kullanıldığını görmekteyiz¹⁴.

Fakat bir hukukî muamelenin esaslı unsurlarından olan bir irade beyanının, bir şart tahtında izharı halinde, irade şarttan ayrılmakta, ve böylece, şart kaydına müstakil bir şahsiyet verilmektedir. Bu ise, şartın bünyesine uygun değildir; Yani şart irade beyanından ayrılabilir. İrade beyanından müstakil bir şartın mevcudiyetini tasavvur mümkün değildir. Şart ile irâde bir birlik, bir vahdet arzederler; birbirlerinden kabili tefrik değildirler. İrade şartla doğar, şartla ortadan kalkar. Aksi takdirde iradeyi, birisi aslı, diğeri fer'i olmak üzere ikiye tefrik etmek icap edecektir ki, bu da mümkün değildir¹⁵.

13) Arschie für ziv. Praxis Bd. 39. s. 308 (Stiefel 48 den).

14) Oser, Art 151 - 157, No. 2, Tuor Art 482, No. 3; Stiefel 48 ve buradaki görüşlere bakınız; Staudinger - Riezler Bd. I. s. 801, No. 1.

15) Enneccerus. Bd. I. §181 I. 1. s. 592; Leonhart. Allg. Teil, s. 383, Stiefel 49.

Şart, onu ihtiva eden irade beyaniyle bir küll teşkil eden bir *hâdise* olmakla beraber, objektif hukuk bakımından, şartı ihtiva eden bir irade beyanında iki hususu tefrik etmek mümkündür; Meselâ “Milletvekili seçildiğim takdirde bu evi kirayla tutacağım” dediğim takdirde, muamelelenin zarurî olan unsuru, mecur ile kira bedelidir. Bu zarurî unsura, zarurî olmayan bir hususiyet daha ilâve olunmuştur. Bu da meçhul olan “Milletvekili seçilme vâkiasıdır”, şu halde, böyle bir kaydı ihtiva eden bir irade beyanında zarurî olan ve olmayan kısımları tefrik etmek mümkündür. Bir hukukî muamelenin varlığı için, behemahal zarurî olmayan unsurlara “tâli veya fer’î hükümler” demek mümkündür. Hattâ İsviçre borçlar kanununun üçüncü projesinde, “şart” fer’î (tâli) hükümler başlığı altında hükme bağlanmakta idi. Fakat, sonra, bundan vaz geçilerek, dördüncü bapta “*Besondere verhältnisse bei obligationen == des Modalités des Obligations*” başlığı altında hükme bağlandı. Bu başlık fikrimize göre kanunumuzda isabetli surette tercüme edilmiş değildir. Almanca metini nazara alarak tercüme olunursa, buna “*borçlarda hususî durumlar*” demek muvafık olurdu.

Şart, bir hukukî muamelede zarurî olmayan bir kayıt olmakla beraber, ilâve olduğu hukukî muamele hakkında zarurî bir mahiyet arzeder. Çünkü hukukî muameleyi meydana getiren veya getirenler, ancak bu kayıtle o muameleyi arzu etmişlerdir. Fakat, burada ikinci bir ihtilâf zuhur etmektedir. İlâve olunan ve şart karakterini haiz olan bir kayıt, neyi kayıt altına almaktadır? Şart tahtında izhar edilen irade beyanının tazammun ettiği hukukî muamelenin, hukukî tesir (Wirkung) husule getirmesi, meçhul ve müstakbel bir hâdisenin vukuu veya ademi vukuuna tâlik olunmuştur. Üzerinde ihtilâf olunan nokta, şartta, sadece hukukî tesirin meydana gelmesi mi, yoksa, hukukî tesirleri meydana getirecek olan muamelenin bizzat kendisi mi şarta tâbidir?

a) Müşterek hukuktan gelen bir görüş tarzına göre; bir şart tahtında izhar olunan bir irade beyanı, sadece muayyen bir durumun mevcudiyeti halinde, matlûp olan *hukukî tesiri* meydana getirecektir. Bu fikre göre; mevcudiyeti şarta bağlı olan husus bizzat iradenin kendisi değil, matlûp olan *tesirdir*¹⁶.

Şarta tâbi olarak bir şeyi arzu eden, hukukî muameleyi, meçhul ve müstakbel hâdisenin tahakkukundan itibaren değil, *şartın tahakkuk etmesi halinde* arzu eder¹⁷.

16) “Das abhängt nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz des Eiwolten sei”. Windscheid, Bd. I. §86. No. 2, s. 233.

17) Adickes (Stiefel s. 52 den naklen).

Şartı muhtevi olan bir beyanda, iki çeşit irade görülür; birincisi, şartsızdır, bu meçhul ve müstakbel hâdiseyi şart mertebesine yükseltir. Diğeri de şartlıdır. Bunun mevcut olup olmayacağı ise meçhul ve müstakbel hâdiseye bağlıdır. Bu son halde, iradenin bizzat kendisi şarta tâbidir. İradenin şarta tâbi olduğu fikri, bugün artık terk edilmiştir. Çünkü irade, ruhî ve tabii bir vâkıadır. Bir vâkıa ya vardır veya yoktur; onun mevcudiyeti şarta tâbi olamaz. Şartı ihtiva eden iradenin bizzat kendisi değil, onun içindeki, onunla arzu edilen, onu muhtevası şarta bağlıdır¹⁸.

b) Diğer bir fikre göre de şartı ihtiva eden bir irade beyanı, iradenin kendisini değil, hukukî muamelenin bizzat kendi mevcudiyetini şarta tâbi kılmıştır. Bu nazariye, hukukî muamele fikrinin kendisine has olan bir anlayış tarzından hareket eder. Buna göre, bir hukukî muamele, ancak onun için zarurî olan anasırın içtimai ile tekemmül eder ve vücut bulur; şarta bağlı bir hukukî muamelede, arzu edilen hukukî tesir, meçhul bir hâdiseye muallâk kılınmıştır. Bu meçhul hâdiseye, vukua gelmedikçe arzu edilen netice de husule gelmez. Binaenaleyh, hukukî muamele bu halde henüz noksandır. Bir hukukî muamelenin mevcudiyetinin meçhul bir hâdiseye muallâk olduğunu kabul etmek demek, o muamelenin netice husule getirebilir mahiyette olduğunu da kabul etmek demektir. Her mevcut muamele, bir hukukî tesiri (neticeyi) tazammun eder. Tesir meydana getirir olma, bir hukukî muamelenin tabii neticesidir¹⁹.

Bir hukukî muameleyi meydana getiren, bütün unsurlar mevcut olmakla beraber, onun hukukî netice tevhit etmesi için, henüz meçhul olan müstakbel ve itmam edici bir vâkıaya (şarta) ihtiyaç varsa, o zaman muamelenin hukukî tesiri değil, onun bizzat kendi varlığı, şarta tâbidir. Çünkü, bir hukukî muamele, ancak, zarurî olan anasırın içtimai ile tekemmül eder. Şart adı verilen ve itmam edici bir karakteri olan müstakbel ve meçhul hâdiseye, burada muamelenin zarurî unsuru olarak kendini göstermektedir. Hülâsa bu görüşe göre, hukukî muamelenin varlığı ile onun hukukî tesir meydana getirmesi aynidir. Bunlardan birisi olmazsa diğeri de olmaz. Biri varsa diğeri var, demektir.

18) Savigny'nin iradenin takyidi nazariyesi bu fikrin başka bir ifadesidir. System. Bd. III. s. 99.

19) A. B. Schwarz, Vergleichendes H. W. s. 393, Enneccerus (Stiefel 15 den), Dernburg, Pandekten I. s. 79, s. 180. Bu husus hakkındaki münakaşalar için bak: Stiefel s. 13-21, Arwed Blomeyer, Bedingungslehre I. Teil. 1938. s. 42-52.

c) Pandekt hukukçular, bir hukukî muamelenin tesir husule getirmesinde en büyük âmili, irade beyanında gördüler²⁰.

Bunun dışında kalan ve hukukî tesirle alâkalı bulunan hususlar, (vâkıalar) hukukî muameleyi yaratan unsurlar değildir.

Fakat, bir hukukî muamelenin tevhit edebileceği tesirler bakımından, mühim olan her vâkıa, o hukukî muamelenin bir unsurudur. Bu unsurlardan birisi olan irade beyanı, diğerinden daha mühim bir mevki işgal eder. Bunun haricinde kalan ve fakat hukukî tesirin doğmasından müessir olan diğeri vâkıalar, ancak, hukukî muameleyi itmam edici bir rol oynarlar.

Fakat bu görüşler müsbet hukukumuzda uymamaktadır. Müsbet hukukumuzda göre, bir hukukî muamelenin mevcut olabilmesi için onun aynı zamanda matlûp ve maksut olan hukukî tesiri (neticeyi) meydana getirir olmasına lüzum yoktur. Yani müsbet hukukumuzda göre bir hukukî muamelenin varlığı ile onun matlûp hukukî tesiri husule getirir olması aynı şey değildir. Aksi takdirde bir hukukî muameleye var diyebilmek için, hukukî tesirin husule gelmesinde müessir olan anâsırın mevcudiyetine, gelip asıl hukukî muameleye iltihak etmesine intizar etmek icap ederdi. Meselâ, murisin hayatında tanzim ettiği bir vasiyetname, henüz matlûp olan *hukukî tesiri* (Rechtswirkung) husule getirmez. Bu tesirin husule gelmesi için, murisin ölmesi lâzımdır. Fakat muris ölmeden de, onun tarafından tanzim edilmiş bulunan bir vasiyetname, hiçbir hukukî ehemmiyeti haiz değildir, denemez. Zira, M.K. 484 bu halde dahi, vasiyetnameye tam bir hukukî muamele nazariyle bakmaktadır. Eğer bir hukukî muamelenin matlûp hukukî tesiri ihdas etmemesi, onun hukukî muamele olmasına mâni bulunsaydı, vasiyetnamenin de mirasın açılmasından evvel dahi bir vasiyetname telâkki edilmemesi lâzımgelirdi.

O halde, bizim hukukumuzda, bir hukukî muamelenin mevcudiyeti ile alâkalı olan iki çeşit vâkıayı, birbirinden tefrik etmek icap edecektir. Bunların bir kısmı, hukukî muamelenin varlığı için behemahal zarurî olanlar, diğeri de o hukukî muamelenin maksut olan hukukî tesirleri meydana getirmesi için zarurî olan vâkıalardır. Birinci neviden olan vâkıalar, o muamelenin hayatıyeti, varlığı ve onun üzerine olan tesiri bakımından behemahal lâzımdır. Bunlar, diğer çeşit vâkıalara nazaran, daha üstün bir rol oynar. Bu itibarla, bu neviden olan vâkıalara, o hu-

20) Windscheid I. §69, Zitelmann, Irtum s. 288 (Stiefel: 15, No. 4 den)

kuki muamelenin “âmili” demek mümkündür. Bir hukukî muamele için, bu dereceden ehemmiyetli olmayan vakıalar da vardır. Bunlar ise tâlî bir ehemmiyeti hâizdir. Bu tâlî vâkıa esasen kurulmuş, vücut bulmuş olan bir hukukî muameleye iltihak ederler; Onu itmam ederler. Hukukî muamele yaratıcı vâkıaların içtiması ile vücut bulmuştur. Fakat hukukî tesiri vücade getirmek için, ona itmam edici vâkıaların inzıam etmesi lâzımdır. O halde, bir hukukî muamelede hangi nevi vâkıaların kurucu ve hangilerinin ikmal ve itmam edici olduğunu tâyin etmenin pratik büyük bir ehemmiyeti vardır. Filvâki böyle bir hukukî muameleden doğan bir hak için, mühim olan an hangi andır? Yapıcı, kurucu anâsırların birleştikleri an mı; yoksa hukukî tesirleri yaratmağa başladığı an mıdır²¹?

Bu izahlardan varılan neticeye göre, bir hukukî muamele sadece kurucu ve yaratıcı vâkıaların birleşmesiyle vücade bulur. Onun aynı zamanda hukukî tesir vücade getirmesi de şart değildir. Bir hukukî muamele nev’inde, hangi çeşit hâdiselerin kurucu ve hangilerinin itmam edici olduğunu, ancak hukuk nizamı tâyin eder. Modern hukuka göre, yaratıcı unsurların başında irade beyanı gelir. Fakat, irade beyanı hukukî muamelenin bizzat kendisi de değildir. Bununla beraber, bir irade beyanının bizzat hukukî muamele olduğu hallerde vardır. Meselâ feshi ihbarda. Vasiyetname tanziminde tek irade bir hukukî muameleyi yaratmaktadır. Kezâ iki taraflı bir irade beyanı olan satış ve kira akidleri de böyledir.

Pandekt hukukçuları hukukî muameleyi, irade beyanının hususî bir hali telâkki ederlerdi. Windscheid’e göre hukukî muamele, hakların doğmasına, zevaline, tâdiline müteveccih iradî bir beyandır²² Dernburg’a göre, hukukî muamele, beyanda bulunanların hukukî münasebetlerini tanzim eden bir irade beyandır²³. Bu görüş modern hukukçular arasında da mevcuttur²⁴. Hattâ Alman medenî kanununun esbabı mucibesinde hukukî muamele tâbiri ile irade beyanı birbirlerinin müradifi olarak kullanılmıştır²⁵.

İrade beyanı bir hukukî muamelenin mevcudiyetinde en mühim unsur olmakla beraber, bu unsur, her zaman tek başına bir hukukî mu-

21) Stiefel 17.

22) Bd. I. §69. s. 174.

23) Pandekten. Bd. I. §91, s. 210.

24) Enndemann. BGB. II. §65. s. 269.

25) Motif. I. 126, Heinrich Titze, Rechtsgeschäft. Rechtsvergleicherdes. Bd. 5. s. 790.

ameleyi meydana getirmez. Onun vücudu için, diğer unsurların da mevcudiyetine ihtiyaç vardır. Meselâ, menkul mülkiyetin intikalinde tarafların bu husus hakkında iradelerini mutabık bir surette izhar eylemeleri kâfi değildir. Buna, teslim vâkiasının da inzıam etmesi lâzımdır. (M.K. 687). Kezâ ihraz da öyledir. Yalnız malik olma iradesi kâfi değildir. O şey üzerinde fiilen tasarruf da şarttır. (M.K. 691). Bu misallerdeki teslim veya şeye tasarruf unsuru hukukî muamelenin yapıcı ve yaratıcı unsuru olarak gözükmektedir; onsuz o hukukî muamele yoktur. Kezâ gayrimenkul mülkiyetinin iktisabında resmî senedin tanzimi ve tapuya tescil, (M.K. 633, 922) evlenmenin evlendirme memuru huzurunda cereyanı (M.K. 108) aynı mahiyette olan unsurlardır. Bu verilen misallerde, irade hukukî muamelenin kendisi değil, sadece onun bir parçasıdır. Yaratıcı mahiyetteki unsurlar — irade beyanı olsun veya ondan gayri olsun — tam olmadıkça, ortada bir hukukî muamele yoktur. Bu takdirde gayri mevcut bir hukukî muameleden bahis olunur²⁶. Yaratıcı olmayan, sadece itmam ve ikmal edici mahiyette olan vâkıaların mevcut olup olmayışı o hukukî muamelenin varlığı üzerinde müessir olmazlar. Bunlar, sâdece hukukî tesirin husule gelip gelmemesi üzerinde müessir olurlar. Meselâ, ölüm, doğum, hastalık, müddet, haklı veya haksız bir muamele (cezaî şartta) hattâ bazen bir irade beyanı (B.K. 38 deki muvafakat, tecrübe ve muayene satışındaki irade beyanı B.K. 219, veli veya vasinin icazeti M.K. 394 gibi). Bu vakıalar itmam edici vasfını bazen *tarafların iradelerinden* alırlar. İşte bir hukukî muameleye onu meydana getiren kimse veya kimseler tarafından ilâve olunan “şart” kaydı, böyle itmam edici bir vâkıadır. İtmam edici bir unsurun ademi mevcudiyeti, o hukukî muamelenin yokluğunu intaç etmez, sadece hukukî tesirin doğmasına mâni olur.

Kendisine bir şart ilâve olunan bir hukukî muamele, yaratıcı unsurları ihtiva ediyorsa hukukan mevcuttur. Fakat, ilâve olunan şart yüzünden hukukî tesirin husule gelmesini tehir etmektedir. Hukukî tesirin husul bulmaması, onun hukukî muamele olması vasfını ihlâl etmez. Tesir vücade getirme hukukî muamele mefhumunun zatında mündemiç değildir. Şarta tâbi bir hukukî muameleyi meydana getirmek için izhar olunan irade beyanında, ancak o muamelenin hukukî neticesi bir şart tahında doğacaktır. Bizzat kendisi şarta tâbi değildir. Yani hukukî muamelenin kendisi şarta tâbi olmayıp muhtevası, hükmü şarta tâbidir. Nite-

26) Dr. Jale Güral. s. 55, bilhassa not 76 daki literatüre bak.

kim hukuk nizamı şarta tâbi olan hukukî muameleler hakkında da hükümler vazeylemiştir²⁷.

Bu, belki de fuzulî telâkki edilebilecek olan, izahlardan maksat, borçlar kanunumuzun pek de sarîh olmayan ve şart müessesesinin ana hükmünü ihtiva eden 149 uncu maddenin anlaşılması için esaslı bir zemin hazırlamaktır. Bir hukukî muameleyi ve onun zarurî olan ve olmayan unsurlarının mevcudiyet veya ademi mevcudiyetinin neticelerini göz önünde tutmak suretiyle, B.K. 149 un tekabül ettiği İsviçre borçlar kanununun 151 inci maddesinin Almanca metnini okuyalım: “Bir akde bağlılık (ein vertrag, dessen verbindlichkeit) meçhul bir vak’anın vukuuna muallâk ise o akid şarta muallâk olur.” Daha evvel münakaşa ettiğimiz sebepler yüzünden, bu maddedeki “akid” tâbiri yerine “hukukî muamele” tâbirini kullanacak olursak, maddenin şöyle olması lâzımdır: “Bir hukukî muameleye bağlılık meçhul bir hâdisenin vukuuna muallâk ise, o muamele şarta bağlı olur.” Dikkat edilecek olursa, yukarıdaki izahlarımızın hilâfına olarak, metin, hukukî muamelenin tesir (netice) husule getirmesini değil, *bizzat hukukî muamelenin (akdın) mevcudiyetini şarta bağlamıştır*. Buna göre, şarta bağlı olan yalnız hukukî muamele (akid)’in tesiri değil, aynı zamanda, *bizzat hukukî muamelenin kendisi* henüz mevcut değildir. Diğer bir ifade ile, İsviçre borçlar kanununa göre, şart, hukukî muamelenin *itmam ve ikmal* edici bir unsuru değil, onu *yaratan* unsurlardan birisidir.

İsviçre medenî kanununun Almanca metninden çıkan bu netice hakikaten İsviçre kanununun arzu ettiği netice midir? Fransızca metne müracaat etmeden evvel bu neticenin İsviçre hukukunun sistemi olmadığını İsviçre borçlar kanununu meydana getiren tarihçesinden çıkarmak mümkündür. İsviçre borçlar kanununun 151 (TBK 149) nci maddesi, eski İsviçre borçlar kanununun 177 nci maddesinden alınmıştır. Bu maddeye göre: “Bir mukavele için borç (bağlılık) tevhit etmesi meçhul bir hâdisenin vukuuna tâlik edilmiş ise, o mukavele şarta bağlı olur.”

(“Ein vertrag, dessen verbindlichkeit von eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, ist als bedingt anzusehen”). Eski borçlar kanununa göre, borcun (bağlılığın, vecibenin) doğumu onun “tesiri” husule getirmesi gibi telâkki edilmiştir. Bir mukavele, tesir husule getirirse var demektir. Eğer henüz tesir husule getirmiyorsa yok demektir. Fakat eski İsviçre borçlar kanununun 171 inci maddesindeki Verbind-

27) Windscheid. Bd. I. §86; Dernburg, Pandekten §93. s. 217, BGB. I. §149. I, Endemann BGB. Bd. I. §76, Enneccerus Bd. I. §181. I; Leonhart Allg. Teil. s. 383; Reizeler s. 589, No. 4; Von Tuhr, Allg. Teil. II. 1. s. 201.

lichkeit = vecibe (borç, bağlılık) tâbirinden kastedilen mâna hukukî “tesir” dir. Şartın doğuracağı şey, mukavele değil, böyle bir mukavele- nin doğurabileceği borçtur. Eski borçlar kanununun Fransızca metni, da- ha sarıhtır. Buna göre “teşekkülü meçhul bir hâdiseye muallâk olan bir borç şarta bağlı olur”.

(L’obligation est conditionnelle, lorsque la formation en est subor- donnée à un évément incertain). Fransızca metinde “obligation = borç” dan bahis olunmaktadır. Bu da bir hukukî muamelenin neticesinden baş- ka bir şey değildir²⁸.

Hülâsa, 1881 tarihli kanuna göre şart, akti değil, onun *tesirini* tâlik eder. Borçlar kanunu tâdil olunurken, şart müessesesi üzerinde mef- hum değişikliği yapılmak istenilmedi. Her nekad eski borçlar kanu- nunun 171 inci maddesiyle, muaddel borçlar kanununun 151 inci mad- delerinin ifadeleri birbirinin aynı değilse de, bu ifade değişikliği, muhte- vadan ziyade lâfızdadır. Mütihazlar komisyonu, şart hakkındaki hü- kümlerin, akidler dışında tatbikini temin maksadiyle, yeni maddede (ob- ligation = verbindlichkeit) borç tâbirini kullanmaktan içtinap ile onun yerine “akid” tâbirini kullanılmıştır²⁹.

Zira, borçlar hukuku sahasında kalan hususlar hakkında, “borç = vecibe” tâbirinin kullanılması doğru olamazdı. Eğer İsviçre medeni ka- nunu şarta tâbi bir akidden bahsediyorsa, o bundan, *şarta tâbi bir tesir yapan akdi* kastetmektedir. Mukavelenin değil, onun tesirinin şarta tâ- bi olduğu bilhassa Fransızca metinden ve bundan tercüme edilmiş Türk- çе metinden daha vuzuhla anlaşılmalıdır. “Mukavelenin mevzuunu teş- kil eden *borcun mevcudiyeti*” denilmektedir, “Akdi mevcudiyeti” nden bahis olunmamaktadır.

Bu izahlardan sonra, Stiefel (s. 60) ile birlikte bir kayıt mânasına gelen şartı şöyle târif edebiliriz. “Şart bir hukukî muameleye konmuş öyle bir kayıttır ki, buna göre, o hukukî muamelenin *tesir husule getir- mesi* müstakbel ve insanlar için meçhul olan bir hâdisenin vukuuna tâ- lik olunmuştur”³⁰.

28) Hafner, Art 171, No. 1, Stiefel 56.

29) Protokoll der Expertenkommission 12.10.1908 (Stiefel 56), Oser s. 682, No. 1, Becker s. 712, No. 1.

30) BGB. §158. tâlik şartı şöyle tarif eder: “tâlik bir şart tahtında yapılan bir hukukî muamelede şarta muallâk tutulmuş olan tesir (= wirkung) şartın tahakkuku ile husule gelir.

3) *Bir vâkıa mânasına gelen şart*: B.K. 149, yapılan bir hukukî muamelenin bir “tesir” meydana getirip getirmeyeceği hususunun meçhul bir hâdiseye tâlik edilebileceğine müsaade eylemiştir. İşte, hukukî muamelenin tâliki şartta tesir meydana getirmesini, infisahî şartta, esasen husule gelmekte olan tesirin artık meydana gelmez olmasını intaç edecek olan meçhul “hâdis”, şartın ifade ettiği ikinci mânasıdır³¹.

“Şart” tâbirinin kayıt (vereinbarung = clause) mânasına gelen birinci mânası yanında, ikinci mânası da, *meçhul ve müstakbel bir hâdiseyi* ifade etmesidir. Şart tâbirinin bu suretle iki mânaya gelmesi, yalnız Türk - İsviçre hukukuna hâs bir hususiyet olmadığı gibi, modern hukukun meydana getirdiği bir durum da değildir. İki ayrı değişik durumu ifade etmesine, ve bu itibarla, mahzurlu olmasına rağmen, bu tasnif, tâ eskiden de mevcut idi. Hattâ Roma hukukunda *condiction* tâbiri böyle çifte bir mâna ifade ederdi³².

Bu ikinci mânadaki şarta, İsviçre medenî kanununun Almanca metni (İBK 151) “Ungewisse Tatsache”, Fransızca metni “un événement incertain”, Türkçe metin (TBK 149) ise “meşkûk bir hâdis” adını verir.

Vukuu veya ademi vukuu neticesinde, hukukî muamelenin tesir husule getirip getirmemesine sebep olacak olan bu “hâdis = vâkıa” dan maksat nedir? İttihaz olunacak bir karar üzerine, uzaktan veya yakından, tesiri olabilecek her türlü haricî vâkıalar, buna girer. Bir doğum, bir kaza gibi tabii bir hâdis olabileceği gibi, haklı veya haksız bir şey yapma veya yapmama gibi bir insan fiili de bu mânada bir hâdisedir. Fakat, böyle bir hâdisenin hukukî anlamda şart mertebesine yükselebilmesi için, onun bazı hususî evsafı da haiz olması lâzımdır.

a) Bir hâdisenin şart vasfını haiz bir hâdis olabilmesi için, onun, vukuu veya ademi vukuunun hukukî muamelenin tesir meydana getirip getirmemesinde müessir oluşu, hukukî muameleyi yapan ve yapanların, *iradesi* neticesi olmalıdır³³.

31) Oser, Art 151 - 157, No. 4, Becker, Art 151 - 157, No. 1, von Tuhr Bd. II. §84. I. s. 698; Riezeler. Bd. 2. s. 802. No. 3.

32) Windscheid Bd. I. §86, No. 3, s. 234; A. B. Schwarz. Vergleichendes H. W. s. 392. Bu husustaki Endemann tenkidi: Bd. I. s. 76, Riezeler Bd. I. s. 802. 3; Bu mânadaki şarta Almanlar: ungewisse Umstand = bedingende tatsache = bedingte Rechtsfolg derler. Oser, Art 151 - 157, No. 4, Stiefel s. 60.

33) Oser, Art 151 - 157, No. 3, 9, Becker, Art 151 - 157, No. 2, von Tuhr §84. V. s. 703, Stiefel 61.

b) Bu, meçhul bir hâdise olmalıdır. Buna Almancada “üngewissheit”, Fransızcada “incertain” denir. BK 149 da bu unsur “meşkûk” terimi ile ifade olunmuştur. Şartın meçhul bir hâdise olduğu Alman mendeni kanununun 158 inci maddesinde de tasrih edilmemiştir. Fakat tâ Roma ve müşterek hukukundan beri, şart mefhumunda bu unsur mevcuttur³⁴.

Bu husustaki vuzuhsuzluğuna rağmen bu nokta üzerinde Alman doktrininde tam bir mutabakat mevcuttur. Alman hukukuna göre, “şart” tâbiri bu meçhullük unsurunu zatında ihtiva eder³⁵.

Malûm ve vukuu muhakkak olan bir hâdise şart olamaz. Fakat “meçhul”, “gayri malûm” veya “meşkûk” hâdiseden ne murad olunmaktadır? Çünkü, insanların seviyesine, bilgi derecesine veya mâlik bulunduğu imkânlarla, hattâ aynı seviyedeki insanlardaki samimî kanaat ve inançlara göre, bir hâdisenin vukuu veya ademi vukuu muhakkak veya meşkûk olabilir. Binaenaleyh, şartın bu unsuru biraz izafi bir kıymet haizdir. Evvelâ şunu söylemek lâzımdır ki, burada meçhul veya malûm oluş, sadece hukukî muameleyi meydana getirenlerin takdirlerine tâbidir. Zira, bir hâdisenin vukuu veya ademi vukuu, onu, nazara almak suretiyle, bir hukukî muameleye tevessül eden, ve onu hukukî muamelenin tesir husule getirip getirmemesi hususunda ehemmiyetli gören, onlardır.

Meçhul ve meşkûk oluş, hukukî muameleyi yapan zaviyesinden de olsa, onlarca meçhul olan her hâdise şart vasfını haiz midir? Zira, bir kimse için meçhul olan bir hâdise, diğer bir kısım kimseler için, malûm olabilir. Hattâ aynı seviyedeki insanlarda bile, bu hususta aynı görüşte olmayabilir. Bundan başka, meçhul veya malûm olmanın da bir derecesi vardır. Birçok hâdiseler meçhuldür. Fakat biraz görüş zaviyemizi genişletirsek, hayat tecrübelerimizi göz önüne alırsak, meçhul olan hâdiselerin azaldığını görürüz. Hattâ, mukadderata, herşeyin önceden tâyin olduğuna inanan insanlar pek çoktur. Bu görüş tarzına göre hiçbir şey beklenmedik değildir.

Kanunumuz bu hususta, aydınlatıcı bir târif vermemekte ve sadece “meşkûk bir hâdise” den bahsetmektedir. Bu suretle, kanun, nenin meçhul veya meşkûk olduğununun tâyinini, doktrin ve içtihadı bırakmış bulunmaktadır. Burada ne çeşit bir meçhullük olduğunu söylemeden, ne

34) Windscheid, Bd. I. §87, s. 237; Dernburg Bd. I. s. 105. s. 245, A. B. Schwarz, Vergleichendes H. W. Bd. II. 392.

35) Von Tuhr, Allge. Bd. I. §80, I. s. 270; Enneccerus - Nepperdey Bd. I. §180. I. s. 590, Staudinger - Riezler Bd. I. s. 802, No. 3.

çeşit bir meçhullük lâzım geldiğini, ve şart müessesesinin gayesinde, sebebi vücudünde aramak lâzımdır.

Şarta tâbi bir hukukî muamele ile şart olarak gösterilmiş olan hâdis arasında, bir *illiyet* münasebeti vardır. Ancak ferdi bir ihtiyaç bir hukukî muamele yapanı, yaptığı muamelenin ancak bazı durumlarda hukukî tesir husule getirmesini zarurî kılar. Âkidi bu çeşit bir hukukî muameleye sevk eden âmil bizzat muamelede şart olarak gözükken hâdisedir. İşte, tam bu durum karşısında hukukî muamele arzu edilir, veya edilmez. Müşahhas bir hâdisede, hangi nevi hâdiselerin bu neviden şart vasfını haiz olduğunu sarîh olarak söylemiş değildir. Hangi nevi hâdiselerin hukukî muamelenin mukadderatı üzerinde müessir olması lâzım geldiğini, hukukî muameleyi yapanlar, tâyin ederler. Sureti umumiyede bir hukukî muamele yapılırken, tarafların nazarı itibara aldıkları vâkıalar esasen mevcut ise, o hukukî muamele yapıldığı andan itibaren hukukî tesir meydana getirir. Fakat, hukukî muamelenin yapılması esnasında, tarafların nazarı itibara aldıkları hâdis, henüz vukua gelmemiş ve vukua gelmemesi de muhtemel ise, muamele başka bir mahiyet alır ve âkidler başka bir gaye takip ederler. Şart denilen ve hukukî muameleyi yaparken tarafların nazarı itibara aldıkları hâdisenin şu veya bu suretle tecelli etmesinde yakın menfaatleri vardır. Onlar akdi menfaatlerini ona göre tevzin ederler. Adetâ, istikbalin hâdisatı üzerinde speküle ederler. Böyle bir spekülasyon arzusu, bir zaman mefhumunu zarurî kılar. Hukukî muamelenin — akidlerin kasdına göre — kendisinden beklenen neticeyi verebilmesi için, uzun veya kısa süren bir zaman devresine ihtiyaç vardır. Pek kısa da sürmüş olsa, bu devre sonunda, âkidlerin nazara almış oldukları durum, şu veya bu surette tecelli eder. Fakat hâdisenin tecellisine kadar bir meşkûkiyet, bir şüphe devresi hüküm sürer. İşte bu meşkûkiyet (muallâkiyet veya şüphe devresi = *Schwebezustand*) şart müessesesinin esasıdır³⁶. Âkidler arasındaki menfaat muvazenesini temin eden işte bu durumdur ve bu durum âkitlerin mütekabil menfaatlerini teminat altına alır. O halde bir hâdisenin, bir hukukî muameleye teknik mânada şart olarak girebilmesi için, onun husule gelip gelmeyeceği muhakkak olmalıdır. Şartın tahakkukundan evvel, fakat hukukî muamelenin yapılmasından sonra, bir meşkûkiyet devresinin mevcut olması lâzımdır.

Bu anlayış, esas itibarıyla, tâ Roma hukukunda mevcuttur. Bu hukuka göre, *per rerum naturam* olan, yâni, mahiyet itibarıyla vukua gel-

36) Oser, s. 683, No. 8, Becker s. 713, No. 3, Schwarz, Borçlar 409, III. a.

meleri tabii olan hâdiseler taraflarca meçhul de olsalar şart olamazlar³⁷. Ancak “an quantum in natura hominum sit possit scire” (D. 12. I. 38) olan hâdiseler şart olabilir.

İşte Roma hukukunun bu anlayışından hareket ederek, Pandekt hukukçuları da, şart olarak bir hukukî muamelede nazara alınan hâdiselerin, objektif olarak meçhul olması şartını aramışlardır³⁸.

Yani taraflarca, mevcut olup olmadığı malûm olmayan ve vukua gelip gelmeyeceği taraflarca kat’i surette bilinemeyen hâdiseler, şart olabilir. Buna mukabil, hakikatte mevcut olan veya vukua geleceği muhakkak bulunan hâdiseler, şart olamaz. Var olan veya vukua gelmesi muhakkak bulunan hâdiselerde, bir meçhullük, bir meşkûkiyet yoktur. Tarafların, var olan veya vukua gelmesi muhakkak olan vakıalar hakkında yanlış kanaat sahibi olmaları, şartın esası, mefhumu olan “meşkûkiyet”, muallâkiyet devresinin vücuduna imkân vermez. Çünkü, var olan veya vukua gelmesi muhakkak bulunan bir hâdiseye, tarafların yanlış kanaatlerinden dolayı, mahiyet değiştiremez. Şüphesiz âkidler, hakikatte mevcut olan veya vukua gelmesi muhakkak bulunan durumu, mukavelelerine mesnet ittihaz edebilir. Bu takdirde onlar, hâdiselerin muhtemel seyri üzerinde bir spekülâsyon yapmış ve hâdiselerin müstakbel seyrine göre hukukî münasebetlerini tanzim etmiş olmazlar. Çünkü vakıalar, onların bilgisizliğine rağmen, mevcuttur. Mevcut olan vakıalar üzerinde, tarafların, kasdî veya gayri kasdî, bilgisiz olmaları hali şart müessesesinin dışında kalır. Ancak objektif olarak, tâyini herkes tarafından vuku bulup bulmaması üzerinde kat’i birşey söylenemiyen hususlar şartın ana unsuru olan “meşkûkiyet devresini” husule getirebilir. Bundan başka şart müessesesinin gayesi “diğer tarafın hareket tarzı üzerine tesir icra” etmektir. Eğer o hâdiseye esasen mevcut ise, artık diğer tarafın hattı hareketi üzerinde tesir mümkün değildir. Evvelce işaret olduğu gibi BGB (M. 158) de şartın tarifini vermez³⁹. Buna rağmen Alman doktrini objektif bir meçhul oluş görüşüne sadık kalmıştır⁴⁰. Bununla beraber bunun aksi görüşte olan hukukçular da yok değildir⁴¹.

37) Ins. 3. 15. 6; Leonhart Institutionen s. 403; Theodor - Kipp Römisches Recht s. 197; Paul Koschaker, Roma Hususî Hukukunun ana hatları, Ankara 1950. s. 56.

38) Windscheid, Bd. I. §87.

39) Fransız medenî kanunu (Art 1168) “eğer borç müstakbel ve meçhul bir hâdiseye muallâk ise” der.

40) Enneccerus - Nipperdey. Bd. I. §181. II. 1. s. 592, Staudinger. Riezeler, Bd. I. s. 809, No. 17, Leonhart Allge. s. 388, von Tuhr, Allge. Bd. I. §80, IV, s. 79, Meischeider 105.

İsviçre - Türk medenî kanunları Roma hukukundan gelen ve müşterek hukuk tarafından işlenmiş olan şart müessesesini almıştır. Türk ve İsviçre borçlar kanunları BGB.ye nazaran daha vâzıhtır. Zira şartın meçhul bir hâdise olduğu kanunen ifade olunmuştur. Buna rağmen Türk ve İsviçre hukukundaki şarttan objektif bir meçhullük istendiği hususunda kanunî bir sarahat yoktur. Binaenaleyh, Türk ve İsviçre hukukunda, şart olarak hukukî muamelede nazara alınmış olan bir hâdisenin, âkidlerce meçhul ve hakikatte — objektif olarak — mevcut ve malûm bir hâdise telâkki edilmesine bir mâni yoktur. Nitekim bu görüşte olanlar da vardır⁴². Hattâ ölüme bağlı tasarruflarda, hakikatte mevcut olan veya vukua gelmesi muhakkak bulunan bir hâdisenin de, teknik mânada bir şart telâkki edilmesi bir ihtiyaca da tekabül etmektedir⁴³.

Bununla beraber, İsviçre ve Türk hukukunda da, mezkûr münferit fikirler bir tarafa bırakılırsa, *objektif bir meçhul olma şartı* aranmaktadır. Yani yalnız âkidlerce meçhul olma kâfi değildir; ancak herkes için meçhul ve nâmalûm telâkki edilen bir hâdise bir şart olacaktır⁴⁴.

Şartta objektif bir meçhullük aranması hususunda mutabık bulunsa bile yine müşküller halledilmiş olmayacaktır. Bir defa de “objektif olarak meçhul olma” ne demektir? sorusu sorulacaktır. Çünkü biraz mübalâğa etmek suretiyle, dünyada meçhul olan bir şey yoktur denebilir. Vukua gelmemiş bir hâdise kalmamış gibidir. Her şeyin vukua gelmesi mümkün ve muhtemeldir. Hattâ, muhakkaktır. Belki bazı hâdiseler, insanlar için, hattâ ancak bir kısım insanlar için meçhuldür.

Meselâ, muayyen bir arazinin altında maden bulunup bulunmadığı pek çok kimselerce hattâ herkesçe meçhuldür. Fakat bu meçhullük üzerindeki ittifaka rağmen, o şey orada muhakkak olarak mevcut olabilir. İnsanlar, bir vâkıa hakkında yanlış bilgi sahibi olmaları onun mevcut olmasına mâni kabul edilen bir hâdise şart olarak telâkki olunabilir mi? Murisin karısı, vefatı anında hâmilelerdir. Fakat bunun erkek mi, kız mı

41) Bak: Adikes ve Arndt'nin fikri(Meischeider s. 106, No. 4; kezâ Fischer = Henkle'nin Riezeler tarafından (s. 309, No. 17) zikredilen ve sonra değişen görüşü).

42) Rossel, Obligation III. s. 191.

43) Hezer 84.

44) Oser, Art 151 - 157, No. 8, Becker, 151 - 157, No. 13, von Tuhr Bd. II. §84 IV. 702, Arsebük, c. II, §90. IV. s. 999, Stiefel 63. Keza Federal Mahkeme J.d.T. 1917. s. 651.

olduğu malûm değildir. Muris bir oğlan evlâdı doğması halinde kütüphanesini ona bırakmak arzusundadır. Henüz ana rahminde olan bir çocuğun cinsiyeti ancak muayyen zaman sonra taayyün eder. Fakat, bu, henüz insanlarca meçhuldür. Murisin, çocuğun oğlan doğması takdirinde, kütüphanesini ona vasiyet ederek, doğumdan evvel vefatı halinde, şarta bağlı bir vasiyet var mı? Eğer şartı mutlak mânada meçhul bir hâdise şeklinde alırsak, burada bir şart yoktur. Çünkü, çocuğun cinsiyeti, hukukî muamelenin yapıldığı anda belli idi, fakat bu bizlerce meçhul idi.

Şu misal, bu durumun pratik ehemmiyetini aydınlatacaktır. Muris, C ismindeki bir üçüncü şahsa bir kütüphane vasiyet etmektedir. Murisin karısı hâmilelerdir. C ye yapmış olduğu vasiyet şöyle bir kaydı ihtiva etmektedir: “Şayet doğacak çocuk erkek olursa, bu vasiyet muteber değildir”. Muris, çocuğun doğumundan evvel vefat etmiştir. Musaleh olan C, vasiyet olunan malı iktisap etmiştir. Sonradan kız çocuğu doğmuştur. Demek oluyor ki C, kat’i olarak vasiyet olunana sahip olacaktır. Fakat musaleh olan C, murisin vefatından sonra ve fakat doğumdan (kız doğumundan) evvel vefat etmiş ise, vasiyetin âkibeti, buradaki kaydın teknik mânada bir şart olup olmadığına göre değişik olacaktır. Şart telâkki olunan hâdisede *mutlak bir meçhullük* aranırsa burada çocuğun kız olarak doğması mutlak surette meçhul telâkki edilemez. Çünkü, tıbben, belki de hamileliğin ilk günlerindenberi bu, belli idi. Zamanın seyri, bu husus üzerinde müessir değildir. Durumda mutlak bir meşkûkiyet yoktur. Halbuki, şart olan hâsideyi hayat tecrübelerine göre, meçhul olan bir hâdise telâkki edersek, çocuğun cinsiyetinin belli olmasına doğumundan hayli zaman önce, meçhul nazariyle bakmak mümkündür. Çocuğun cinsiyetinin taayyün etmesinin şart olup olmadığına göre, tevcihin mukaddarati üzerinde değişiklikler olacaktır. Eğer burada bir şart varsa, İsviçre hukukundaki hâkim telâkkiye göre, musalehin yalnız murisin ölümü ânında değil, aynı zamanda *şartın tahakkuku* anında sağ olması lâzımdır. Binaenaleyh, murisin vefatında sağ olan C, bu tevcihe hak kesbedebilmek için, *şartın tahakkuku* olan cinsiyetin belli olduğu doğum anında da sağ olması lâzımdır. Eğer C, bu andan evvel vefat etmiş veya bu anda mirasa nâhil olmuş ise, tevcihe tesahip edemeyecektir⁴⁵.

Büyük Pandekt hukukçusu Windscheid ve onu takip eden bazı Alman müellifleri burada mutlak bir imkânsızlık ararlar⁴⁶. Buna mukabil

45) Escher, Art 482 No. 10, Tuor 482, No. 35, Kraysenbühl 145, Stiefel 65, Buck 66.

diğer bazı müellifler de nisbî, izafi bir meçhul oluşu kâfi görürler⁴⁷. Aynı fikir ayrılığı, İsviçre - Türk hukukçuları arasında da mevcuttur⁴⁸.

Fikrimizce beşerî tecrübe ve imkânlarla göre, bilinmesi mümkün olmayan her hâdisede bu meçhullük vasfı mevcut olmalıdır. Meçhullüğün bu suretle anlaşılışı şart müessesesinin gayesiyle kabili teliftir.

Şart olan hâdiseler müstakbel bir hâdiseler olmalıdır.

BK 149 da bu hususta sarahat yoktur. Kezâ BGB. § 148 de de bir sarahat yoktur. Buna mukabil, Fransız medenî kanunu (m. 1168) sarîh olarak şartı “fait de dependre un événement futur et incertain” dir. Kanunumuzda bu husus üzerinde sarîh bir hüküm olmamasına rağmen bu unsur BK 149 un aslı olan İBK 151 de bulunan “Ungewiss = incertain = meçhul” tâbirinde mündemiçtir. Her ne kadar bu tâbir BK 149 da “meşkûk tâbiri ile tercüme edilmiş ise de bu da aşağı yukarı aynı fikri ifade eder. Esasen mezkûr tercüme farkında hususî bir maksat da yoktur. Bununla beraber, yukarıda zikredilmiş olan maden misalinde, bir mahalde kömürün mevcudiyeti müstakbel hâdiseler değildir. O halde, madenin mevcut olmaması değil de, madenin mevcut olup olmasının *malûm* olup olmaması müstakbel bir hâdiseler olacaktır. Binaenaleyh hale ve maziye ait bir hâdiseler şart olamaz⁴⁹.

Bu nokta üzerine gayri hakikî şartlar münasebetiyle tekrar avdet edeceğiz. Şimdi buraya kadar incelediğimiz unsurlara göre bir vâkıa mânasına gelen şartı şöyle târif edebiliriz. “İnsanlar için meçhul olan öyle müstakbel bir hâdiselerdir ki, bir hukukî muamelenin tesir husule getirmesi, onun vukuuna tâlik olunmuştur”.

46) Windscheid Bd. I. §87, No. 2, von Tuhr, Allge. Teil. Bd. I. s. 80 IV, s. 280/81, Staudinger - Riezler, s. 809, No. 17. Bununla beraber bu son müellif objektif meçhullüğü, beşerî imkânlarla göre önceden malûm olmayan bir durum şeklinde anlamakta ve bu suretle daha yumuşak bir hal tarzına taraf-tar olmaktadır.

47) Enneccerus - Nipperdey Bd. I. §181. s. 592, Scacvola, Suspensive Bedingung s. 99, Enneccerus, Rechtsgeschäft, s. 171 (Stiefel s. 65, not 48 den). §90. IV. s. 1000. Becker s. 715 N. 13. Mutlak meçhuliyet ararlar, Becker izafi meçhullük taraftarı olan Enneccerus'un fikrini benimser ve insanların bilmeleri mümkün olmayan halleri, objektif olarak meçhul telâkki eder. (s. 715, No. 13). Keza, Stiefel 65 .

48) von Tuhr Bd. I. §84. IV. s. 702, Oser, s. 683. No. 8, Arsebük. c. II.

49) Windscheid. Bd. I. §87. s. 238, Dernburg Bd. I. §105. s. 107, No. 3, von Tuhr, Allge. Bd. II. 1. §80. IV. s. 279, Schweizerische Bd. II. IV. 702, Oser, s. 683, No. 8.

§ 12. ŞARTIN BENZERİ MÜESSESELERDEN TEFRIKİ

(Gayri hakiki şart)

I — *Genel olarak* : Müstakbel ve meçhul hâdise mânasına gelen şart, beşerî imkânlarla göre meçhul olan öyle müstakil bir hâdisedir ki, yapılan bir hukukî muamelenin matlûp olan tesiri (neticeyi) husule getirmesi, o muameleyi yapanların iradesi mahsulü olarak, o meçhul ve müstakbel hâdisenin vukua gelip gelmemesine bırakılmıştır.

Bir hukukî muamelenin mevcut olabilmesi için, yâni hukuken muteber ve devlet kuvvetiyle kabili himaye bir hukukî mevcudiyet olabilmesi için, nev'ine göre, kanunun zarurî gördüğü unsurları zatında mez cetmesi lâzımdır. Meselâ irade, şekle tâbi olan muamelelerde (BK 12) lüzumlu şekil o muamelenin muteber bir surette mevcut bulabilmesi için asgarî şarttır. Bunlara bir hukukî muamelenin asli unsurları diyoruz. Teknik anlamdaki bir şart, merbutu bulunduğu muamele için, bu derecede ehemmiyetli olmamakla beraber, o hukukî muamelenin matlûp tesirleri husule getirmesi veya esasen husule gelmiş bulunan bu tesirlerin husule gelmekte devam etmesi, bu şart diye tavsif ettiğimiz meçhul hâdiseye bağlıdır. Hukukî muamelenin asli bir unsuru olmamakla beraber, onun netice husule getirip getirmemesinde bir tesir olabilecek olan hâdiseler, yalnız şarttan ibaret de değildir. Bu çeşit vâkıalar, ya kanunun hükmü, veyahut tarafların iradesi icabı olarak, bu hukukî muamele için ehemmiyetli telâkki olunmuştur. Teknik mânada şart vasfı mevcut olmamakla beraber, ifade bakımından bunlar da “şerait” kelimesiyle ifade olunmağa lâyıktırlar. Meselâ, mebiin şu ve bu vasfı olması şartıyla satılması halinde, bu mânada bir şart vardır. Geniş mânada bir hukukî muameleyi ihata eden bütün vâkıa ve münasebetleri o muamelenin şartı telâkki etmek, kanun veya tarafların iradesi mahsulü olan bu alâka ve münasebetleri o muamelenin şartı mertebesine çıkarmak mümkündür. Buna göre burada, her zaman BK 149 un anladığı mânada *şarta* bağlı bir muamele mevcut değildir. Çünkü, bu maddenin anladığı mânada bir şart mevzuubahis olabilmesi için, bunun kanunun, daha doğrusu, müessesenin zarurî gördüğü hususiyeti haiz olması lâzımdır. Bir hukukî muamele ile irtibat halinde olan ve onun bir hukukî tesir husule getirmesinde âmil olan herhangi bir hâdise, yukarıda şart hakkında vermiş olduğumuz târife tevafuk etmezse ortada şart müessesesi mevcut değildir ve buna BK 149 - 155 hükümleri tatbik edilemez.

Bununla beraber, bir hukukî muamelenin hukukî neticeler husule getirmesiyle alâkalı olan ve fakat teknik mânada bir “şart” olmayan öy-

le vâkıalar da vardır ki, onlar da “şart” adına lâyıktırlar. Onlar da teknik mânada şartın oynadığı rolü oynarlar. İşte hukuk edebiyatı, bir hukuki muamele ile böyle irtibat halinde olan ve onun hukukî neticeler husule getirip getirmemesinde müessir bulunan vakıalara “gayrı hakikî şart” veya “şart benzeri” adını vermektedir¹. Bununla ifade olunmak istenen şey teknik mânada şart vasfını haiz bulunmamakla beraber o muamelenin hukukî tesir husule getirmesiyle alâkalı olan durumlardır.

II — *Mevcut veya geçmiş bir hâdisenin şart edilmesi :*

Bir hukukî muamelenin yapılmasında yalnız müstakbel ve meçhul durumları değil, herhangi ve meselâ, muamelenin yapıldığı sırada *mevcut* olan veya evvelce vuku bulmuş *geçmiş* bir vâkıa bu durumda muamelelerine mesnet ittihaz edebilirler. BK 19 âkitlere geniş bir hürriyet bahsetmiştir. Bir hukukî muameleyi yapan müstakbel ve meçhul bir olayı esas ittihaz ederek, tasarrufta bulunabileceği gibi, mevcut bir durumda muamelelerinde esas ittihaz edebilirler. Böyle mevcut bir durumun hukukî muamelede esas ittihaz edilmesi haline, Romalılar “*Conditio in praesens vel praesens collata*” (D. 12 I. 37, D. 28. 10. 1) adını verirlerdi².

Geçmiş veya mevcut bir durumun hukukî muameleye esas ittihaz edilmesi halinde, tıpkı teknik mânadaki şarta benzer bir durum hasıl olur. Meselâ, bu tabloyu ressam A.nın eseri olması kaydıyla satın alırsam, veya satın aldığım mücevherin elmas olması kaydını şart koşarsam, ortada BK 149 mânasında meçhul ve müstakbel bir hâdise yoktur. Tablonun muayyen ressamın eseri olup olmaması, mücevherin elmas bulunup bulunmaması, zamanın seyri ile değişecek değildir. Hâdiselerin ileride bütün seyrine rağmen, bu şeyler muamelenin yapıldığı anda ne işler sonra da öyle kalmakta devam edeceklerdir. Şayet tablonun sonradan bu muayyen ressamın eseri olmadığı, mücevherin elmas bulunmadığı tebeyyün ederse, hukukî muamele tarafları bağlamıyacaktır. Tıpkı hakikî şartta olduğu gibi bir tesir husule getirecektir.

Hakikî şartta aslı unsur, şart olarak nazara alınan hâdisenin müstakbel ve meçhul bir hâdise olmasında idi. Halbuki, burada nazara alı-

1) Schwarz, *Vergleichendes Hand Wörterbuch*, Bd. II, s. 398; Staudinger-Riezeler, Bd. I, s. 807, n. 13; Meischeider, §29, s. 105; Stiefel §11, s. 110.

2) Windscheid, Bd. I, §87, No. 2, s. 237; Schwarz, *Vergleichendes*, 398; Staudinger-Riezeler, Bd. I, s. 809; von Tuhr, *Allge.* Bd. II, 1. s. 279.

nn hâdise, ya geçmiş veya mevcut bir hâdisedir. O halde burada hakiki mânada bir şart yoktur³.

Hattâ muamelede nazara alınan hâdise taraflarca veya bunlardan birisi için, meçhul ise, durum yine böyledir. Evvelce işaret olunduğu gibi, objektif olarak malûm olan veya beşeri imkânlarla göre malûm olması lâzımgelen bir durumda, hakiki şart vasfı yoktur. Mevcut olan veya olması tabii bulunan meçhul hale getirmez, sübjektif bir bilgisizlik bir meçhullük değildir⁴.

Taraflar mevcut veya geçmiş bir hâdiseyi, sarîh olarak hukukî muameleye temel ittihaz edebilecekleri gibi, bunu zımnen de yapabilirler. Taraflar, sureti umumiyede “aşağıdaki kayıtlarla, veya şu şartla” dedikleri zaman işte bu gayrı hakiki mânadaki bir şartı kasdetmiş olurlar⁵.

Von Tuhr bu çeşit şartlara “voraussetzung” adını verir⁶. Türkçe de henüz inkişaf etmemiş bir şart mânasına gelen bu terim, ilk defa Windscheid tarafından kullanılmış⁷ ve hukuk edebiyatında çok münakaşayı mucip olmuş bir görüş tarzının ifadesidir⁸. Fakat von Tuhr bu terimi, daha değişik, daha dar bir mânada kullanmakta, yâni hukukî muameleyi yapanlarca akdin mevcudiyeti için mühim telâkki edilmiş olan geçmiş veyahut mevcut durumları kasdeylemektedir.

Geçmiş veya hâle ait olan bir durumun da, hukukî muamelelerde esas ittihaz olduğuna, çok tesadüf olunur. Ve bunlar teknik mânadaki şarta büyük bir benzerlik gösterirler, hattâ “şart” adı altında zikrolunurlar. Fakat bir vâkıanın teknik mânada bir şart olması için, hukukî muamenin yapıldığı an ile hukukî şart arasında bir meşkükiyet, bir muallâkiyet devresinin mevcut olması lâzımdır. Bu devre teknik mânadaki şart müessesesinin mevcudiyeti için zarurîdir. Eğer bir hukukî muamenin hukukî tesir husule getirmesinin alâkalı bulunduğu hâdise, mahi-

3) von Tuhr, Allge. Bd. II. 1. s. 280; von Tuhr, Schweizerische, Bd. II, s. 702; Oser, s. 682, No. 8; Becker, s. 715, No. 13.

4) Staudinger-Riezeler, Bd. I, s. 809, No. 17; von Tuhr, Allge. Bd. II. 1, 280; Meischeider, 105; Schwarz, Borçlar, 405.

5) Staudinger-Riezler, Bd. I, s. 809, No. 17.

6) von Tuhr, Allge. Teil. Bd. II. 1. s. 80. IV. s. 280; Schweizerisches. O. R. Bd. II. §84. IV. s. 702;

7) Pandekten Bd. I §97. s. 276.

8) Staudinger-Riezeler, Bd. I, s. 801, No. 2; Bundan başka, Hususî hukukta Clausula rebus sic stantibus (emprevizyon) nazariyesi, 1950, (§3, II, s. 14.) adındaki etüdümüze bakınız.

yeti itibariyle, böyle bir muallâkiyet devresinin ihdasına imkân vermemekte ise, bu hâdise, şart olamaz. Âkidleri bu hukukî muameleyi yapmağa sevkeden, işte bu şüpheli ve meşkûk durumdur. Zira âkitler, bu suretle mümkün mertebe hâdiselerin seyri üzerine tesir icra eylemek ve menfaatlarını bunun muhtelif tecelli şekline göre tanzim eylemek istemişlerdir. Halbuki hâl ve maziye ait bulunan bir hâdisenin hukukî muamelenin temelini teşkil eylemesi hâlinde, tarafların, bu hâdisenin seyri üzerinde herhangi bir tesir icra eylemeleri mümkün olmadığından, objektif olarak böyle bir meşkûkiyet devresi yoktur. Mâzi veya hâle ait bulunan ve hukukî muamelenin temelini teşkil eden hâdise, hukukî muameleyi yapanlar tarafından tamamen meçhul de olabilir. Fakat onlarca samimi olarak meçhul bu hâdise, objektif olarak malûmdur. Maddeten ve fiilen mevcut olan bir olaydan alâkahıların haberdar olmamaları onu meçhul hâle sokmaz; bununla beraber mevcut veya geçmişe ait olan bir hâdisenin mevcut olup olmaması, âkitler için mühim olabilir, taraflar hukukî münasebetin varlığını veya yokluğunu bu vâkıya bağlamış olabilirler. Burada şarta bağlı bir hukukî muamele yoktur. Şart gibi gözükken hâdisenin hakikatte mevcut olup olmamasına, tarafların bu duruma, hukukî muamele ile irtibatı bakımından, vermiş oldukları ehemmiyete göre, böyle bir hâdise ya şartsız bir surette mevcut olacaktır, veya hiç doğmamış olacaktır. Fakat herhangi bir mevcudiyet şarta tâbi kılınmış olmayacaktır. Hakikatte mevcut olan ve şart gibi gösterilen ve fakat taraflarca meçhul olan bir vâkıanın varlığı kaydıyla bir hukukî muamele yapılmış ise, hukukî muamele, yapıldığı andan itibaren mevcuttur, o andan itibaren hukukî tesirlerini meydana getirmeye başlar. Eğer hukukî muamele, böyle bir vâkıanın ademî mevcudiyeti şartına tâbi tutulmuş ve hâdise de hakikatte mevcut ise, o hukukî muamele mevcut olmayacaktır. Bu esas hüküm farkına rağmen, âkidlerce meçhul ve fakat objektif olarak malûm bulunan bir durumun, bir hukukî muameleye esas itihaz edilmesi hâliyle, teknik mânada bir şarta tâbi olan bir hukukî muamele arasında, büyük bir benzerlik vardır. Bunun neticesi olarak, teknik mânadaki şart hükümleri bu nevi gayri hakiki mânadaki şartlara da kıyasen tatbik olunmalıdır⁹.

BGB nin birinci projesinin 137 nci paragrafında bu cins şartlar hakkında da hükümler mevcut idi. Buna göre, bir hukukî muamele, hâle veya maziye ait bir vak'anın mevcudiyeti kaydı ile yapılmış ve bu hâ-

9) von Tuhr, Allge. Teil. §80, Bd. II. 1. s. 281; Schwei. Bd. II, §80, s. 703; Staudinger-Riezeler, Bd. I. s. 809; Meischeider, s. 108; Schwarz, Vergleichendes, H. W. s. 399.

dise de hakikatte mevcut ise, muamele kayıtsız ve şartsız yapılmış sayılacaktır. Eğer böyle bir hâdise, infisahi bir şart şeklinde nazarı itibara alınmış ve hukuki muamelenin yapıldığı anda bu hâdise mevcut değilse, yine hukuki muamele kayıtsız ve şartsız mevcut olacaktır. Buna mukabil aksi ihtimalde hukuki muamele hiç akdedilmemiş sayılacaktı. Fakat bu hüküm ikinci komisyon tarafından çıkarıldı. Fakat doktrin böyle bir hükmün, BGB de fıkdanına rağmen, gayri hakikî şartlar hakkında tatbik edilmesi lâzımgeldiği fikrindedirler¹⁰.

Aynı görüş tarzı Türk - İsviçre hukukunda kabul olunmalıdır¹¹.

III — Zarurî şartlar (*conditiones necessárias*) :

Hukuki tesir husule getirmesi, kendisine tâlik edilmiş olan hâdisenin vukuu muhakkak ise, ortada bu nevi bir şart var demektir. Hukuki muamelede şart gibi gözükken bu hâdise, tabiat kanunları veya hukuk kaideleri gereğince behemahal vukua gelir¹².

Bu nevi kayıtlara “zarurî şart” denmesinin sebebi, nazarı itibara alınan bu hâdisenin vukuunun muhakkak olmasındandır¹³. Zarurî şartlarda gayri hakikî şartlardandır. Zira, teknik mânadaki şartlara has olan meşkûkiyet unsuru burda yoktur. Vukuu muhakkak olan bir hâdisenin taraflarca bilinmesinin ehemmiyeti yoktur. Onlar, objektif olarak vukuu muhakkak olan bir hâdisenin vukuunu sübjektif olarak meşkûk telâkki de eylemiş olsalar bile durum yine değişmez, yâni, bu takdirde hakikî mânada bir şart mevcut değildir¹⁴.

Zarurî bir şartın vukua gelme zamanının meşkûk olması da ona hakikî şart vasfını vermez. X in ölmesi şartıyla bir hukuki muamele yapılır-

10) Staudinger-Riezeler, Ed. I, s. 809; Meischeider, s. 108.

11) Schwarz, Borçlar, §44. III. s. 409. Bununla beraber, von Tuhr, Bd. II, §84, s. 702, ve Arsebük, c. II, §90, IV. s. 1000; Oser, Art. 151-157, No. 8, aksi fikirdedir. Ferit Hakkı Saymen, “Bazı kimselerin tahakkuk edeceğini bildikleri fakat âkitlerin bilmediği bir hâdise sübjektif olarak meşkûk ise, bu hâdise şart olur”. demekle sübjektif meçhul oluşu kâfi görmektedir. Borçlar Hukuku, 1950, s. 533; Keza, Rossel, Obligations, s. 225.

12) Windscheid, Bd. I, §87, No. 3, s. 238; Savigny, Bd. III. §121, s. 157-160; Staudinger-Riezeler, Bd. I, s. 807, No. 15; Meischeider, 112; Schwarz, Verleihendes H. W. s. 399.

13) Bundan dolayıdır ki Schwarz bu nevi kayıtlara “Kat’î şart” adını vermektedir. Borçlar s. 405.

14) Staudinger-Riezeler Bd. I. s. 809. No. 15; Meischeider s. 112.

15) Motif, Bd. I, 265.

sa, ortada zarurî bir şart mevcut olacaktır. Çünkü X in öleceği muhakkaktır. Binaenaleyh, ortada meşkükiyet (mualleliyet) unsuru mevcut değildir. Buna mukabil X in 1960 senesine kadar ölmesi veya ölmemesi şartıyla” bir hukukî muamele yapılırsa, burada teknik mânada bir şart mevcuttur. Çünkü, X in bir gün öleceği muhakkak olmakla beraber, X in, malûm olan yaşı nazarı itibara alınacak olursa, işaret olunan tarihte ölmesi veya ölmemesi muhakkak değildir¹⁵.

Hukukî muamelelere konan zarurî şartlar hakkında ne BGB de, ne de İsviçre - Türk borçlar kanununda bir hüküm mevcut değildir¹⁶. Bu itibarla, bir hukukî muameleye ilâve olunan böyle bir kayıt hakkında umumî hükümleri tatbik etmek icap edecektir. Eğer böyle bir kayıt tâlikî bir şart gibi kendini gösteriyorsa, o kayıt hiç nazarı itibara alınmaz ve hukukî muamele tâ bidayettenberi şartsız ve kayıtsız muteberdir: ve o suretle hukukî tesir husule getirir¹⁷. Hakikatte böyle bir hukukî muamele şartsız ve fakat ecele tâbidir¹⁸.

Bununla beraber, zarurî bir şart gibi gözükken bir kayıt, hakikatte tamamiyle bir ecel (dies a quo) kaydı olabilir. Böyle bir kayda şu veya bu vasfı verecek olan hukukî muameleyi yapanın iradesidir. Bu itibarla, onların neyi kaydettiğini aramak ve iradelerin tefsiri cihetine (BK 2) gitmek lâzımdır. Bu tefsir neticesinde ortada bir ecelin mevcut olduğu anlaşılırsa o zaman BK nin ecel hakkındaki hükümleri tatbik olunur. İlâve olunan kayıt infisahî bir şart gibi ise, böyle bir hukukî muamele hiçbir hukukî tesir meydana getirmez. Çünkü hukukî muamelenin neticeler husule getirmesinin bağlı bulunduğu vâkıanın esasen mevcut veya vukua geleceğinin muhakkak oluşu, bu hukukî muamelenin mesnedi olan iradeyi ortadan kaldırmaktadır¹⁹.

Kezâ, böyle bir kaydın taraflar hakkında Dies ad quem kasetmiş olabilirler. Bu iradelerin tefsiri suretiyle tesbit olunur. Bu takdirde böyle bir kayıt hakkında ecel (müddet) hükümleri tatbik olunur.

IV — Gayri mümkün şartlar :

Şart olarak gösterilen vâkıanın tahakkuku, hukukî muamelenin yapıldığı anda, kat'î surette mümkün gözüküyorsa, ortada gayri müm-

16) Buna mukabil Fransız Medenî Kanununun 1172 nci maddesi.

17) Staudinger Bd. I. s. 808, No. 15; Becker Bd. I. s. 715, No. 13.

18) Oser Bd. I, Art 151-157, No. 6, Stiefel s. 126; Schwarz Borçlar, §44, III. C. s. 409.

19) Staudinger-Riezeler Bd. I. s. 808, No. 15; Becker Bd. I, s. 715, No. 13 - 14.

kün bir şart var demektir. Gayri mümkün şartlarda — geçmiş veya hâle ait şartlar gibi — teknik mânadaki şartın unsuru olan meçhul olma, bir meşkûkiyet devresi mevcut değildir: “X aya uçtuğu takdirde” şeklindeki bir kayıtda böyle bir şart vardır. Zira bugünkü hayat şartlarına göre böyle bir hâdisenin vukuu gayri mümkündür. Bu itibarla, şartın tahakkuk etmiyeceği muhakkak olduğu için, “meçhul” veya “meşkûk” olma unsuru mevcut değildir. Bu imkânsızlık, fiziki, maddî olabileceği gibi, ruhî, mantıkî veya hukukî de olabilir²⁰.

İmkânsızlık, beşerî imkânlarla göre ölçülür. Beşerî imkânlarla göre, şart olarak nazara alınan bir hâdisenin vukuu gayri mümkün gözüküyorsa şarta da gayri mümkün nazariyle bakmak lâzımdır²¹. O halde bugünkü imkânlarla göre aya çıkmak mümkün değildir. Bunun, birgün imkân dahiline girmesi ihtimali şartı mümkün bir şart haline getirmez. Eğer şart olarak nazarı itibara alınan hâdise bir şeyi yapmaktan ibaretse, onu yapma diğer kimsenin iktidarına göre mümkün değilse, bu hâdise, başkaları için mümkün görülse bile, bu şarta gayri mümkün nazariyle bakmak lâzımdır. Meselâ âma olan bir kimsenin bir resim yapmasının şart edilmesi gibi. Bununla beraber imkânsızlığın objektif olması geldiğini iddia edenler de vardır²².

Şartın imkânsız telâkki edilebilmesi için, onun, hukukî muamelenin yapıldığı anda, gayri mümkün olması lâzımdır. Hukukî muamelenin yapılması anında mümkün olan bir hâdisenin sonradan gayri mümkün bir hale gelmesi, onu gayri mümkün şart haline getirmez. Şartın sonradan gayri mümkün hâle gelmesi, nevine göre, teknik mânadaki şartın hüküm ve neticelerini tevhit eder²³.

Bununla beraber, hukukî muamelenin yapılması zamanında, gayri mümkün olan bir şart, sonra mümkün hâle gelir ise, yine teknik mânadaki bir şart karşısındayız. Meselâ, satılan malın ihracı akdin yapıldığı zaman memnu olur, fakat akdin ifası tarihinde bu memnuiyet kalkarsa, böyle bir malın satışı bir şart şeklinde muamele görmüş ise, bidayette gayri mümkün olan şart sonradan mümkün hale gelir.

Gayri mümkün olan bir şartın o hukukî muamele üzerine tesiri; bir fikre göre, gayri mümkün olan bir şart ihtiva eden hukukî muameleyi

20) Staudinger-Riezeler Bd. I, s. 808, Stiefel 128.

21) von Tuhr Allge. Bd. II, s. 281.

22) Stiefel s. 128, Not 43.

23) Staudinger-Riezeler Bd. I; s. 808, Meischeider s. 114.

bâtil kılar. Eğer bu gayri mümkün şart, hukukî muamelenin yalnız bir kısmına taallük ediyorsa, yalnız bu kısmı bâtil olur. Fakat hukukî muamele, bütünü itibariyle, muteberdir. Eğer bu bâtil kısım olmadan bütün hukukî muamelenin yapılmıyacağı meczum ise (BK 21/2), bu kısmi butlan, hukukî muamelenin tamamına sirayet edecektir²⁴.

Diğer bir fikre göre ise, gayri mümkün olan şart borçlar kanununun 20 nci maddesinin anladığı mânada bir imkânsızlık tevhit etmez. Mezkûr madde mucibince bir akdın bâtil olabilmesi için, şartın gayri mümkün bir muhtevaya mâlik olması lâzımdır. Halbuki burada hal böyle değildir. Şartın gayesi, bir hukukî muamelenin hukukî netice tevhit etmesini, müstakil bir hâdiseye muallâk kılmaktan ibarettir. Burada şart olarak nazara alınan hâdiseye hiç husule gelmeyecektir. Bu itibarla, buradaki imkânsızlıkla borçların 20 nci maddesindeki imkânsızlık arasında ancak ismen bir müşabehet mevcuttur. Husulü mümkün olmayan bir hâdiseye, o hukukî muamelenin tekemmülüne damia mani olacaktır. Bu ise, her zaman, bütün hukukî muamelenin butlanını intaç ettirmez. Eğer gayri mümkün olan şart tâliki ise, bu şart hiçbir zaman tahakkuk etmeyeceği için, o hukukî muamele hükümsüzdür, bâtildir. Eğer infisahî ise, artık şart hiç tahakkuk etmeyeceği için, hukukî muamele şartsız ve kayıtsız olarak muteberdir²⁵.

İmkânsız olan şartlar, her nevi hukukî muamelede, yukarıdaki hususları tevhit ederler. Ölüme bağlı tasarruflarda da bu neticeyi doğururlar. Roma hukukunda, ölüme bağlı tasarruflara vazedilen bu nevi şartlar yok farzedilirlerdi²⁶.

Bununla beraber, ölüme bağlı tasarruflara ilâve olunan gayri mümkün şartlar, sırf bir başkasını iz'âç maksadiyle konmuş şartlar ise 462/III gereğince sadece nazarı itibara alınmazlar²⁷.

V — Kanunî şartlar : *Conditiones Juris* :

Kanun bir hukukî muamelenin netice ve tesirler tevhit etmesini mevzu veya mahiyeti göz önünde tutarak, bazı unsurların mevcudiyetine tâlik eder. Başka bir ifade ile, hukukî netice, ancak bu kanunî unsurların

24) Stiefel s. 130 ve not 46 da zikredilen müelliflere bakınız.

25) Staudinger-Riezler Bd. I, s. 808; Enneccerus-Nipperdey s. 610-611; von Tuhr Allge. Bd. II. 1. s. 281, Schweizerisches §703; Becker s. 715, No. 13; Oser s. 683, No. 7; Stiefel 130 - 131.

26) Savigny Bd. III, s. 162; Windsheid Bd. I, §94, No. 4; Dernburg Bd. III, §83, No. 5; Schwarz Borçlar 410; Meischeider s. 113-114, Not 1.

27) Escher Art 482, No. 14; Tuor Art 482, IV.

içtimandan sonra husule gelir. Bu unsurların nelerden ibaret olduğunu objektif hukuk kaideleri gösterir. Biz buna bir hukukî muamelenin “Muteberiyet şartları” diyoruz.

Bir görüşe göre, bir hukukî muamelenin muteberiyeti için, kanun tarafından lüzumlu görülen bütün vâkıalar, “hukukî şart” mahiyetindedir. Bunlar içerisinde, o muamelelerin aslı anâsırı mahiyetinde (yapıcı, kurucu) olanlarla; Kanun veya tarafların iradesi neticesi olarak, sonradan, o hukukî muameleye iltihak edecek olanlar (ikmal ve itmam edici mahiyette olanlar) arasında bir tefrik yapmazlar²⁸.

Diğer bir görüşe göre de, bir hukukî muamelenin mevcudiyeti için, asgarî bir şart olan, ve o hukukî muameleyi teşkil edici ve kurucu mahiyette olan vâkıalar dışında kalan şartlar da hukukî şartları teşkil eder²⁹.

Üçüncü ve bugün hâkim olan bir görüş tarzı ise, objektif hukukun, bir hukukî muamelenin hukukî netice tevhit etmesi için, vazeylemiş olduğu hükümleri ikiye tefrik eder. Bunlardan birincisi, bir hukukî muamelenin aslı unsuru mahiyetinde olan yapıcı ve kurucu vâkıalardır (muteberiyet şartları); diğeri de muteberiyet şartlarını haiz olan bir hukukî muamelenin, hukukî tesir vücade getirebilmesi için, sonradan ona iltihak edecek olan vâkıalardır. Yine kanunun hükmü icabı, sonra tamamlanması lâzımgelen bu unsurlar ise “hukukî şartlar” dan ibarettir³⁰.

Bu mânada bir hukukî şart, ya hukukî muamelenin mahiyeti veya, mevzuu itibarıyla veya hattâ objektif bir hukuk kaidesinin vazetmiş olduğu bir mecburiyet dolayısıyla, o hukukî muamelenin matlûp ve maksut olan tesiri (neticeyi), tevhit etmesi için, zarurî görülmüş *müstakbel ve meçhul* bir hâdisedir³¹.

Bu tarife göre bir hukukî muamelenin hukukî netice tevhit etmesi — kanundan dolayı — insanlarca meçhul olan *müstakbel bir hâdisenin* vukuuna tâlik olunmuştur. Bu görüş en çok taraftarı olan görüşdür³².

28) Adikes Zur Lehre von den Bedingungen 1876 s. 111-112 (Stiefel s. 132, Not 53 den).

29) Enneccerus, Suspensive Bedingungen 1871 s. 124 (Stiefel s. 133, Not 54 den).

30) von Tuhr Allge. Teil, Bd. II, 1. s. 282, Schweizerisches s. 703; Enneccerus-Nipperdey Bd. I, s. 593; Staudinger-Riezler s. 807.

31) Enneccerus-Nipperdey Bd. I, s. 593.

32) Windscheid Bd. I, §87; Staudinger-Riezler Bd. I, s. 807; Stiefel s. 132; Oser s. 683, No. 9; Becker s. 713, No. 3; Schwarz, Borçlar 410; Schwarz, Rechtsvergleichende s. 399; Cosack s. 217; von Tuhr, Schweizerische s. 703.

Fakat hukukî şartı ancak “müstakbel ve meçhul” hâdiselere tahsis etmek, diğer hukukî muameleyi itmam eder mahiyette olan ve fakat “müstakbel ve meçhul” olmayan durumları, teknik mânadaki şartta benzemelerine kanundan dolayı zarurî bulunmalarına rağmen, “hukukî şartlar” dışında bırakmak lâzımgelir. Bu itibarladır ki, birçok müellifler, bu dar tarifle iktifa etmiyerek müstakbel ve meçhul bir hâdise olmayan ve fakat hukukî muamelenin hüküm vücade getirebilmesi için, zarurî olan unsurları da hukukî şartlar arasında saymaktadırlar³³.

Hukukî şartlara böyle genişçe bir mâna verilirse, bir hukukî muamelenin mevcudiyeti için zarurî olan, irade beyanı ile kanuni muteberiyet şartı olarak kabul edilen şekil şartları dışında kalan, kanunî şartlar da hukukî şart grubuna girecektir. Meselâ MK 394 ve 395 mucibince vesayet altındaki kimsenin muteber bir hukukî muamele yapabilmesi için, vâsinin buna, evvelâ veya sonra, icazet vermesi lâzımdır. Vâsinin icazetinden evvel kaasının bir hukukî muamele yaptığı tasavvur edilirse, bu muamelenin netice tevhit edebilmesi, ancak, vâsinin icazeti ile mümkün olur. Vâsinin bu icazeti ise, meşkûk ve müstakbel bir hâdisedir. Vâsi isterse bunu verebilir. Fakat ancak vâsinin icazeti ile asli unsurları tamam olan hukukî muamele, netice (tesir) tevhit edebilecektir. Keza BK 38 mucibince salâhiyetsiz bir mümessil tarafından yapılan bir muamele ancak, temsil olunanın icazetiyle hüküm husule getirir. İki halde de icazetin verilmesine kadar, tıpkı teknik mânadaki şartta olduğu gibi, bir muallâkiyet, bir meşkûkiyet devresi vardır³⁴. Bu bakımdan teknik şartla bir ayniyet arzeder. Kezâ bazı hukukî muamelelerin hukuken tesir tevhit edebilmesi bir kısım şartların mevcudiyetini tazammun eder. Meselâ takas diğer taraftan bir alacağı (BK 118), kefalet (BK 384), rehin ise temin edilecek bir alacağın varlığını tazammun eder. Varis olmak veya lehine muayyen mal vasiyet olunanın malı alabilmesi için murisin vefatında mirasa ehil olarak hayatta olmak lâzımdır. Kefalet veya rehinin hüküm tevhit etmesi için, temin edilmek istenilen alacağın doğmuş veya ileride doğması varuridir. Bu ise, müstakbel ve meçhul bir hâdisedir. Varis veya musalehin murisin vefatında sağ olması da öyledir. Fakat, bunların böyle oluşu müsbet hukukun sarîh hükümlerine istinat eder. Bu bakımdan bu türlü şartlar teknik mânadaki şartlardan ayrılır. Teknik mânadaki şartta, şart tarafların iradeleri mahsulü olduğu halde, hukukî şart-

33) Stiefel 134.

34) von Tuhr, Allge. Bd. II. 1. s. 282; Enneccerus-Nipperdey s. 593, von Tuhr Schweizerisches Bd. II, s. 704.

ta şart, kanundan ötürü lüzumludur. Âkidlerin kanun tarafından şart olarak kabul edilmiş olan bir hususu sarîh olarak derpiş eylemelerine lüzum yoktur. Bu durum esasen kanunun sarîh hükmü icabı böyledir. Bununla beraber, kanunen zarurî olan bir husus, âkidlerce de ayrıca akitlerine ilâve edebilirler. Bu hiçbir yeni durum yaratmaz. Meselâ “musalehin vefatında sağ olması şartıyla” veya salâhiyetsiz mümessilinin “iş sahibinin tasvibi şartıyla” veya “kanunî mümessilinin muvafakati şartıyla” şeklinde hukukî muameleye ilâve olunan kayıtlar, esasen kanunî bir hüküm tekrardan başka birşey değildir. Bununla beraber, bu şekildeki sarîh bir kayıt, salâhiyetsiz mümessilin, veya kaasının, salâhiyetsiz olduğunu bilen tarafa karşı, mesuliyetini tahfif eder³⁵. Kanunî şartlar hakkında hakikî (teknik) mânadaki şart hükümleri (BK 149) tatbik olunmaz³⁶.

Fakat, müstakbel ve meçhul bir hâdise mahiyetinde olan *hukukî şartlarla*, hukukî icapların zarurî kılmadığı, bununla beraber, taraflarca hukukî muameleye ilâve olunan kayıtları, birbirinden tefrik etmek lâzımdır: Meselâ, bir kimse, bir malı satarken, behemahal ona mâlik olmak mecburiyetinde değildir. Bununla beraber, satış akdinde, mebiin satış esnasında bayia ait olduğu şartı ilâve olunabilir. Burada *hukukî bir şarta* atıf mevzuu bahis olmamaktadır, teknik mânada bir şart mevzuubahis olacaktır. Bu kaydın pratik neticesi olarak, müşterinin hüsnü niyeti, kendisini, o şeye malik kılmaya kâfi gelmiyecektir. Mebiin bir başkasına aidiyeti halinde müşteri, malik olmayacak demektir. Kezâ bir kaasırla yapılan bir mukavelede vasinin zarurî olan muvafakatının bir ay zarfında temin olunacağı tesbit edilmiştir. Buradaki vasinin icâzeti hukukî bir şarttır. Fakat, bunun bu muayyen müddet içerisinde temini hakikî bir şart olur. Çünkü, muayyen bir müddet zarfında tasvip kanunî bir şart değildir. Kezâ salâhiyetli bir mümessil, temsil olunanın icazeti şartıyla bir mukavele akid edebilir. Burada da hakikî bir şart vardır. Çünkü, salâhiyetli bir mümessilin yaptığı bir mukavele, temsil olunan tarafından tasvibi kanunî (hukukî) bir şart değildir. Fakat bunun böyle olduğu hukukî muameleden anlaşılmalıdır³⁷. Hukukî şartta, muamele makable şâmil olduğu, yâni, yapıldığı andan itibaren hukukî tesir tevhit ettiği halde, hakikî şart, ancak, tahakkukundan itibaren neticeler tevhit eder. BK 149/II³⁸.

35) von Tuhr Allge. Bd. II. 1. s. 282; Stiefel 136.

36) von Tuhr Allge. Bd. II. 1. s. 282, Schweizerisches Bd. II. s. 704; Staudinger-Riezler s. 807.

37) von Tuhr, s. 704; Staudinger-Riezler s. 807; Enneccerus-Nipperdey Bd. I, s. 393.

38) von Tuhr Bd. II, s. 704.

Hakiki şart hakkındaki BK hükümleri, hukukî şartlar hakkında kabili tatbik olmamakla beraber, bazı istisnai hallerde ve meselâ şartın tahakkukuna hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir surette mâni olunması halinde BK 154 madde hükümleri kıyasen hukukî şartlar hakkında da tatbik olunabilir³⁹.

V — (MÜDDET) ECEL ŞART :

1) *Genel olarak*: Bir hukukî muamele yapan veya yapanlar, onun neticeler tevhit etmesini müstakbel ve meçhul hâdiselere tâlik edebileceği gibi, müstakbel ve fakat vukuu muhakkak olan hâdiselere tâlik de edebilirler. Her ne kadar ne borçlar ve ne de medenî kanun bu hususta sarîh bir hüküm ihtiva eylememekte ise de, hukukumuzda kabul edilmiş olan prensip âkidlerin serbestliği prensibidir (BK 19). Kanunun kabul etmiş olduğu serbestlik prensibinden hareket etmek suretiyle, hukukî muamelelere müddet, ecel, daha umumî bir ifade “zamana” müteallik hükümler ilâve edilebileceği sarîh olarak anlaşılır.

Eğer bir hukukî muamelenin husule getireceği “tesir = netice” müstakbel ve fakat vukuu *muhakkak* olan bir hâdiseye taallük olunmuş ise, o hukukî muamele ecele bağlıdır, müddetlidir denir.

Şartla ecel arasındaki esaslı fark şartlarda, müstakbel hâdisenin husule gelip gelmemesinin *şüpheli* olması, ecelde ise, bunun *muhakkak* olmasındadır. Bunun haricindeki noktalarda her iki müessesede de durum aynıdır. Her ikisinde de muamelenin mahiyeti bakımından, *mühim olmayan* müstakbel bir hâdisi, bir hukukî muamelenin netice husule getirip getirmediği hususuyla irtibat halindedir. Bu suretle, müstakbel bir hâdisi her ikisinde de asıl hukukî muameleyi ikmâl ve itmam etmektedir. Ecelde de, şartta olduğu gibi, bir hukukî muamelenin ya başlangıcı, veya sonu müstakbel ve muhakkak bir hâdisi ile irtibat halinde olur. Ecelin bir başlangıç veya bir son müddetine delâlet etmesine göre, tâlik veya infisahî bir ecelden bahis etmek mümkündür. Eğer eceli ihtiva eden irade beyanının vücade getirdiği hukukî muamelenin tesir husule getirmesi, muayyen bir zamana kadar tehir edilmiş ise, buna, “dies a quo = başlangıç müddeti” denir. İrade beyanına ilâve olunan bu müddet kaydı neticesi olarak, o hukukî muamele o tarihten sonra matlûp neticeyi (=tesiri) artık tevhit etmez hale gelecek ise, o zaman “die ad quem,, olan bir vade karşısındayız.

39) Becker s. 713, No. 5; Stiefel 137.

Ecel (müddet), kat'i olarak, gün olarak tâyin olunur (dies certus quanto dies certus an) veyahut müstakbel ve vukuu muhakkak ve fakat ne zaman vukua geleceği pek kat'i olmayan bir hâdise ile irtibat halinde tesbit olunur. Meselâ "X'in öldüğü gün" (dies certus an, incertus quanto) hukukî muamelenin tesir husule getirmesi, tarafların iradelerine göre, dies intertus an, certus qando denilen bir hâdise bağlanmış (meselâ X, 50 nci sene devresinde) ise müşterek hukuk doktrinine göre, ortada bir ecel değil bir şart vardır. Çünkü X in 50 nci senei devriyesini idrâk edip etmiyeceği şüphelidir. Kezâ yine müşterek hukuka göre, hukukî muamele dies incertus an, incertus quando denilen⁴⁰ bir hâdiseye bağlanmış ise, ortada yine bir ecel değil bir şart vardır. "Meselâ X in evlendiği gün"; burada X in o güne kadar yaşayıp yaşamıyacağı şüpheli olduğu gibi, yaşamış olsa bile evlenip evlenmiyeceği de şüphelidir. Bu takdirde de ortada bir ecel değil yine bir şart vardır⁴¹.

Bununla beraber, taraflar bu nevi ifadelerle de bir eceli kast ve hukukî muamelenin mezkûr tarihte behemahal netice doğurmasını arzu etmiş olabilirler. Bunun böyle oluşu tarafların iradelerinin tefsiri ile anlaşılacaktır. Bunun için tarafların kullanmış olduğu terimleri değil, o hukukî muamelenin içinde doğduğu durumu göz önünde tutmak lâzımdır⁴².

2) *Müddetin hukukî muamele üzerine tesiri*: Müddete tâbi bir hukukî muamele, *tesirini* ancak bu müddetin vukundan sonra husule getirir. Hukukî muamelenin yapıldığı an ile vadenin hulûlü anı arasında bir intizar devresi mevcuttur. Ancak bu müddetin hulûlünden sonradır ki hak, kat'iyet kesbeder, şu kadar ki şarttaki gibi bu müddetin gelmesi hususunda bir şüphe mevcut değildir. Bu itibarla burada şartta olduğu gibi bir şüphe, bir sallantı devresi yoktur.

Müddete tâbi olan bir hukukî muamelede de bu mevcut olan intizar devresi zarfında hukukî muamelenin nasıl bir muameleye tâbi tutulacağı hakkında kanunda bir sarahat mevcut değildir. Şart ile ecel arasında esaslı fark dolayısıyla, şart hakkındaki hükümlerin ecel hakkında da doğrudan doğruya tatbiki mevzuu bahis olamaz. Bununla beraber, bu iki müessese arasındaki esaslı yakınlık, şart hakkındaki hükümlerin, bazen kıyas suretiyle, ecel hakkında da tatbikini icap ettirecektir. Nitekim BGB. §163 şart hakkındaki birçok hükümlerin, müddet hakkında

40) Stiefel 140.

41) Windscheid §96, Not 4, Savigny III. s. 207). Oser/Sch. Art 151-157 No. 20.

42) Stiefel 141, Oser, Art 151-157, No. 21.

da tatbik edileceğini âmirdir. Şart hakkındaki hükümlerin müddetli hukukî muamelelere kıyasen tatbiki, ancak münferit hallerde doğru olabilir. Meselâ BK 150 şart hakkında olduğu kadar müddet hakkında da kabili tatbiktir. (Stiefel 142.) Çünkü, kanun burada doğması muhtemel bir hukukî durumu himaye etmektedir. Kanun vukuu muhtemel bir durumu himaye ettiğine göre, vukuu muhakkak olan durumun da himayesi elbette lüzumludur. Kezâ infisahî şart hakkındaki BK. 152 nci madde infisahî mahiyette olarak *müddetlere* tatbik olunmalıdır.

Bir hukukî muameleye ilâve olunan tâlikî eccl, o hukukî muamele üzerinde nasıl bir tesir husule getirir?... Ecelli (müddetli) bir hukukî muamele bir mevcudiyete mâlik midir? Yani vâde tarihine kadar bu hukukî muameleden hiçbir alacak ve borç doğmamış mıdır? Yoksa, hukukî muamele ve binnetice alacak ve borç mevcut ancak, ecelin hulûlüne kadar bunun icrası mümkün değildir? Diğer bir ifade ile ecel hukukî muamelenin varlığını mı, yoksa onun tesirini mi tehir eyler. (İnfisahî müddette böyle bir ihtilâfa sebep yoktur).

Müşterek hukuk doktrinine göre müddet, hakkın doğumunu değil, onun istimalini tehir eder. Hak vâdeden evvel de mevcuttur. Binaenaleyh vâdeli bir hukukî muamelede hak doğmuştur⁴³.

Fakat diğer bir noktai nazara göre; bir hukukî muamelede müddet, hakkın doğumunu, vâde ânına kadar, tehir eder, ve müddetin hitamiyle hak doğar⁴⁴.

Fakat, bugün de taraftarı olan ortalama bir görüş tarzına göre, bu hususta bir tefrik yapmak lâzımdır.

a) Bir alacak hakkı doğuran hukukî muamelelerde :

Burada hak doğmuştur ve mevcuttur. Onun bir ecele bağlanmış olması hakkın doğumuna mâni olmaz; Ancak istimalini tehir eder. Hak, hukukî muamelenin diğer esaslı unsurları ihtiva etmesiyle doğmuştur. Böyle bir hak temlik olunabilir ve vârislere intikal eder. Borçlu tarafından derhal ödenebilir. Ve bu bir tediyenin neticelerini tevhit eder. Borçlu alacaklı tarafından ibra olunabilir. Bir Şubatta, ödenmesi lâzımgelen bir borcun borçlusu, normal bir borçludur ve bunun karşısında bir

43) Savigny Bd. III, s. 126. §210 Puchta, Pandekten §62. s. 966, Dernburg Bd. I, §114, s. 265, Not 5.

44) Unger. Öster. P. R. Bd. II, §83, II. 1. Enneccerus, Rechtsgeschäft. s. 307. (Stiefel 142, not 13 den) Bernburg Bd. I. s. 265, not 6 daki müellifler.

alacaklı vardır. Binaenaleyh, alacaklarda müddet hakkın mevcudiyeti değil onun istimalini tehir eder⁴⁵.

b) Alacak hakkı doğurmayan hukuki muamelelerde :

Vâdeli muamelenin hukukî tesiri ya bir hakkın iktisabına imkân hazırlamak veya şartta olduğu gibi, hakkın iktisabı için intizar hakkı yaratmaktan ibarettir⁴⁶. Hak ancak vâdenin hulûlü ile iktisap olunacaktır. Bununla beraber, vâdenin hulûlü esnasında hak iktisap edecek olan kimsenin hukukî ehliyeteye sahip olması haizi ehemmiyet değildir. Kezâ o şey üzerinde sonradan yapılan tasarruflar veya hacizler alacaklının hakkını ihlâl etmez. Bununla beraber hüsnüniyetli müktesebin hakkı mahfuzdur.

Bir hukukî muamelede müddet kaydı başka bir mânayı da haiz olabilir. Bu takdirde âkidler borcun doğduğunu kabul etmişler, fakat onun icrasını tehir eylemişlerdir. Yâni alacak henüz muaccel değildir. Doğmuş fakat henüz muaccel olmayan alacaklara Alman hukuk edebiyatında "betagte Forderung = müccel alacak" denmektedir⁴⁷.

Meselâ doğmuş ve muaccel bir borcun ifasını âkidler, sonradan yapacakları bir mukavele ile, tehir edebilirler. Bu takdirde, borç müccel (= betagte) dir. Sureti umumiyede, bir alacağın müddete bağlanması da bu mânadadır. Yani alacak doğmuştur, fakat henüz muaccel değildir. Fakat taraflar hususî bir irade ile alacağın doğumunu da bu müddetin hitamına bırakmış olabilir. Birçok alacaklar vardır ki, burada alacak başka başka karakter arzederler. Meselâ bir alacağın doğması için, bir başlangıç tarihine ihtiyaç vardır. O tarihten evvel borç doğmaz. Meselâ icarın 1 Marttan evveli başlayacağını kabul edilmesinde, bu tarihten evvel akit mevcut olduğu halde, alacak henüz doğmamıştır. Kezâ kira, hizmet, şirket akidlerinde alacağın doğması için bir zamanın geçmesine ihtiyaç vardır. Bu nevi akidlerde zaman bir hukukî şart şeklinde kendini gösterir⁴⁸. Burada zaman kendini bir muacceliyet müddeti şek-

45) Enneccerus-Nipperdey Bd. I, §186, II. s. 608; von Tuhr, Allge. Teil, Bd. II. 1. §83, II. s. 325; Schwei. §2, III. s. 8, §62, I. s. 482; Oser/Sich., Art 151-158, No. 8. s. 714.

46) Dernburg, Pandekten Bd. I. §114. s. 266. Enneccerus-Nipperdey. Bd. I. §187. III. s. 609; von Tuhr, Allge. Bd. II. 1. s. 325.

47) Staudinger-Riezler. Bd. I. s. 163 No. 4, 827; Enneccerus-Nipperdey. Bd. I. §187. II. 2 a, s. 608; Endemann §79 No. 9, von Tuhr, Allge. Teil, Bd. II. 1. §83. II. s. 326.

48) von Tuhr All. Bd. II. 1. §83. s. 327, Schwei. Bd. II. §62. s. 482.

linde göstermemektedir. Zaman işledikçe alacak doğmaya başlayacaktır. İşte bu son halde, ortada bir müddet mevzuu bahis olduğu halde, bir hakkın iktisabı kat'i değildir. Burada şartta olduğu gibi bir intizar devresi mevcuttur. Bundan dolayıdır ki, bir hukukî muamelede müddet, gerek kanunî hüküm icabı, ve gerek âkidlerin o suretle anlaşmış olmaları dolayısıyla, hakkın icrasına değil doğmasına mâni oluyorsa ortada şarta benzer bir durum var ve müddetin hulûlüne kadar bir intizar devresi mevcuttur. Bu itibarladır ki, bu müddetin işlemesi esnasında hak sahibinin müntazar hakkını siyanet etmek icap edebilir. Bu takdirde kıyas suretiyle şart hakkındaki hükümleri burada da tatbik etmek icap edecektir⁴⁹.

İlâveye lüzum bile yoktur ki, ecel her şekli ile ölüme bağlı tasarrufların her nevinde tatbik olunur. Bilhassa ikameli tevcihler de kendini çok gösterir. İlk musaleh veya mansup mirasçının bir müddet sonra vasiyet olunanı veya mirası bir başkasına nakil etmesi halinde bir fevkalâde ikame müessesesi karşısında kalacağız.

§ 13.— KAYIT VEYA VÂKIA MÂNASINA GELEN ŞARTLARIN NEVİLERİ :

I — Kayıt mânasına gelen şartın nev'i :

Müstakbel ve meçhul bir hâdise mânasına gelen şartın bir hukukî muamele üzerine olan tesiri, o hukukî muameleyi meydana getiren kimse veya kimseelrin arzulanna göre, çeşitli olur. Hukukî muamelenin tesir vücade getirmeye başlaması veya esasen husule gelmiş olan tesirlerin sona ermesi bu müstakbel ve meçhul hâdiseye tâlik olunur. Bu iki hal, şart neveleri hakkındaki kanunu tasnife tekabül eder.

Tâlikî ve infisahî şart :

Bir hukukî muamelenin tesir vücade getirmeye başlaması müstakbel ve meçhul bir hâdisenin vukuuna veya ademi vukuuna tâlik olunmuştur (BK. 149/1). Bu takdirde, hukukî muamele, kaideten, tesirini bu andan itibaren husule getirmeğe başlar. O halde, tâlikî bir şart hukukî muamelenin tesir husule getirmesini askıda bırakır.

İnfisahî şartta ise, hukukî muamelenin ortadan kalkması, müstakbel ve meçhul bir hâdiseye tâlik olunmuştur. Hukukî muamelenin infi-

49) von Tuhr, All. Bd. II 1. §83 II. s. 329, Staudinger-Riezler. Bd. I. s. 163, No. 4, s. 287, Stiefel 144-146.

sah eylemesi ile de artık hukukî tesir husule gelmez olur. Şu halde, böyle bir şartta hukukî muamelenin tesir husule getirmemesi müstakbel hâdisenin husulüne tâlik olunmuştur.

II — VAKIA ANLAMINDAKİ ŞARTIN NEVİLERİ :

Her bir çeşit vâkıa (hâdise) bu mânada bir şart olarak intihap olunabilir. Bununla beraber, bu çeşitli vak'aları bazı gruplar altında toplamak mümkündür.

1) *Müsbet ve menfi şartlar* : Müstakbel ve insanlar için meçhul olan her hâdise, ya halihazır durumun tâdilini tazammun eder ve binaenaleyh bu tâdil bir vâkıanın cereyanını, oluşunu tazammun eder veyahut da hali hazır durumunun devamını, idamesini tazammun eder. Bu takdirde yeni bir vâkıanın husule gelmemesi mevzuu bahistir. Birinci halde müsbet, ikinci halde menfi bir vâkıa karşısındayız¹.

Bir şartın müsbet veya menfi olarak tavsifi, onun ifade edilmiş tarzına bağlı değildir. Aynı durumu müsbet veya menfi şekilde ifade mümkündür. “Evlenmemek şartıyla sana 1000 lira vasiyet ediyorum” dersem evlenme şartı menfi bir vâkıaya delâlet eder. Binaenaleyh şart menfidir. Buna mukabil “bekâr kalmak şartıyla sana 1000 lira vasiyet ediyorum” şeklinde müsbet bir ifadeye rağmen ortada yine menfi bir şart vardır. Keza “sen buradan gidersen” kaydı müsbet bir şarta delâlet ettiği gibi “sen burada kalmazsan” kaydı da müsbet bir şarta delâlet ediyor.

2) İhtiyarî, tesadüfi, karışık şart :

a) Şart olarak kabul edilen hâdisenin meydana getirilmesi, hukukî muamelede taraf olanlardan birisinin yed-i iktidarında ise, o zaman şart ihtiyarîdir. Bu kudret ya hukukî muameleden istifade edecek kimse nezdinde olur; bu takdirde o kimsenin bu muameleden bir hak iktisap edebilmesi için, şart olarak tâyin olunan fiili, kendisinin yapması veya yapmaması lâzımdır. Bu hareketi yapmadıkça hak doğmıyacaktır. Bu şart ekseriya diğer âkidi muayyen bir hareket tarzına sevk etmek için konur².

1) Windscheid. Bd. I. §87. von Tuhr, All. Bd. II. 2. §80. s. 275; Oser/Sch. s. 685, No. 14.

2) von Tuhr, All. §80. II. 3. s. 275, Schweizerisches. Bd. I. s. 702, Stiefel 87.

Kezâ, cezaî şartta da durum böyledir. Bu bakımdan şart, mükellefiyete bir benzerlik arzeder. Meselâ muris, ölümünden sonra muayyen işlerin yapılması şartıyla birisi lehine bir vasiyette bulunur, musaleh o işleri yapmadıkça vasiyete hak kesbedemez. Bu suretle muris, musalehin müstakbel hareketi üzerinde müessir olmak ister. Veyahut ihtiyarî şart, hukukî muamelede bir edada bulunmak durumunda olan kimse-nin, yapacağı bir fiilden ibarettir. Onun şart olarak gösterilen fiili yapması veya yapmaması, borcun doğup doğmaması üzerine tesir eder. O, şartı yerine getirmemek suretiyle, hukukî muamelenin tesir husule getirmesini ilânihaye geciktirebilir. Bununla beraber akidle bağlı kalmakta devam eder³.

Tarafların şartın tahakkukunu tazammun eden fiili, bir hukukî muamele karakterini hâiz değildir. Bu itibarla, bu hareket hukukî muamelelerin tâbi olduğu kaidelere tâbi değildir. Ezcümle bunun için muamele ehliyetine lüzum yoktur⁴. Böyle bir irade beyanına irade fesâdı sebeplerinden dolayı itiraz olunamaz. Bununla beraber, borçlunun keyfine tâbi olan bir şartın muteber olup olmadığı doktrinde münakaşalıdır⁵.

İhtiyarî şart, taraflardan birisinin, irade beyanından da ibaret olabilir. Meselâ bir mukavele akdedilmiştir. Fakat netice husule getirmesi taraflardan birisinin bir irade beyanına tâlik olunmuştur, bir vasiyet yapılmıştır, fakat bu vasiyetin hüküm ifade etmesi musalehin muayyen müddet zarfında kabulü şartına tâlik olunmuştur. Bu takdirde, musalehin ve vasiyeti iktisap etmek için, kabul beyanını bu müddet zarfında yapmalıdır. Eğer bu beyanı yapmadan evvel ölmüş ise, vasiyeti iktisap etmemiş olur⁶.

Bizzat kanun tecrübe ve muayene suretiyle satışta, şuf'a ve vefa haklarında bu şartı sarîh olarak hükme bağlamıştır. (BK. 213. 219) ihtiyarî şartların bu neveleri hukukî muamele ehliyetine ihtiyaç gösterir ve irade fesadı sebeplerinden dolayı bu beyana da itiraz olunabilir.

b) Tesadüfî şart : Bu takdirde şart müstakbel ve tesadüfî bir hâdiseden ibaret olup hukukî muamelede taraf olanların iradesine tâbi değildir. Meselâ tabii bir hâdise, üçüncü bir şahsın fiil ve hareketleri, hat-

3) von Tuhr, Allge. §80. III. s. 275, Schweizerisches, Bd. II. §84 III. s. 702. Oser/Sch. Art 151-157, No. 15, s. 685.

4) von Tuhr, All. Bd. I. §80. III. 2, Schwei., Bd. I. s. 702. §84. III.

5) Stiefel 88, Oser/Sch. Art s. 685, Becker, Art 154. No. 2.

6) von Tuhr, Allge. Bd. II. 1. §80. III. 4, not 50.

tâ mevzuu bahis hukukî muamelede taraf olanın iradesine tâbi olmayan bir hâdisе tesadüfî şart olabilir.

c) Şart yukarıda gösterilen iki hâli de mezcedebilir. Meselâ alâkâlılardan birisinin arzusuna tâbi olduğu gibi, aynı zamanda, tesadüfî bir şarta da tâbi olabilir. Meselâ A'nın izdivacı veya onun imtihanında muvaffak olması takdirinde, kendisine tevcihte bulunulması, kezâ iradî bir şartla tesadüfî bir şartın aynı hukukî muamelede mezci mümkündür. Bu nevi şartlara karışık şartlar denir.

Borçlar kanunu sadece şartın tâliki ve onun infisahî nevilerini tanıyor. Bu son tasnif kanunî hükümlere istinat etmez. Bununla beraber, bu son tasnifte şartın kanunî unsurlarını ihtiva eder. Bu itibarla, bunlar hakkında da kanunî hükümler kabili tatbiktir. Fransız medenî kanunu ihtiyarî, tesadüfî ve karışık şartlar hakkında sarîh hükümler (m. 1169 - 1171) sevk eylediği halde kanunumuz, bu hususun tâyin ve târifini doktrine bırakmıştır. Bu tasnifin yalnız nazarî değil tatbikî bir ehemmiyeti de mevcuttur⁷.

§ 14.— ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA ŞART :

I — Genel olarak :

Bundan evvelki paragraflarda teknik mânadaki bir şartın hususiyetlerini tetkik eyledik. Şimdi de şartın ölüme bağlı tasarruflarda tatbik şeklini tetkik edeceğiz. Medenî kanunun 462/1 inci maddesi mükellefiyetin yanı başında, ölüme bağlı tasarruflara “şartlar”ın da ilâve edilebileceğini söylemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da kanuna ve âdâba aykırı olan veya faidesiz, başkalarını izaç edici şartlardan; 499 uncu maddede kanun veya âdâba aykırı şartları ihtiva eden tasarrufların iptalinden bahis olunmaktadır. Bu iki madde haricinde miras hukukundaki şart hakkında kanunumuzun hiçbir yerinde bir hüküm mevcut bulunmamaktadır. Bundan başka, ölüme bağlı tasarruflardaki “şart”ın ne olduğu da tâyin edilmiş olmadığı gibi ve borçlar kanununda hükme bağlanmış olan şart müessesesiyle de bir irtibat tesis edilmiş değildir.

MK. 462 nci maddenin ilk mânası, murisin yapacağı bir tasarrufa bir şart ilâve edebileceğidir. Bu maddenin sarîh hükmü olmasaydı bile ölüme bağlı bir tasarruf bir şart tahtında da yapılabilecekti. Çünkü, medenî kanunun beşinci maddesinin sarîh hükmü gereğince, borçlar ka-

7) Stiefel s. 90.

nununun umumi hükümleri, ölüme bağlı tasarruflara da şâmil bulunmaktadır. Nitekim MK 462 ölüme bağlı tasarruflara bir şartın ilâve olunabileceğine müsaade eylemekle beraber, ne şartın teknik muhtevası üzerinde durmakta ve ne de şart hakkındaki hükümlerin ölüme bağlı tasarruf sahasında tatbik olunacağı hakkında bir kaydı ihtiva eylememektedir. O halde, borçlar kanununun 149-155 inci madde hükümlerinin burada tatbik edilip edilmeyeceği akla gelebilir. Zira, medenî kanunun 5 inci maddesi gereğince, medenî kanunun diğer kısımlarında tatbik edilecek olan borçlar kanununun hükümleri, "akidlerin, in'ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine müteallik" olan hükümlerden ibarettir. Akidlerin inikadı hükümleri ve sukut sebepleri ise, borçlar kanununun umumî hükümlere mütedair olan kısmının birinci (1-66), ikinci (67-112), ve üçüncü bablarına tekabül eder. Halbuki şart hakkındaki borçlar kanunu hükümleri (149-155), borçların nevilerine mütedair olan¹ dördüncü babta bulunmaktadır.

Bu itibarla şart hakkındaki hükümler, M.K. 5 in dışında kalmaktadır. Bununla beraber, BK'nın 149-156 maddeleri hükmü ölüme bağlı tasarruflara da doğrudan doğruya tatbik olunacaktır. Çünkü, gerek akid sahasında olsun ve gerek ölüme bağlı tasarruf sahasında olsun, doğan bir borç, şarta tâbi de olsa yine bir borçtur. Binaenaleyh, ölüme bağlı bir tasarruf, bir borç tevhit ettiği nisbetinde, borçlar kanununun 1-3 bablarının anladığı mânada bir borç tevhit edecektir².

Fakat buna şöyle itiraz olunabilir : BK 141 maddesinde bir akiten bahis olunmaktadır. O halde, bir akid mahiyetini haiz olmayan ve fakat tek taraflı bir hukukî muamele olan ölüme bağlı tasarruflarda bu hüküm nasıl teşmil olunabilir? Bu bakımdan, kanunun mezkûr hükmünü lâfzî ile değil ruhu ile anlamak lâzımdır. Filvâki, bu maddenin aslı olan İsviçre borçlar kanununun 151 inci maddesinin ilk şeklinde "hukukî muamele" den bahis olunmakta, bu suretle tek taraflı hukukî muamelelerde sarîh surette bu maddenin şümulüne girmekte idi. Fakat, hukukî muamele tâbirinin Fransızcâda ifadesinin güçlüğü Rossel'in bir tâdil teklifini mucip oldu. Kabul edilen bu tâdil teklifi dolayısıyla 141 inci

1) BK. dördüncü bölüm başlığı fikrimizce yanlış tercüme edilmiştir. Bu babın Almancası "Besondere Verhältnisse bei Obligationen,, Fransızcası, "Des modalités des obligations,, dur. Bunun doğru tercümesi: "Borçlarda hususî haller,, dir. Bunun kanunda olduğu gibi "borçların nevi,, şeklindeki ifadesi müphem ve şaşırtıcıdır.

2) Stiefel 145, nitekim miras mukavelesi borçlar hukuku anlamında bir mukaveledir. Mal vasiyeti de bu mânada bir alacak hakkı tevhit eder.

madde (I MK 151) e “hukukî muamele” tâbiri yerine akid tâbiri kondu. Şart hakkındaki hükümlerin medenî kanunun 7 (TMK 5) inci maddesi delâletiyle diğer hukukî münasebetlere” de teşmilen tatbiki tabîi görüldüğünden bu tâdilde bir mahzur görülmedi³.

Binaenaleyh, şart hakkındaki hükümlerin yalnız akidler hukuku sahasına maksur olmadığı şarta mütedair olan 141 inci maddenin tarihçesinden sarîh surette anlaşılacaktır. Doktrin, mezkûr hükümlerin ölüme bağlı tasarruflara teşmilini hiç tereddütsüz kabul eylemektedir⁴. O halde, borçlar kanununun 141-157 nci maddeleri hükümleri, kabili tatbik oldukları nisbette, ölüme bağlı tasarruflara konan şartlar hakkında da tatbik olunacaktır⁵.

II — Şartın târif ve mahiyeti :

Borçlar kanunun anladığı mânadaki bir şartın ölüme bağlı bir tasarrufa da ilâve olduğu kabul edilebilecek olursa, ölüme bağlı şart hakkında şöyle bir târif vermek mümkündür. Bu ölüme bağlı bir tasarrufa muris tarafından, vazedilmiş öyle bir hükümdür ki, buna göre, o tasarrufun tesir vücude getirmesi veya mevcut bir tesirin ortadan kalkması müstakbel ve meçhul bir hâdisenin vukuuna tâlik olunmuştur.

Bu târiften de anlaşıldığına göre, şart daima tâli bir hükümdür. Yâni bir şartın mevcudiyeti, evvel emirde ölüme bağlı tasarruf nevelerinden birinin mevcudiyetini tazammun eder. Tek başına, bu ölüme bağlı bir tasarrufun muhtevası olamaz. Bu bakımdan mükellefiyetten ayrılır. Mükellefiyet tek başına bir tasarrufun mevzuunu teşkil edebilir.

Bununla beraber bu ancak, şartın ölüme bağlı bir tasarrufta bir kayıt (clause) olarak mevki alması haline maksurdur. Şartı müstakbel ve meçhul bir vâkıa olarak düşündüğümüz zaman, bilhassa ölüme bağlı tasarruflarda şart müstakil bir tasarruf nevi olarak kendini gösterir⁶.

Ölüme bağlı bir tasarrufun ihtiva ettiği şart, gerek terekeden alınacak ve gerek başka suretle tedarik olunacak bir şeyin birisine temininden

3) Protokoll der Expertenkommission 12.10.1908, Stiefel s. 45 den. Oser/ Sch. s. 686, No. 16.

4) Oser s. 682, No. 1, Egger Art 7 No. 4, Gmur Art 7 No. 2-3, Tuor Art 482, No. 2, Stiefel 45, Herzer 83.

5) Tuor Art 482, No. 2, Stiefel s. 45, Herzer 45, Krayenbühl s. 84.

6) Escher s. 206. No. 4, Tuor s. 198 No. 4.

ibaret olursa, bu takdirde şart, bir tevcih mahiyetini haiz olacaktır. Meselâ muris, A yı mirasçı nasbederken, B ye muayyen bir edada bulunmasını şart ederse, A nın B ye yapacağı eda, müstakil ve meçhul bir hâdisedir. A, ancak bu edayı B ye yapmak suretiyle, mansup mirasçı vasfını haiz olacaktır. Yâni, A nın yapacağı eda, mansup mirasçı olma vasfının bir şartıdır. Halbuki yapılacak bu eda, gerek muris ve gerek B bakımından bir mal tevcihi hükmündedir. Bu suretle, bir şart muhtevasının, bazı edalarda bulunmaktan ibaret olması halinde, bu, ölüme bağlı tasarruf nevelerinden birisine (ve meselâ mirasçı nasbı veya mal vasiyeti) gireceğinden şart olarak kendisini göstermiyecektir. Muhtevası bir şarttan ibaret olan tevcihler, müeyyide bakımından bir hususiyet gösterecektir ki, o da, şartın ademi ifası halinde, şart borçlusunun yapılan tevcihe hak kesbetmemesini mucip olmasındadır. Yukandaki misalde A, muris tarafından tahmil olunan edayı, B lehine yapmadıkça mansup mirasçı sıfatını iktisap edemiyecektir.

III — Şart, murisin iradesiyle tasarrufa ilâve olunmalıdır :

Şart, akidler sahasında olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflar sahasında da bütün neveleriyle kendini gösterebilir. İnfisahî, tâlikî, keyfî şart şeklinde bir hükmün şart vasfını haiz olabilmesi için onun muris iradesine istinat etmesi lâzımdır. Murisin iradesine dayanmayan, işin mahiyeti itibariyle zarurî olan vâkialar şart mahiyetinde değildir. Bir şartın mevcudiyetinin kabulü için “şartıyla, kaydiyle, ama..., vesaire” gibi bir ifade tarzına her zaman lüzum yoktur. Murisin iradesini bir şart tahdında izhar ettiği tasarruf muhtevasından istihraç da olunabilir.

Kezâ müstakbel ve meçhul bir hâdiseye delâlet etmeyen daha ziyade bir saikin ifadesinden başka birşey olmayan kayıtlar şart mahiyetinde değildir. Meselâ “bu muharebede ölürsem”, “ameliyattan sağ çıkamazsam” gibi. Burada kayıtsız şartsız bir tevcih vardır. Burada muris kendisine bu tasarrufu yapmağa sevk eden âmil ve sâiki ifade eylemiştir. Eğer muris ameliyat ve harp sebebiyle değil de başka bir sebeple ölmüş olsa tasarrufu hüküm ifade edecektir. Meğer ki bunun hilâfı tasarruftan sarih surette anlaşılsın⁷.

Şartın murisin iradesi mahsulü olması lâzımdır. Bu itibarla, şart olarak gösterilmek istenilen müstakbel ve meçhul hâdisenin de bizzat

7) Dernburg B.R.V. §44, II. Not 2. s. 129, Tuor, Art 482, No. 5. Escher, Art 482 No. 1.

muris tarafından tâyin edilmiş olması lâzımdır. Muris, bunun tâyinini bizzat musalehe veya üçüncü bir şahsa bırakamaz. Çünkü, şart bir bakıma ölüme bağlı tasarruf nevilerindedir. Bu sahada ise ancak, murisin bizzat kendi iradesi hâkim olmalıdır. Bunun tâyini bir başkasına terk edilemez. Ölüme bağlı tasarruflar sahasında vekâlet câri değildir⁸.

Fakat muris, şartın yerine getirilip getirilmemesini, tamamen bir üçüncü şahsın veya bizzat tevcihi alacak kimsenin arzusuna terk edebilir. Bu takdirde tevcihe hak kesbetme tevcihi alacak olan kimsenin veya üçüncü şahsın keyfine tâbi olacaktır.

IV — Ölüme bağlı tasarruflarda şartın gayesi ve çeşidi :

Şart müessesesi fert iradesinin mühim bir genişlemesini tazammun eder⁹. Bu suretle âkidler hukukî münasebetlerini hâdiselerin ilerideki inkişafına intibak ettirmek imkânını bulur. Bu cihet bilhassa ölüme bağlı tasarruflarda pek mühim bir rol oynar. Muris kendisine bir tevcihte bulunmak istediği kimsenin ölümünden sonra da herakâtı üzerinde müessir olmak imkânını bulur. Meselâ bir amca yeğenin muayyen bir mesleğe intisap eylemesi veya herhangi bir hat ve hareketi ihtiyar eylemesi veya eylememesi şartıyla ona yapacağı ölüme bağlı bir tasarrufla bir menfaat temin eder. Bu yeğen bu menfaata elde etmek için, murisin istediğini yapmak veya yapmamak mecburiyetindedir. Kezâ muris kendisine veya hasta eşine yaşadığı müddetçe iyi, ihtimam edecek olan bir hastabakıcıya bir vasiyette bulunabilir. Muris, böylece hastabakıcının müstakbel efali üzerinde müessir olur. Bizzat kendisine ve hasta eşine ihtimamı böylece sağlamış olur¹⁰.

Muris gayesine ve işin icabına göre infisahî veya tâlikî bir şart koyar. Muris bu gayeye mükellefiyet vazetmek suretiyle de varabilirdi. Bu gibi hallerde şart müessesesi daha müessir bir rol oynar. Zira, müteneffi ancak şartı yerine getirmek suretiyle bu menfaate hak kesbedecektir. Başka bir müeyyideye lüzum yoktur. Halbuki, mükellefiyette, müteneffi, vaki tevcihi mükellefiyetin ifasından müstakil olarak iktisap eylemektedir. Mükellefin ademi ifası tevcihe hak kesbedebilmesine mani olmaz. Ademi ifa sadece bir ifayı talep imkânını bahşeder. Birçok hallerde dava matlûp neticeyi vermeyebilir. Bilhassa müteneffiden beklenen şeyin

8) Tuor s. 95, No. 5, Escher Art 467-469, No. 5. s. 99, Hirtz s. 101, BGE. 68. II. 155.

9) von Tuhr. Schwei. Bd. II. s. 698.

10) Escher, Art 482, No. 4.

muayyen bir hareket tarzı olması halinde mahkeme yoluyla onun bu hareketi ihtiyar eylemesi temin olunamaz. Müteneffiden beklenen hareketin bir imtinadan ibaret olması takdirinde mükellefiyet, müessesesi daha büyük zafiyet gösterecek ve buna mukabil şart müessesesi bu gibi haller için en uygun şekil olacaktır. Çünkü muhalif bir hareket, müteneffi beklenen veya iktisap olunan bir menfaatten mahrum etmeye kâfi gelecektir.

Şart, ölüme bağlı tasarruflarda da bütün hususiyet ve nevileriyle kabili tatbiktir. Bu müteneffinin bir fiil veya imtinandan ibaret olabileceği gibi müteneffinin muayyen bir kimseye veya bir gaye lehine bir şey vermesinden veya vermemesinden ibaret de olabilir. Meselâ “Bir hristiyan ile evlenmeme” veya “falan tahsili yapma” veya “A lehine muayyen bir edada bulunma veya bulunmama” şartıyla bir tevcih yapılabilir.

Keza şart, infisahî veya tâlikî bir şekilde de olabilir. İnfisahî şartta da müteneffi vâki tevcihi murisin ölümü ile iktisap eder. Mirasçı nasbı bahis ise, ölümle varis olur. Eğer vâki tevcih muayyen bir mal vasiyetinden ibaret ise, şartsız yapılan bir mal vasiyeti gibi müteneffi o malın kendisine verilmesini talep edebilir. Yani murisin ölümünde muhtevası vasiyet edilen malın teslimini veya bir edanın yerine getirilmesini talepten ibaret olan bir alacak hakkı iktisap eder¹¹.

Roma hukukuna göre, bir infisahî şart altında mirasçı nasbı mümkün değildi. Fakat bugün, ölüme bağlı tasarrufların her nevine tâlikî veya infisahî tefriki yapılmaksızın şart ilâve olunabilir. Ezcümle infisahî bir şart altında bir mirasçı nasbı mümkündür. Meselâ X i ecnebi bir memlekete seyahat etmemesi şartıyla mirasçı nasbedebilir¹².

Bir infisahî şart altında yapılan bir tevcih mükellefiyet müessesesiyle çok benzerlik arzeder. Çünkü her iki halde müteneffi vâki tevcihi ölümle iktisap eylemektedir. Bununla beraber aralarında fark vardır: İnfisahî şartta şartın tahakkuku ile vâki tevcihin iktisabı sebepsiz olacaktır. Halbuki mükellefiyette murisin arzusuna mugayir bir hareket tevcihten mahrumiyeti mucip olmaz. Bununla beraber infisahî şartla mükellefiyetin birbirinden tefrik olunamadığı haller mevcuttur.

Şart, tâlikî de olabilir. Bu takdirde müteneffi tevcihi ancak şartın tahakkukundan sonra iktisap eder. Eğer müteneffinin tevcihi iktisap etmesi, onun hayatı boyunca veya çok uzun bir devre zarfında, bir şeyi yapmaya veya yapmaması kaydiyle olmuş ise, ortada infisahî bir şartın mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır¹³.

11) Escher 482 No. 4, 6, Tuor 482 No. 3, Hirtz 105, Herzer 85.

12) Tuor 482 No. 4, Escher 482, No. 6.

13) Tuor, 482 No. 4.

Meselâ müteneffii mesleğini terk etmemesi, bir gayri müslim ile evlenmemesi veya bir kimseye ölümüne kadar bakması şeklindeki şartlarda infisahî bir şartın mevcudiyetini kabul olunmalıdır. Bunun neticesi olarak, müteneffii murisin ölümü ile tevcihi iktisap edecektir. Bununla beraber, murisin tâlikî bir şart arzu etmiş olması hali bundan hariçtir. Alman medenî kanunu bu husus hakkında 2075 inci maddesinde sarıh bir hüküm ihtiva eylediği halde, bizim medenî kanunumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir. Fakat, borçlar kanununun 151 inci maddesinin delâletiyle bizde de bu neticeye varmak mümkündür. Bu maddeye göre, eğer vaat olunan şey, şartın tahakkukundan evvel alacaklıya teslim edilmiş ise, şartın tahakkuku halinde, fasıla esnasında şeyden elde ettiği semereleri muhafaza eder¹⁴.

Burada şartın müeyyidesine, kısaca temas etmek zarureti vardır. Tasarrufa muris tarafından vazedilmiş olan şart, müstakbel ve meçhul bir hâdisedir. Tasarrufun mukadderatı müstakbel ve henüz meçhul olan hâdisenin inkişafına bağlıdır. Bu hâdise, ya müteneffii iradesine bağlıdır, bu takdirde bu şartı yerine getirip getirmemek onun arzusuna tâbidir. Şartı yerine getirmemenin cezası, onun bağlı olduğu tevcihten mahrumiyettir. İradî bir şartta iktisap etmek istemeyen bir kimse, şartı yerine getirmemekle iktifa etmelidir. Şart müteneffii iradesi dışında olan bir vâkia ise, bu vâkianın husule gelip gelmemesine onun tesiri yoktur. Ancak hâdiselerin seyrine intizar eylemek lâzımdır. Alâkalılardan hiç birisi hâdiselerinin cereyanı üzerinde müessir olamazlar. Bunun neticesi olarak şartın tahakkuku talep olunamaz. Buna tekabül eden bir dava hakkı yoktur. Esasen şart olarak tâyin edilen hâdiselerin çoğu cebri icra yolu ile yapılacak veya yaptırılacak vâkılar değildir. Meselâ tıp tahsili yapmak veya ecnebi bir memlekete muhaceret etmemek şartıyla yapılan bir tevcihte adli yollarla müteneffii bunları yapmağa sevk etmek mümkün olmadığı gibi, bu, maksada da uygun düşmez. Çünkü bir kimseyi bu harekete zorlamak bugünün hukukî anlayışına aykındır. Bazen şart olarak nazara alınan hâdise, tabii ve insan oğlunun müessir olamayacağı şeylerdir. “Erkek torunum olduğu takdirde şu mülkümü ona vasiyet ediyorum” dersem bir cebri icra yolu tasavvur olunamaz¹⁵. İşte bundan dolayıdır ki, medenî kanunun 462 nci maddesinin şartın yerine getirilmesinin dava olunmasından bahsetmesi yanlıştır. Bu maddedeki dava hakkı, sadece aynı zamanda hükme bağlanmış bulunan mükellefi-

14) Tuor, 482, No. 4.

15) Tuor, 482, No. 23, Herzer 83.

yet hakkında olup şarta şâmil değildir. Maddenin bu suretle yazılışı maddenin kısa yazılma ihtiyacından mütevellit bir yazış hatâsıdır¹⁶.

Esasen bugünkü 462 inci maddeye tekabül eden İsviçre medeni kanununun ilk projesinin 437/2 nci maddesile, son projesinin 501/3 üncü maddesine nazaran bu dava hakkı sadece mükellefiyete taallük etmekte idi.

462 nci maddede şartın mevzu bahis edilmesinin mâna ve gayesi ölüme bağlı tasarruflarda şartın ilâve olunabileceğinin resmen ifadesinden başka birşey değildir. Kaldı ki böyle sarîh bir hükmün mevcudiyetinin zarurî olduğu da şüphelidir. Vazın kanun muhtemel bir tereddüdü önlemek istemiş olup, bununla şartın bir dava yolu ile tahakkukunu temin etmek istemiş değildir. Hülâsa şartın dava yolu ile tahakkukunun temini onun hukukî mahiyetiyle kabili telif değildir¹⁷.

§ 15.— ŞARTIN (ÖLÜME BAĞLI) TASARRUF ÜZERİNE TESİRİ :

I — *Umumiyet itibariyle* : Şartın nevine göre bir ölüme bağlı tasarrufun hukukî tesir husule getirip getirmemesi, meçhul ve müstakbel bir hâdisenin vukuu veya ademi vukuuna tâbidir. Hukukî muamelenin tesir yaratmasına âmil olan bu hâdisenin vukuuna şartın tahakkuku denir. Bununla beraber, şarta bağlı bir ölüme bağlı tasarruf şartın tahakkukundan ve maksud olan hukukî neticelerin doğumundan önce de bazı neticeler tevhit eder. Bu nevi hukukî neticelere “mukaddem hukukî neticeler” (vorwirkung) demek mümkündür¹. BK. madde 150. Bu nevi hukukî neticeleri hükme bağlamaktadır. Diğer hukukî muamelelerde olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflarda ilâve edilmiş olan şartlar da diğer tarafa, bir şey yapma veya yapmama borcu tahmil edilmez. Fakat şart o kimsenin bu tasarruftan istifadesini, — tâlikî bir şartta — şart olarak gösterilmiş olan hâdisenin tahakkuk veya ademi tahakkukuna tâbi kılar. İnfisahî bir şartta hak, şartın tahakkuku ile sona erer.

Sart olarak gösterilen hâdiseler, diğer tarafın keyfine tâbi bir hâdiseler bile olsa, durum yine böyledir. Yani, murisin varisleri şartın yerine getirilmesini dava edemezler.

16) Tuor Art. 482 No. 22, Herzer s. 83, Oser s. 399 No. 7 b.

17) von Tuhr Bd. II, s. 699.

1) Oser Art. 152 No. 1; von Tuhr Bd. II s. 707; Escher Art. 482 No. 8.

Şarta bağlı sağlar arası hukukî muameleler tekemmüllerinden itibaren yukarıda bahsedilen mukaddem hukukî tesirleri husule getirirler. Ölümüne bağlı tasarruflar, kanunî şeraiti ihtiva eylemiş olsalar bile, bu mukaddem hukukî neticeleri tevhit edebilmek için, murisin vefatı ve böylece tasarrufun kat'iyet kesbeylemesi lâzımdır. Bununla beraber, miras mukavelesi hem sağlar arası hem de ölümüne bağlı tasarrufların karakterini haizdir. O halde, şekli şartları muhtevi olan ölümüne bağlı tasarrufun, geniş mânada hukukî neticeler tevhit edebilmesi için, murisinin vefat etmiş olması lâzımdır. Murisin vefatı anına kadar, şartı ihtiva eden bir tasarruf, hiçbir hukukî netice tevhit etmez. Bununla beraber, miras mukavelesi hakkında hususî hükümler mahfuzdur.

Murisin vefatı ile tekemmül eden şartlı bir ölümüne bağlı tasarruf tevhit edeceği hukukî neticeyi iki safhaya ayırmak lâzımdır. Birincisi vefat ile şartın tahakkuku anına kadar geçen devredir. Buna askı devresi denir. Bu devre zarfında şartın nasıl tecelli edeceği ve binaenaleyh nasıl bir hukukî tesir husule geleceği meçhuldür. Bu devre şartın tahakkuku ile sona erer.

Bu askı devresi zarfında taraflardan hiç birisi -ki burada ölümüne bağlı tasarruf borçlusu durumunda olan vârisler ile ondan istifade edecek olan musaileyh veya mansup mirasçı- şart olarak gösterilen hâdisenin tabii cereyanına tesir yapmamakla mükelleftir².

Şarta bağlı, ölümüne bağlı tasarruflardaki bu askı devresi hakkında hangi hükümlerin tatbik olunacağı hususunda MK 462 nci maddede hiç bir sarahat yoktur. Bu itibarla kanunda sarıh bir hüküm bulunmadıkça burada da borçlar kanununun 150 nci madde tatbik olunacaktır³.

Borçlar kanununun 149-155 inci maddesinin yanı başında, şartlı tevcihlerle alâkalı bulunmayan medenî kanunun 465 inci maddesi burada kıyasen tatbik olunacaktır. Bu madde hükmüne göre vasiyet olunan mal, mirasın açıldığı gün ne halde ise o haliyle musalehe teslim olunmalıdır. Yâni, mal vasiyetinde mühim olan an, mirasın açıldığı andır. Fakat bu hüküm, ancak şartsız vasiyetler hakkında kabili tatbiktir. Şarta bağlı tasarruf nevilerinde ise, şartın tahakkuku ânı mühimdir. Mal vasiyeti hakkında vazedilmiş olan bu hüküm, şarta tâbi olan bilûmum ölümüne bağlı tasarruf nevilerine teşmil olunacaktır.

2) von Tuhr Bd. II. §85 s. 707; Escher Art 482 No. 8; Oser Art. 152 No. 1.

3) Tuor Art. 482 No. 33; Escher Art 482 No. 9; Herzer s. 88; Hirtz s. 99; Buck s. 47.

Bütün şart nevilerinde müşterek olan bir hüküm de BK 154 üncü madde hükmüdür.

Gerek kanunî ve gerek mansup mirasçılar, murislerinin yapmış olduğu ölüme bağlı bir tasarruftaki şartın tahakkukuna hüsnüniyet kaide-lerine muğayir bir hareketle mâni olurlarsa, şart, tahakkuk etmiş addolunur (BK 154)⁴.

II — Ölüme bağlı tasarrufta askı devresi:

Şart, mirasın açılmasından önce tahakkuk etmiş ise, artık ortada bir askı devresi mevcut değildir. Bilfarz, muris oğluna hukuk tahsili yapması şartıyla kütüphanesini vasiyet etmiştir. Ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda henüz lise talebesi olan musaleh, babasının vefatından evvel hukuk tahsilini ikmal etmiştir. Bu takdirde ortada şartsız bir tevcih var demektir. Binnetice ölüme bağlı tasarruf, vefat anından itibaren hukukî tesirler husule getirir⁶. Eğer şart murisin vefatı anında tahakkuk etmemiş ise, bu askı devresi vefat anıyla başlar ve şartın tahakkukuna kadar devam eder. Bu devre zarfında ölüme bağlı tasarrufun müteneffii intizar hakkına maliktir. Bu devre zarfında, tasarruf müteneffii, şarta bağlı olan hakkını kullanamaz, veya onu, ifa ile mükellef olan kimselerden talep edemez. Binnetice tâlikî bir şart tahtında mirasçı nasbolunan bir kimse, miras sebebiyle istihkak davasını (MK 577) açamaz. Kendisine tâlikî bir şart altında bir mal vasiyet edilmiş olan bir kimse 541 inci madde mucibince vasiyet olunan malın mülkiyetini talep edemez⁷. Böyle bir şart tahtında yapılan bir tevcihte, şartın tahakkukuna kadar miras sebebiyle istihkak veya vasiyet olunan malın teslimi davasını açmak hakkı, kanunî mirasçılara alt vasiyetlerde ise, ön musalehe aittir. Burada fevkalâde ikameye benzer bir hal vardır (BK 468). Ancak şartın tahakkuku anından itibaren musaileyh veya mensup mirasçı tam hak sahibi olurlar. Burada, 539 uncu maddedeki prensibin hilâfına olan, şarta bağlı bir mansup mirasçı mirası ölüm anından itibaren değil, şartın tahakkukundan itibaren iktisap eder⁸. Musaileyh veya mansup mirasçının intizar hakkı murisin vefatıyla başlar. İşte bu anda onların sağ ol-

4) Buck s. 48; Herzer s. 88.

5) Tuor Art. 482 No. 33; Escher Art 482 No. 7; Buck s. 11; Hirtz s. 102.

6) Escher Art. 482 No. 8.

7) Escher Art. 482 No. 8; Tuor Art. 482 No. 34.

8) Escher Art. 482 No. 8.

ması lâzımdır⁹. Fakat, şartlı bir tasarrufta musaleh veya mansup mirasçının şartın tahakkukunda da sağ olmaları lâzım mıdır? Diğer ifade ile bu intizar hakkı varislere intikal eder mi? Medeni kanunumuz, Fransız (m. 1040) ve Alman (m. 2074) medenî kanunlarında olduğu gibi, sarih bir hüküm ihtiva eylememektedir. Bu kanunlara göre şartlı ölüme bağlı tasarruf nevinden doğan bir hak ise, varislere intikal etmez. Borçlar kanunumuza göre şarta bağlı bir alacakta bir mameleke giren bir hak-
tır. Bu da diğer haklar gibi varislere intikal eder¹⁰.

Buna mukabil, fevkalâde ikameye mütedair olan 472 nci madde hükmüne göre, terekeyi iktisap edebilmesi için, nakil ile mükellef olan mirasçının vefatı veya aradan çekilmesi anında, namzedin sağ olması lâzımdır. Fevkalâde ikame müessesesiyle şarta bağlı bir tevcih arasındaki büyük benzerlik dolayısıyla müellifler fevkalâde ikame hakkında mevzu olan bu hükmün, kıyasen, şartlı ölüme bağlı tasarruf nevilerine de teşmilini istemektedirler¹¹.

Binnetice, şartlı bir ölüme bağlı tasarruf nevinden doğan intizar hakkı, irsen intikal etmez. Bu şekli hal murisin muhtemel arzusuna da uygun düşecektir. Çünkü o, kaideten yalnız mansup mirasçı musaileyhe bir şey tevcih eylemek istemiş olup onun varislerine de bir şey tevcih eylemek istemiş değildir. Çünkü ekseri ahvalde şarta tâbi bir mansup mirasçı veya musaileyhin varisleri murisce malûm olmazlar. Bununla beraber, muris, şartlı tevcihten doğan intizar hakkının mansup mirasçı ve musailehin varislerine intikal edeceğini tasarrufunda sarahaten derpiş edebilir¹².

III — Askı devresi zarfında alâkalıların hak ve mükellefiyetleri :

1) *Tâlikî şartta durum* : Tâlikî şarta bağlı bir tevcihte, tevcih edilen kıymetin maliki, onu ifa ile mükellef olan kanunî veya mansup mirasçısıdır. Şartın tahakkukuna kadar bir malikin haiz olduğu haklara sahiptir. Tevcih edilen kıymete dair olan mal üzerinde bir istihkak ve yedin iadesi davası açmak onlara aittir (von Tuhr s. 710). Bu kimse şarta bağlı bir borclu durumundadır. Şöyle ki, böyle bir borclu ancak şartın tahakkuku halinde kendisine murislerinin yapmış olduğu tevcihi ifa-

9) Escher Art. 482 No. 8; Tuor Art. 482 No. 35.

10) von Tuhr Bd. II s. 712; Oser Art. 152 No. 2; Buck s. 66.

11) Escher Art. 482 No. 10; Tuor Art. 482 No. 35; von Tuhr Bd. II. s. 712 Not 39; Herzer s. 93; Buck s. 66; Hirtz s. 31; Krayenbuhl s. 148.

12) Tuor Art. 482 No. 35.

ya borçlu olurlar. Fakat şartın tahakkuku anına kadar henüz ifası mücib bir edim mevcut değildir (BK 149)¹³.

Bununla beraber, şartlı bir tevcihin borçlusu olan bir mirasçı ile, birinci dereceden bir musaleh bazı mükellefiyetler altındadırlar. Bu itibarla, böyle bir kimse bu durumun hakikî bir borçluluk durumuna inkılâp edebileceğini bir edimi ifa ile mükellef olabileceğini hesap etmek mecburiyetindedir. Bu bakımdan, şartlı, ölüme bağlı bir tasarrufun borçlusu hakkında da BK 150 hükümleri tatbik olunacaktır. Bu hükme göre borçlu, borcun lâıykı veçhiyle edasına mani olacak her nevi tasarruftan içtinap etmekle mükelleftir. Şart, borçlunun tamamıyla arzusuna tâbi bir hâdiseden de ibaret olsa, bu mükellefiyet yine mevcuttur¹⁴. Objektif hüsnüniyet kaidelerine riayet mükellefiyeti (MK 2/1) bizi aynı neticeye sevk eder. Bir mirasçıya ve bahusus mansup bir mirasçıya tahmil edilmiş olan şarta tâbi bir tevcih borcunda, vârisin şarta tâbi de olsa, bir borçlu olup olmadığı, mirasın açıldığı anda, henüz meçhuldür. Zira, vârisler miras açılır açılmaz kat'î surette varis olmazlar, onlar mirası reddedebilirler. Bu takdirde, hiç borçlu olmayacaklardır. Bununla beraber, mirası reddedebilecek olan vâris, kendi yerine kaim olacak diğer varisin durumunu müşkülleştirmemek mecburiyetindedir. Meselâ terekeden muayyen bir malın birisine vasiyet edilmiş olması halinde reddeden mirasçı yerine kaim olan ikinci varis, bu malı mirasın açıldığı gündeki haliyle, terekede bulmalıdır. Vasiyet edilmiş olan bir malı, gerekli bir ifaya mani olacak surette tahrip veya tağyir eylemiş olan bir varis artık red hakkından mahrum kalacaktır (MK 550)¹⁵.

Tâlikî bir şart tahtında vasiyet edilmiş olan bir malı satan bir varis, mirası reddetmek hakkından mahrum olacağı gibi aynı zamanda, BK 150 mucibince kanunun kendisine tahmil eylemiş olduğu vecibeye de mugayir hareket etmiş olur¹⁶. İkinci dereceden bir vasiyet borcu ile mahmul olan bir vasiyeti kabul eden bir musaleh, bu kabulü ile bu vasiyete tahmil edilmiş olan vecibeyi ifa etmeyi de kabul etmiş sayılır.

Keza tâlikî şarta tâbi ikame hallerinde (adi) varisler hakkında aynı hüküm tatbik olunacaktır. Fevkalâde ikamenin şarta tâbi olması ha-

13) von Tuhr Bd. II s. 707.

14) von Tuhr Allge. Bd. II. 1 s. 295, Schweizerisches. Bd. II. s. 709; Oser Art. 152 No. 10; Firtz 103.

15) Rita Guggenheim, Die Rechtsstellung des Provisorischen Erben nach Schwei. ZGB. 1929 s. 22.

16) Buck s. 46.

linde ise kanun esasen nakil ile mükellef olan mirasçıya, bir nakil mükellefiyeti tahmil eylemektedir. Medenî kanunumuzun bu husustaki hükümleri nâtamam olduğu için tâlikî bir şart tahtında yapılmış olan bir fevkalâde ikame hali için de BK 150 hükümlerinden faydalanılacaktır¹⁷.

BK 150 den doğan bir borç kanundan doğan bir borçtur. Fakat taraflar mukavele ile bu mükellefiyeti bertaraf edebilirler¹⁸. Akdi bir mahiyet arzermeyen ölüme bağı tasarruflarda ise, muris, tevcihi ifa eylemekle mükellef varis veya musalehi bu vecibeden istisna edebilir mi? İlk plânda bu suale müsbet cevap vermek mümkün gibi gelmektedir. Çünkü şartın tamamıyla tarafların keyfi ve arzusuna tâbi bir hâdise olması mümkündür¹⁹. Borçlar kanunundaki bu prensip ölüme bağı tasarruflara teşmil edilecek olursa bu sahada da tevcihi ifa ile mükellef olan varis veya musalehin keyfinden ibaret olan bir şartı mümkün görmek icap edecektir. Müşterek hukuka göre ölüme bağı tasarruflarda şart, bir üçüncü şahsın arzu ve iradesinden ibaret olamazdı²⁰. Alman medenî kanunu, bu prensibi, 1076 ncı maddesinde, hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre “muris yapacağı tasarrufun hüküm ifade edip etmeyeceğini bir üçüncü şahsa bırakamaz”. Böyle bir hüküm bizim medenî kanunumuzda mevcut değildir. Biz, bazı müelliflerin hilâfına olarak²¹ ifa borçlusunu varis veya musaileyhin arzusundan ibaret olan bir şartın ölüme bağı tasarruflarda da muteber olmadığı kanaatindeyiz. Zira müşterek ve Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre-Türk hukukunda da ölüme bağı tasarruflarda temsil câiz değildir²². Bu itibarla tamamıyla mirasçının keyfi ve iradesine metrûk bir tevcih Türk hukukunda muteber olmamalıdır.

Bununla beraber, murisin, ifa ile mükellef vârise tevcihi tamamıyla yok eder mahiyette olmayan bazı salâhiyetler bahşetmesi mümkündür. Fakat murisin bu arzusunun, sarîh olarak tasarruftan anlaşılması lâzımdır. Tevcih olunanın nakil ile mükellef mirasçının vefatı anındaki kıymeti iktisap etmesi halinde nakil mükellefinin iradesine (keyfine) tâbi olan bir şart hali vardır²³. Bu takdirde nakil ile mükellef olan mirasçı hü-

17) Tuor Art 491 No. 10.

18) von Tuhr s. 709.

19) Savigny Bd. III. s. 133; von Tuhr Bd. II. s. 701; Oser s. 685; Stiefel 237; Schwarz, Vergleichendes...

20) Savigny Bd. III. s. 133, §117 No. 3; Windheid Bd. III. §547, s. 46.

21) Stiefel s. 260, Buck s. 46.

22) Strohal III. s. 129; Escher s. 99 No. 4; Tuor s. 95 No. 5; Hirtz 34; BGE. 68. II. 155 .

23) Tuor s. 491.

nüniyet kaidelerine muhalif olmamak şartıyla o şey üzerinde serbestçe tasarruf etmek suretiyle namzedin hakkını tamamen bertaraf edebilir²⁴. Bu takdirde de BK 150 kıyasen tatbik olunmalıdır. Mirasçı mirası daha sonra kabul etmiş olsa bile, 150 nci maddenin tahmil ettiği mükellefiyet mirasın açılması tarihinden itibaren başlar. Ve bu mânadaki borç şartsız olarak mevcuttur²⁵. BK 150 nin bağlı borçluya tahmil ettiği bu mükellefiyet, şartın tahakkuku ile mahiyetini tebdil ederek, tam bir borca inkılâp eder. Şartın tahakkuk etmiyeceği anlaşılırsa, artık bu mükellefiyet de ortadan kalkar. BK 150 göre, borçlu, şartın tahakkukuna kadar, borcun lâyık veçhiyle ifasına mani olacak bilûmum hareketlerden içtinap etmek zorundadır. MK 465 madde şartsız mal vasiyeti hakkında sarîh bir hüküm ihtiva eylemektedir. Buna göre vasiyet edilen mal, mirasın açıldığı andaki haliyle musaileyhe teslim olunmalıdır. Kanunun bu hükmü yalnız muayyen şeyin vasiyet edilmiş olması haline maksur olmayıp her türlü mal vasiyetlerine şâmilidir²⁶.

Fakat tâlikî bir şarta bağlı yapılmış olan mal vasiyeti hakkında durum nasıl olacaktır? Burada mantikî olan hal tarzı vasiyet olunan malın şartın tahakkuk ettiği andaki haliyle, musalehe teslim edilmesi keyfiyettir. Fakat muris, şartın miras açılmasından pek az sonra tahakkuk edebileceğini düşünüyorsa, vasiyet olunan malın mirasın açılmış olduğu andaki hâliyle musaileyhe teslim olunmalıdır. Fakat murisin koymuş olduğu şartın ancak pek çok seneler sonra da tahakkuk edebileceğini düşünmüş ise, bu takdirde, şey şartın tahakkuku anındaki haliyle musaileyhe teslim edilmelidir. Bu son halde şartlı vasiyet borçlusu, şartın tahakkuku ânına kadar o şeyi istimal edebilir²⁷. Binnetice muris, henüz küçük yaştaki yeğenin avukat olması şartıyla bir kütüphane vasiyetinde bulunmuş ise, vasiyeti ifa ile mükellef olan varisler kütüphaneden uzun seneler istifade edebilirler ve fakat şarta tâbi de olsa, vasiyeti ifa ile mükellef olan kimse, vasiyet olunanı kendi fiili ile telef, tahrif veya tahrip edemez veya onun üzerinde başkaları lehine aynî haklar (rehin, ipotek) tesis veya o şeyi bir başkasına temlik edemez, veya o şey üzerindeki mülkiyet hakkından feragat etmek suretiyle terk edemez. Kezâ, o şey üzerinde, musaileyhin mülkiyet hakkının istimaline mâni olacak surette, bir şart tesis edemez²⁸. Vasiyet borçlusu şartın tahakkukuna ve

24) Tuor Art. 492 No. 31-32.

25) Buck s. 46; Burada not 3 teki başka fikirlere bakınız.

26) Tuor Art. 485 No. 2; Escher Art. 485 No. 1; Benziger s. 75.

27) Buck s. 48.

28) von Tuhr Bd. II. s. 709; Oser Art 152 No. 5-7.

vasiyet olunan malın iyi bir halde bulunması için lâzımgelen ihtimam ve dikkati de göstermelidir. Meselâ vasiyet edilen bir ata yem vermeli ve onu münasip bir ahırda muhafaza etmeli; kıymetli bir mahsulü emniyetli bir mahalde muhafaza eylemelidir²⁹.

Vasiyet borçlusunun bu husustaki ihtimam borcunun hududu nedir? Her şeyden evvel burada ihtimam vecibesinin hududunu tâyin edecek olan hüküm BK 150 dir. Mezkûr maddenin tahmil etmiş olduğu ihtimam derecesi de borcun şartsız olması takdirinde gösterilmesi lâzımgelen ihtimam derecesinin aynidir³⁰. Mal vasiyeti hakkında MK 465/II hususî bir hüküm vazeylemektedir. Buna göre, vasiyeti ifa ile mükellef olan kimse, vasiyet olunan şey için yapmış olduğu masraflardan veya o şeye ârız olan zararlardan, vekâleti olmadan başkası namına tasarrufla bulunan kimse durumundadır. Bu suretle kanun, ona hukuki hak ve mesuliyet tanımaktadır. Bu itibarla vasiyet mükellefinin vasiyet olunan mal üzerindeki ihtimamının hududunu bilhassa BK 410 tâyin edecektir. Esas itibariyle, vekâletsiz vekil, her türlü ihmalinden bazen de kazadan sorumludur. Binaenaleyh daha şiddetli bir mesuliyet tahmil olunur demektir³¹. Fakat burada şarta tâbi bir mal vasiyeti olduğu için, 410 hükmü ancak şartın tahakkuku anından itibaren tatbik olunmalıdır. Bu âna kadar mesuliyet hakkında BK 150 tatbik olunur³². Çünkü BK 150 nin tahmil ettiği mesuliyet, BK 410 a nazaran daha hafiftir. Şartın tahakkuk etmemesi ihtimali de mevcut olduğuna göre, şartın tahakkukundan evvel bu ağır mesuliyetin vasiyet mükellefi hakkında tatbikine sebep yoktur. Fakat, vasiyet borçlusu tarafından, vasiyet olunan şey için yapılan masraflar hakkında, BK 410 hükmünün tatbiki muvafık olur³³.

Semerelere gelince, BGB §2184 de olduğu gibi medeni kanunumuz, bu hususta, hususî bir hüküm ihtiva eylememektedir. Onun bu hususta umumî hükümleri yani borçlar kanununun 101 inci ve müteakip maddelerini tatbik etmek lâzımdır³⁴.

Semereler mirasın açılması anından itibaren mi, yoksa şartın tahakkuku anından itibaren mi musalehe ait olacağı meselesi murisin ira-

29) Escher Art. 485 No. 2 b; Tuor Art. 485 No. 14; Buck s. 49.

30) von Tuhr Bd. II s. 709.

31) von Tuhr Bd. II. s. 556; Becker Art. 420 No. 1; Buck 51.

32) Herzer s. 89.

33) Herzer s. 89; Tuor Art. 485 No. 15. Hirtz s. 104.

34) Tuor Art. 485 No. 17; Escher Art. 485 No. 6; Benziger s. 80.

desine tâbi bir iştir. Şüphe halinde semereler şartın tahakkukundan itibaren musaileyhe ait olmalıdır³⁵.

Lehine tâliki şarta bağlı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kimse, BK 150 nci madde mucibince hakkın korunması için, bazı teminat tedbirleri alınmasını hâkimden talep edebilir. Bu bakımdan durumu, alacağı mutlak olan bir kimsenin durumu gibidir. Fakat, bu talebin kabulü için hakkının tehlikede olması ölüme bağlı tasarruf borçlusunun durumu bu şüpheyi haklı göstermelidir. Bu bakımdan MK 572/II musaileyhler hakkında hususî bir hüküm ihtiva eylemektedir. Vasiyet alacağı şarta da tâbi olsa, musaleh hakkının siyanet olunması için, lâzımgelen tedbirlerin alınmasını talep edebilir³⁶. Şartın tahakkukuna kadar, tevcih mevzuu olan şeyden istifade, böyle bir tedbirin alınması için bir sebep olamaz. Fakat bu tedbir, resmî bir tasfiye de olamaz³⁷. Gayri menkuller hakkında ehemmiyetli bir emniyet tedbiri tapu siciline şerh verme halidir. (MK 920, 470) Fevkalâde ikame hali için sarih bir hükmü ihtiva eylemektedir³⁸. Buna göre fevkalâde ikamede nakil ile mükellef mirasçı tarafından teminat verilmedikçe veya hilâfi muris tarafından arzu edilmedikçe, miras nakil ile mükellef mirasçıya teslim olunmaz. Nakli lâzımgelen miras meyanında gayri menkul bulunduğu takdirde, bunun tapu sicilindeki kaydine nakil mükellefiyeti şerh verilir (MK 570).

Fevkalâde ikame, infisahî ve tâlikî şartları memzuç bulunan bir tevcih nevidir. Şart, nakil mükellefi mirasçı bakımından, infisahidir. Çünkü bu kimse murisin vefatı ile derhal terekeyi iktisap eder, şart olan hâdisenin vukuu ile bu hakkını kaybeder. Namzet ise tâlikî şarta bağlı bir vâristir. Şartın tahakkuku anında mirasa ehil olarak sağ olduğu takdirde terekeye tevarüs eder. MK 470 inci madde ile BK 150 nin tatbik şekli arasında şu ehemmiyetli fark vardır. Fevkalâde ikame halinde bir tehlikenin, mevcudiyetini isbata lüzum olmadan bu tedbirler ittihaz olunur.

35) Buck s. 55; Hirtz s. 104.

36) Tuor Art. 594 No. 35; Escher Art. 594 No. 22.

37) Tuor Art. 494 No. 32; Escher Art 594 No. 19; Krayenbühl 233; Herzer 90.

38) Fikrimize göre MK. fıkra 3 yanlış tercüme edilmiştir: Türkçe metinde "Mirasçı nasbı"ndan bahs olunmaktadır. Halbuki metnin gerek Almanca ve gerekse Fransızcasında fevkalâde ikame mânasına gelen "Nacherben,, = "Sybstitution fidei Commissaire,,den bahs olunmaktadır. İsviçreli metin, fevkalâde ikame suretiyle yapılan mal vasiyetlerini de içine aldığı halde Türkçe metin sadece mirasçı nasbı suretiyle yapılan fevkalâde ikame hallerine inhisar etmektedir. Fakat 470 inci maddenin delâletiyle MK. 920 nin 3 üncü fıkrasını aslı gibi anlamak mümkündür.

Halbuki BK 150 emniyet tedbirlerinin alınması için, bunu muhik gösteren bir durum mevcut olmalıdır. Fevkalâde ikamede namzedin intizar hakkı kanunî bir himaye altındadır. Halbuki, infisahî şarta bağlı bir gayri menkul tevcihinde bu tehlikenin isbat edilmesi lâzımdır. Bu esaslı farktan dolayı MK 470 in derpiş eylemiş olduğu hükmün, şartlı gayri menkul tevcihlerine teşmili mümkün olamaz. Kaldı ki, tapuya şerh ancak kanunun sarîh olarak derpiş eylemiş olduğu ahvale münhasırdır. Bittabibir gayrimenkulün bir şart tahtında tevcih olunmasında şart, bir fevkalâde ikame vasfını haiz ise, o zaman şerhe mesağ vardır (BK 468/3). Bu bakımdan, namzed musalehin durumu ile musalehin durumu arasında bir tenakuz vardır. Zira, namzed musaleh 470 mucibince, mevzuu bahis teminat tedbirinden istifade ettiği halde, doğrudan doğruya musaileyh olan kimsenin, vasiyeti tenfiziyle mükellef varis veya musaileyhe karşı, böyle bir hakkı yoktur. Birincisi 470 inci maddenin teminatından istifade edemez³⁹. Bununla beraber, tehlikenin mevcudiyetinin sabit olması takdirinde hâkim, sicile şerh verilmesini karar altına alabilir. Fakat, bunun için hâkimin kararına ihtiyaç vardır⁴⁰. Şarta bağlı olan bir ölüme bağlı tasarruf lehdarının, hakkını siyanet etmek için baş vurabileceği diğer emniyet tedbirlerinden birisi de, icra ve iflâs kanununun 257 nci ve müteakip maddeleri gereğince ihtiyatî haciz tedbiridir⁴¹. Bununla beraber, şarta tâbi bir alacak için de, ihtiyatî haczin mümkün olduğu hususunda bütün müellifler müttelik değildirler. Bir noktâi nazara göre, şarta bağlı bir alacak hakkında şartın tahakkukuna kadar ihtiyatî haciz talebi mümkün değildir⁴². Fakat bir alacak şarta tâbi de olsa, yine bir alacaktır. Bu itibarla şarta tâbi olmayan bir alacağın istifade ettiği bütün hukukî himayeden istifade eder⁴³. İcra ve iflâs kanununun 257 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün şartlı alacaklara da teşmili mümkündür. Bu fıkraya göre mezkûr tedbirin alınması için alacağın muaccel olması şartı koşulmamıştır. Şarta bağlı alacağın henüz muaccel olmayan bir alacak gibi, muameleye tâbi olmasına bir mâni yoktur. Nitekim Alman hukuk usulü muhakemeleri kanununun 916/2 nci maddesi, şarta bağlı alacaklar için ihtiyatî haciz tale-

39) Tuor Art. 488 No. 29; Escher Art. 490 No. 7; Herzer s. 90; Homberger Art. 690 No. 44.

40) von Tuhr Bd. II. s. 708; Homberger Art. 960 No. 11; Herzer s. 91; Escher Art. 494 No. 21.

41) von Tuhr Bd. II. s. 708; Oser Art. 152 No. 7; Becker Art. 152 No. 2; BGE. 27 II. 190/192.

42) Jaeger Art. 271 No. 6.

43) Becker Art. 152 No. 2; Herzer s. 91 BGE. 27 II 190/192.

bini kabul eylemektedir. Bununla beraber, şarta bağlı bir alacak, müccel bir alacak durumunda olduğu için, ancak, müccel bir alacak için yapılacak ihtiyatî haczin şartlarının mevcudiyetini burada da aramak lâzımdır⁴⁴.

Şarta bağlı ölüme bağlı tasarruflar hakkında diğer bir emniyet tedbiri de, tevcih olunan tereke veya mamelekin bir defterinin tutulması, ve muayyen malların tevcih edilmiş olmaları halinde ise bunların başkalarına temlikine mâni olacak tedbirler ittihazıdır⁴⁵.

Bir ihtiyatî tedbir olarak şartlı bir ölüme bağlı tasarrufun ifasını temin edecek bir rehinin tesisi talep olunabilir mi? Bu cihet doktrininde ihtilâfıdır. Aleyhte olan fikre göre, şarta bağlı mal vasiyetin ifası için ihtiyatî bir tedbir olarak bir rehin tesisi MK 543 ün vazeylemiş olduğu prensibe mugayirdir. Mezkûr hükme göre, musalehlerin hakları tereke alacaklarının haklarından sonra gelir. Şarta tâbi bir vasiyeti temin için, bir rehin tesisi ise, musalehe, tereke alacaklısından üstün bir durum bahşeder. Bir rehin tesisi ile 543 maddenin hükmünü tâdil mümkün değildir⁴⁶.

Bununla beraber, şarta bağlı bir vasiyet borcu hakkında da 543 hükmüne dokunmadan, gerek rızaen ve gerek 573/II nin bahsettiği ihtiyatî bir tedbir olarak, bir rehin tesisi mümkündür. Filvaki, MK 543 tereke alacaklıları ile vasiyet alacaklılarını aynı mertebede tutmamıştır. Tereke alacaklıları, vasiyet alacaklılarına nazaran, daha rüçhanlı bir durumdadırlar. Fakat bu durum, her borcun kendi sırasını bozmadan, rehinlerle temin edilmesine mâni değildir. Bu itibarla, daha sonra tatmin edilmesi lâzımgelen bir musaleh lehine, rızaî olarak veya ihtiyatî bir tedbir olarak rehin -menkul veya gayri menkul- tesisi mümkündür. Bununla beraber, bu rehin, tereke alacaklılarını ızzar ettiği nisbette muteber olmayacaktır. Fakat, tereke alacaklıları tamamen tatmin edildikten sonra, muayyen bir musaleh için verilmiş olan rehin, aynı mertebede olan diğer alacaklılara -ve meselâ vasiyeti tenfiz ile mükellef olanın diğer alacaklılarına- nazaran bir rüçhaniyet temin edecektir⁴⁷. Kaldı ki, şarta tâbi olan adî bir alacağın menkul veya gayri menkul rehni ile teminat

44) Herzer s. 91; Şakir Ansay, Hukuk ve İcra İflâs usulleri 1954 s. 296 No. 172.

45) Escher Art. 594 No. 21.

46) S.J.Z. 13 s. 298.

47) Escher Art. 594 No. 22.

altına alınması mümkündür⁴⁸. Aynı prensibin şarta bağlı bir vasiyete tes-cili adalete uygun düşer⁴⁹.

BK 150 mucibince, alınması mümkün olan sonuncu bir emniyet tedbiri de, kefalettir. Nitekim BK 485 şarta bağlı bir borç hakkında da kefaleti mümkün görmektedir⁵⁰.

Şarta bağlı olan bir ölüme bağlı tasarruf borçlusunun askı devre-si zarfında BK 150 nin kendisine tahmil etmiş olduğu vecibeye (bor-cun lâıyıkı veçhile idaresine mani olacak her nevi tasarruf) muhalif ha-reket ve meselâ tevcih mevzuu olan şeyi tahrip ve bir başkasına temlik etmesinin, neticesi nedir? Evvelce de işaret olunduğu gibi, burada kanu-ni bir borç vardır. Buna muhalif hareket, zarar ziyan tediyesini mucip olur (BK 96). Fakat BK 150, borçluya şartsız bir borç tahmil ettiği hal-de, buna muhalif hareket takdirinde, şarta tâbi bir tazmin mükellefiye-ti tahmil eylemektedir. Diğer bir tâbirle, BK 150 nin borçluya tahmil et-tiği vecibe şarta tâbi bir müeyyideye maliktir. Veyahutta borç şartsız-dır, fakat mesuliyet şarta tâbidir⁵¹. Bununla beraber, bu ifade tarzı na-zaridir. Gerek BK 150 nin tahmil etmiş olduğu, borcun gereken bir su-rette ifasına mâni olacak hareketten tevekki borcu, ve gerek bu borca muhalif hareketten doğan mesuliyet şarta tâbidir. Zira, borçlu BK 150 ye muhalif hareket etmiş de olsa, şart sonradan tahakkuk etmemiş ise, ortada bir borç olmayacağından, borca muhalif hareket mevzuu bahis olmayacağı gibi, bir tazmin, bir mesuliyet de mevzuu bahis olmayacaktır. Çünkü, ortada onun tazmin edeceği bir alacaklı zarar mevcut değildir. Binaenaleyh, şarta tâbi borçlunun mesuliyeti de şarta tâbi bir muhteva-ya maliktir. O da şartın tahakkuk etmesidir. Eğer bir borçlunun muha-lif hareketi edâ mevzuu olan şeyi telef veya tahrip etmek veya onu bir başkasına temlik eylemekten ibaret ise, bu takdirde borcun ifası imkân-sız hale gelmiş demektir. Muhtevası gayri mümkün olan bir borcun ifa-sı da mantıkan mümkün değildir. Fakat borçluya isnadı mümkün olan sebeplerden doğan bu imkânsızlıktan dolayı borçlu, alacaklının (tevcih lehdannın) zararını tazmin etmelidir. Borçlu BK 150 nin kendisine tah-mil etmiş olduğu vecibeye -doğrudan doğruya- muhalif hareket etmekle, alacaklıya karşı borçlu bulunduğu eda vecibesine -dolayısıyla- mugayir hareket etmiş olur. Alman medenî kanununun 160 cı maddesine göre,

48) Leeman Art. 824 No. 5; 884 No. 23; von Tuhr Bd. II. s. 708.

49) Tuor Art. 595 No. 35; Herzer s. 92.

50) von Tuhr Bd. II. s. 708; Herzer s. 92.

51) Buck s. 55.

kendisine tâlikî bir şart altında bir tevcih yapılan kimse, askı devresi zarfında, diğer tarafın kusuru ile vukua gelen zarar için, tazminat talep edebilir. Böyle bir hüküm bizim kanunumuzda mevcut değildir. Fakat, BK 152 delâletiyle, tatbik edilecek olan borçların umumî hükümlerinden bizde de aynı neticeye varmak mümkündür⁵².

Mesuliyetin şumulünü tayin ederken, şarta bağlı tasarruf borçlusunun işlerde göstermek mecburiyetinde bulunduğu dikkat ve ihtimamı nazarı itibara almak lâzımdır. Bu bakımdan MK 465/II nin atıfta bulunduğu vekâleti olmadan başkası namına tasarruf hükümlerini göz önünde tutmak lâzımdır. Mezkûr hükümlere göre, vekâleti olmadan başkası namına tasarrufta bulunan salâhiyetsiz vekil, her türlü ihmalden mesuldür. Buradaki ihtimam borcu akidden doğan bir ihtimam borcunun aynıdır⁵³.

Bu mesuliyet, yalnız tasarrufu ifa mükellefiyetinde olan kimseye değil aynı zamanda, onun kanunî mirasçılara da terettüp eder. Miras sebebiyle olmayan diğer küllü halefiyet halleri hakkında BK 179 hükümleri tatbik olunur.

Şarta bağlı bir tevcihi yerine getirmek mükellefiyeti altında bulunan bir vârisin borçlarından birisi de, tevcih mevzuu olan şeye masraf etmek mecburiyetidir.

Şarta bağlı olmayan mal vasiyetleri hakkında MK 465/2 bu hususta sarîh bir hüküm ihtiva eylemektedir. Buna göre, borçlu vasiyet olunan şey için gerekli *zarurî* sarfiyatı yapmağa yalnız salâhiyetli değil, aynı zamanda yapmakla *mükelleftir* de⁵⁴. Aynı prensip şarta bağlı olan tevcihler hakkında da tatbik olunacaktır^{55, 56}.

Fikrimizce, vâris hakkında başka bir hal tarzı adalete daha uygun düşecektir. Bu da tevcihin mevzuu olan şeyin semereleriyle yakından alâkalıdır. Borçlar kanunumuzun sistemine göre, şarta bağlı borçlarda, şartın makable şâmil olmaması asıldır (BK 149/2. 151)⁵⁷. MK 5

52) Buck s. 57; Tuor Art. 482 No. 33.

53) Becker Art. 420 No. 1; Tuor Art. 485 No. 16; Escher Art. 485 No. 3; von Tuhr Bd. II. s. 556; Buck s. 59-60; Aksi fikir Hirtz s. 104.

54) Tuor Art. 485 No. 14; von Tuhr Bd. I. s. 120.

55) Buck 61; Hirtz s. 104.

56) BGB. §2185 te varisin vasiyet olunan şey üzerinde yapacağı masraflar için zilyed ile malik arasındaki münasebete dair hükümlere atıfta bulunur. §994.

57) Oser Art. 151 No. 5; von Tuhr Bd. II. s. 718.

delâletiyle şartlı olan ölüme bağlı tasarruflarda da aynı prensibi tatbik etmek lâzımdır. O halde bir ölüme bağlı tasarruf şarta tâbi ise, semere ancak şartın tahakkukundan itibaren tasarruf lehdarına ait olacak ve bu ana kadar semereler mükellef varise ait olacaktır⁵⁸. Esasen o ana kadar varis o şeyin malikidir. Semereler hakkındaki kanunî olan bu hal tarzı, şartın tahakkuku ana kadar mükellef varis tarafından tevcih olunan şey hakkında yapılan sarfiyata da vârisin katlanması ve bundan dolayı ileride tevcih lehdarından bir tazminat istememesi neticesini doğurur. Filvâki, semeresinden istifade mantıkan, sarfiyata da onun katlanmasını intaç ettirir. MK 465/II hükmünü ancak şartın tahakkukundan teslim anına kadar yapılacak sarfiyat hakkında tatbik olunmalıdır. Filvâki, tevcih şartın tahakkukundan sonra, şartsız bir borç haline gelmiştir. O andan itibaren, şeyin semeresi tasarruf lehdarına ait olduğu gibi, o şey için yapılan sarfiyatta ona ait olmalıdır⁵⁹.

Faideli masraflara gelince : Vasiyet olunan şey üzerinde, yapılan sarfiyat için medeni kanunun 465/2 nci maddesi vekâletsiz tasarruf hükümlerine sevk eylemiş, fakat madde zarurî veya faideli masraflar diye tefrik yapmış değildir. Vasiyet borçlusu, vasiyet olunan mal üzerinde, bir masraf yaparsa bunu BK 150/I nin tahmil etmiş olduğu mükellefiyeti ifa sadedinde yapmış olacaktır. O halde, bu mükellefiyet, ancak, gerekli bir ifayı mümkün kılacak olan sarfiyat olabilir. Bu ise, ancak zarurî olan, yâni, yapılmaması zarar doğuran sarfiyattır. Halbuki faideli sarfiyat bu neviden değildir⁶⁰.

Bunlar zarurî olmayan, bununla beraber, faideli olan masraflardır. Buna rağmen kanun vekâletsiz tasarruf hükümlerine atıf yapmakla bu iki nevi masraf hakkında bir tefrik yapmaksızın musaileyhin bunlardan mesuliyetini kabul etmiş demektir BK 413⁶¹.

Şartsız vasiyetlerde vasiyet olunan şey üzerine yapılan sarfiyat, vekâleti olmadan başkası namına tasarruf hükümlerine benzerlik arzeder. Her ne kadar vasiyet olunan şey, teslim anına kadar, vasiyet borçlusunun mülkiyetinde ve o bir sarfiyat yapıyorsa bunu başkasının malı için değil, kendi mülkiyetinde bulunan bir mal için yapmakta ise de, bu şey ileride bir başkasına verilecek, binnetice bu işten faydalanacak olan bir üçüncü

58) Tuor Art. 485 No. 17; Benziger s. 80; Krayenbühl s. 218. Aksi fikir Escher Art. 485 No. 6.

59) Tuor Art 485 No .15; Hirtz s. 104; Buck s. 62.

60) von Tuhr Bd. I. s. 121.

61) Tuor Art. 485 No. 15; Hirtz s. 113; von Tuhr Bd. I. s. 121.

şahıs olacaktır. Fakat vasiyet şarta tâbi olduğu takdirde, durum bir başkalık arzeder. Filvâki, bir şart tahtında birisine vasiyet edilen bir şey, şartın tahakkuk etmemesi halinde, vasiyet borçlusunun kat'î olarak mülkiyetinde kalacaktır. O halde infisahî şarta tâbi tevcihlerde, şartın tahakkuk etmiyeceği de düşünülerek, borçlu sarfiyat yaparken kendi menfaatini de göz önünde tutarak hareket etmiş olabilir. Ve ekseriya bu böyledir. Bu takdirde, ortada hakikî mânada vekâleti olmadan başkası namına bir tasarruf (BK 413) müessesesi karşısında değil, gayri hakikî mânada vekâleti olmadan başkası namına bir tasarruf müessesesi (BK 414) karşındayız demektir. Zira, vasiyet borçlusu, sarfiyat yaparken bir başkasının nef'i için değil, kendi nef'i için hareket etmiştir. Fakat bu masrafların yapıldığı anda bu sarfiyattan kimin istifade edeceği henüz meçhuldür. Şayet şart tahakkuk ederse, vasiyet olunan şeyin musaiileyhe teslimi lâzımgelecek ve böylece başkasının malı üzerinde tasarrufta bulunmuş olacaktır. Henüz tahakkuk etmemiş olduğu, askı devresi zarfında vekâleti olmadan başkası namına tasarruf münasebeti de şartın bir muhteva arzeder. Şartın tahakkukundan sonra, hakikî mi, yoksa gayri hakikî mânada vekâleti olmadan bir başkası namına tasarruf münasebetinin mi mevcut olduğu meselesi, vasiyet borçlusunun maksadına göre, takdir edilecektir. Olabilir ki, borçlu, bu tasarruflardan kimin istifade edeceğini düşünmeden hareket etmiştir. Bu takdirde, hakikî mânada bir başkası namına tasarruf münasebeti mevzuu bahis olacaktır. Yahut borçlu şartın tahakkuk etmiyeceğini düşünerek, hareket etmiş ise, veyahut şartın tahakkuk edeceğini bilseydi bu masrafları yapmayacak idi ise, başkasının faydasına değil, kendi faydasına hareket etmiş olacağından, ortada gayri hakikî mânada bir vekâleti olmadan başkası namına tasarruf münasebeti mevcut olacaktır (BK 414)⁶². Hakikî mânada bir başkası namına vekâletsiz tasarruf münasebetinin mevcudiyeti, ancak şartın tahakkukundan sonra, anlaşılabilceği halde, hakikî mânada tasarruf, münasebeti masrafın yapılmasıyla ve şartın tahakkukundan evvel mevcut olur. Bu son halde, BK 150 borçluya tahmil ettiği vecibe kendini gösterecektir.

Hakikî mânada olsun, gayri hakikî mânada olsun, şartın tahakkukundan sonra vasiyeti ifa ile mükellef olan (ölüme bağlı tasarruf) borçlunun hak ve vecibeleri hususunda borçlar kanununun 14 üncü babı hükümleri tatbik olunacaktır. Şu farkla ki, 410 madde mucibince vekâletsiz tasarrufta bulunan, iş sahibinin muhtemel arzusuna göre hareket

62) Buck s. 63; Hirtz s. 113.

edeceği halde, burada borçlu, BK 150 mucibince, borcun lâyıki veçhiyle ifasına mâni olarak hareketlerden içtinap etmek mecburiyetindedir.

Muris, vasiyet borçlusu lehine veya aleyhine de başka hükümler derpiş edebilir. Bu takdirde murisin iradesine itibar olunur⁶³.

Hasar kime aittir : Bu hususta şarta bağlı olan veya olmayan ölüme bağlı tasarruf nevileri hakkında kanun sarîh bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla beraber, gerek MK 465/2 delâletiyle ve gerek borçlar kanununun hükümlerinden (BK 102, 183) bir neticeye varmak mümkündür. Burada ivazsız bir hukukî muamele mevzuu bahis olduğu için, tevcih mevzuu olan şeyin kusur dışı, kısmen veya tamamen, ziyâ halinde tevcihi yerine getirmekle mükellef vâris tarafından tazminat verilmesi mevzuu bahis olmayacaktır. Satış akdinde (BK 183/2) satılan şeyin nef'i ve hasarı akdin in'ikadından itibaren, müşteriye intikal eder. BK 183/2 ye göre ise, tâlikî bir şart tahtında yapılan bir satış akdinde hasar, şartın tahakkukundan itibaren müşteriye intikaledir. Bu kaide, şartın makable şâmil olmayışının tabii neticesidir (BK 149/2, 152/2).

Şarta bağlı olmayan tevcihlerde hak, mirasın açılmasıyla doğar. Borçlu hakkında MK 465/II delâletiyle BK 411-412 nci madde hükümleri tatbik olunacaktır. Buna göre, kusur veya ihmalden ve hattâ BK 411/3 halde, kazadan (tasarruf lehdarının menfaati zararına ise) doğan hasarlardan borçlu vâris, sorumludur⁶⁴. Şarta tâbi tevcihlerde de aynı prensibi tatbik etmek lâzımdır. Bu bakımdan şarta tâbi olsun, olmasın, bir tefrike lüzum yoktur. BK 411-412 deki haller haricinde, yâni, borçluya isnadı mümkün olmayan haller yüzünden, vukua gelen imkânsızlıktan dolayı, borçlu vârise mesuliyet terettüp etmez (BK 96). Borçluya isnadı kabil olmayan hallerden mütevellit hasara, tevcih lehdarı katlanmalıdır. Bittabi bu ancak tevcih mevzuunun muayyen bir şey olması halinde mümkündür⁶⁵. Bu tarzı hallin neticesi olarak, şarta bağlı bir tevcih mevzuu olan şeyin semereleri, şartın tahakkukundan itibaren, tevcih lehdarına intikal ettiği halde, hasar 183/III hilâfına olarak, şartın tahakkukundan evvel intikal etmektedir. Meselenin BK 96 mucibince tetkiki bizi, yine aynı neticeye sevkeder.

Bununla beraber, bu söylediğimiz ancak, mevzuu ferdin muayyen olan mal vasiyetleri hakkındadır. Eğer mal vasiyetinin mevzuu seçimlik

63) Tuor 485 No. 15; Escher Art. 485 No. 4; Hirtz s. 113.

64) Tuor Art. 485 No. 16; Escher Art. 485 No. 5.

65) Buck s. 65; Hirtz s. 42.

bir borç ise, şarta bağlı da olsa, seçim hakkının istimâline kadar hasar vasiyet borçlusuna ait olacaktır⁶⁶. Şarta bağlı bir *mal vasiyeti* hakkında söylenen bu kaidelere kıyasen, *diğer ölüme bağlı tasarruf nevilerinde* de (ezcümle şarta bağlı mirasçı nasbı hakkında) kıyasen tatbik olunmalıdır.

Tâlikî bir şart tahtında kendisine bir tevcihte bulunulan kimsenin, şartın tahakkukunda sağ olması lâzım mıdır? Sağ değilse vârisleri onun yerine kaim olur mu? Tâbiri diğerle, muntazar olan bu hak, vârislere intikal eder mi? Bu hususta kanunumuzda sarîh bir hüküm mevcut değildir. Halbuki, Alman medenî kanununun 2074 üncü maddesine göre, tâlikî şarta bağlı olan ölüme bağlı bir tasarrufta, şartın tahakkuku anında, tevcih lehdarının -tasarruftan hilâfî anlaşılmadıkça- sağ olması lüzumu sarîh olarak hükme bağlanmıştır. Kezâ Fransız medenî kanununda durum böyledir. (2rt 853). Borçlar kanunumuzun umumî prensiplerine göre, murisin mamelekinde bulunan muntazar bir hakta, diğer haklar gibi, vârislere intikal eder. Binaenaleyh, murisin şarta tâbî bir mukaveleden doğan mütenazır hakkı varislere intikal eder⁶⁷.

Fakat murisin sarîh bir iradesi olmadıkça, tâlikî şarta bağlı olan ölüme bağlı tasarruflarda, bu hakkın varislere intikalini kabul etmek doğru değildir. Çünkü murisin lehdara yapmak istediği tevcihi, onun vârislerine de yapmak istediği kabul olunamaz. Ekseriya tevcih lehdarının varisleri, murisçe meçhul kimselerdir. Muris, tevcihten, lehdarın varislerinin de istifade etmesini arzu etseydi onu, sarîh olarak, söylerdi. Nitekim medenî kanunun, haddi zatında şarta bağlı bir tevcih nevi olan⁶⁸, fevkalâde ikame hakkındaki 472/II nci madde hükmünü burada da kıyasen tatbik etmek ve lehdarın şartın tahakkuku anında sağ olması şartını aramak lâzımdır⁶⁹.

Buna mukabil, Buck bir şarta muallâk olan mal vasiyetlerinden doğan hakkın vârislere intikalini kabul, yâni, hakkı şarta bağlı olan musalehin şartın tahakkuku anında, sağ olması lüzumuna kani değildir⁷⁰.

Semereler hakkında duruma göre borçlar kanununun 149/II veya 151/II tatbik olunacaktır⁷¹.

66) Benziger s. 113.

67) Oser Art. 152 No. 2 b; von Tuhr Bd. II, s. 712.

68) Tuor Art. 482 No. 35.

69) von Tuhr Bd. II, s. 712 not 39; Tuor Art. 482 No. 35; Escher Art. 482 No. 10; Herzer s. 93; Hirtz s. 105.

70) Buck s. 66.

71) Oser Art. 153 No. 4.

Alman medenî kanununa göre, şarta tâbi olarak yapılmış olan mal vasiyetinde, tâlikî bir şartın, mirasın açılmasından itibaren, en geç 30 sene zarfında tahakkuku lâzımdır. Bu müddet zarfında tahakkuk etmeyen şart, artık kat'î olarak tahakkuk etmemiş sayılır. Vasiyeti ifa ile mükellef olanın böylece durumu kat'ileşir. Böyle bir hüküm bizde mevcut olmadığından, şart daha uzun devre zarfında da tahakkuk edebilir. Bununla beraber, bizde hüsnüniyet kaidelerinden mülhem olarak şartın, nevine ve işin mahiyetine göre, bir hudud kabul etme doğru olacaktır. Belki Alman kanununun tâyin ettiği 30 senelik müddet, bizde de mâkul bir had olabilir.

Tâlikî şartın tahakkuku ile, mansup mirasçı kanundan ötürü vâris olur. Ve mirasçının hâiz olduğu talep ve dava haklarını iktisap eder ve terekenin mâlikî olur. Eğer şarta tâbi olan tevcih, bir mal vasiyeti ise, şartın tahakkuku ile musaleh lehine bir teslimî talep (ifayı talep) hakkı doğar.

2) *İnfisahî şartta durum* : Böyle bir şart tahtında yapılan tevcihte lehdar (musalehe veya mansup mirasçı), mirasın açılmasıyla vâris olur veya yapılan tevcihin yerine getirilmesini talep edebilir. Fakat, şart olarak tâyin edilen müstakbel ve meçhul hâdisenin tahakkuku ile bu durum nihayete erer. O zamana kadar hâsıl olan netice kat'idir. Şartın tahakkukundan sonra, tevcihin mevzuu olan şey kime iade edilecektir. Bunu tâyin edecek şey evvelâ murisin iradesidir. Bu kanunî bir varis olabileceği gibi, diğer bir mansup mirasçı veya musaleh de olabilir. Bu hususta murisin sarîh hiçbir arzusu yoksa, tevcihin mevzuu olan şey kanun varislere -hisseleri nisbetinde- avdet eder⁷².

Mirasın açılmasıyla lehdar, mâlik olmakla beraber, durumu kat'î değildir. Şartın tahakkuku halinde, tevcihin mevzuunu bir başkasına iade edecektir. Bu bakımdan burada da bir askı devresi mevcuttur. Binaenaleyh, infisahî şarta tâbi bir iktisapta bulunan bir varis, şartın tahakkuku ihtimalini göz önünde tutmak, ve kendisinden sonra hisse sahibi olması memûl bulunan kimsenin hakkını ihlâl eden fiillerden tevakkî etmek mecburiyetindedir. İnfisahî şartın tahakkuku halinde, tevcihin kendisine gitmesi memûl bulunan kimsenin durumu, hakkı tâlikî bir şarta bağlı bulunan bir kimsenin durumu gibidir. Bu itibarla, bu kimse, MK 573/II, BK 150 nin bahsettiği haklara mâliktir. Kezâ, bu kimsenin durumu fevkalâde ikamede namzedin durumuna benzer. Binaenaleyh, MK 468 ve müteakip madde hükümleri, burada da kıyasen tatbik olunur⁷³.

72) Tuor Art 482 No. 36; Herzer s. 94; Hirtz s. 106.

Bilhassa MK 470/II nci maddenin istediği teminat verilmedikçe, tevcihin mevzuu olan şey var ise teslim edilmemelidir.

İnfisahî şartın, tahakkuku hâlinde, muris başka türlü arzu etmemiş ise, tevcih edilen mal, murisin, vefatı anında sağ olan mirasçılarna iade edilir. Şartın tahakkuku anında sağ olanlara değil⁷⁴.

3) *Her iki nevi şart hakkında müşterek olan hükümler* : Bunlar borçlar kanununun 153 - 155 inci maddeleridir. Bu hükümler medeni kanunun beşinci maddesi delâletiyle, ölüme bağlı tasarruflarda vazeden şartlara da tatbik edilecektir.

Ezcümle, 154 üncü madde ehemmiyetli bir hükmü ihtiva eylemektedir. Buna göre, iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle, şartın tahakkukuna mani olursa, o şart, tahakkuk etmiş sayılır. Ölüme bağlı tasarruf şekillerinde -miras mukavelesi hariç- bir mukavele mevcut olmadığı için, bir "taraftan" bahis etmek mümkün değildir. Şartın bütün hukukî muameleye şâmil, tâlî bir hüküm bulunduğunu ve BK 149 uncu maddenin bu mânada anlaşılması lâzımgeleceğine, evvelce işaret etmiştik. Bu itibarla, bir hukukî muamelede taraf sıfatını haiz olmadan, ilk plânda alâkalı bulunan bir ölüme bağlı tevcih lehdarının, şartın tahakkukuna, hüsnüniyete aykırı bir hareketle mani olması kabili tasavvurdur. Bu takdirde, MK 5 ve BK 154 delâletiyle, şarta tahakkuk etmiş nazariyle bakmak lâzımgelecektir⁷⁵.

BK 153 e göre, eğer şart, iki taraftan birisinin bizzat yapması lâzım *olmayan* bir şeyin icrasından ibaret ise, o tarafın vefatı halinde mirasçı, onun yerine kaim olur. Bu hükme göre, esas itibariyle şartı yerine getirme borcu dahi irsen intikal eder. Evvelâ bilvesile de temas olduğu gibi, şarttan doğan intizar hakkı irsen kabili intikal değildir. Bundan başka, bir muris tevcih lehdarının arzusuna tâbi olan bir şartı derpiş eylediği zaman, o işin bizzat *lehdar tarafından* yapılmasını arzu eder. Ekseriya muayyen bir fiil veya içtinabı teşkil eden bu şart, esas tevcihin sâikidir. Bu itibarla, borçlar kanununun 153 üncü maddesini, kayıtsız şartsız miras hukuku sahasına teşmil mümkün değildir. Bununla beraber, muris bu şartın bir üçüncü şahıs tarafından yerine getirilebileceği sarih olarak, tasarrufunda göstermiş olabilir. Keza tasarrufun gaye ve mahiyeti, bunu mümkün ve hattâ bazen zarurî kılar. Bu takdirde şart bir üçüncü şahıs tarafından yerine getirilebilir.

73) Tuor Art. 482 No. 37; Hirtz s. 106; Herzer 94.

74) Tuor Art. 482 No. 37, Suter, Nacherbschaft 1908 s. 53.

75) Tuor Art. 482 No. 33, Escher Art. 482 No. 7; Egger Art. 7 No. 4, Gmür. Art. 7 No. 2-3; Herzer s. 95.

Diğer bir hüküm de BK 155 deki memnu şartlardır. Ölüme bağlı tasarrufta vazedilen şartlar hakkında medenî kanunun 462/II ve 499/3 üncü maddeleri hususî hükümler ihtiva eylemektedir. Bu itibarla biraz değişik bir muhtevaya malik olan BK 155 inci madde, yerine 462 ve 499 uncu maddeler hükümleri tatbik olunacaktır.

KISIM III

§ 16.— KANUNA, ÂDÂBA AYKIRI VEYA GAYRİ MÜMKÜN
ŞART VE MÜKELLEFİYETLER :

I — Kanuna veya âdâba mugayeret :

MK 462/2 kanuna veya âdâba mugayir şart ve mükellefiyetlerden bahsetmektedir. Bu madde borçlar kanununun 19 ve 20 nci maddelerinde ifade olunan ana fikrin bir tatbik halinden başka birşey değildir¹. Bu itibarla, bir ölüme bağlı tasarrufun ihtiva ettiği bir şart veya mükellefiyetin hukuk veya âdâba mugayir olduğunun tâyini hususunda mezkûr hükümler bize lüzumlu ölçüyü verecektir.

BK 19/II ye göre şunlar muteber bir taahhüt mevzuu olamazlar: Evvel emirde bir hukukî muamele kanunun âmir hükümlerine mugayir olamaz. Ferdî irade beyanlariyle, hassaten, anlaşmalarla kendilerinden inhiraflı câiz olmayan, hukuk kaidelerine emredici kaideler denir².

Bazan kanun, bir hükmün âmir bir hüküm olduğunu bizzat söyler, veya buna mugayir bir hukukî muamelenin hüküm ifade etmediğini ifade eder.

Bununla beraber, âmir olan hükümler, kanunun âmir bir hüküm olduğunu tasrih ettiği, veya ona mugayeretin hükümsüzlüğü intaç ettiği hallerden ibaret değildir. BK 19/II de tâdât olunan hususlara mugayeret de kanunun âmir hükümlerine mugayeret sayılacaktır³.

1) Tuor Art. 482 No. 28; Escher Art. 482 No. 32.

2) Schwarz Borçlar s. 332; Oser Art. 19 No. 7.

3) von Tuhr Bd. I. s. 235; Borçlar Kanunumuzun 19. maddesinin tercümesi kusurludur. Bu metnin doğru bir tercüme ile şöyle olması lâzım gelirdi: "Bir akdın mevzuu Kanunun gösterdiği hudutlar dairesinde serbestçe tâyîi olunabilir. - Kanunihükümlerden uzaklaşan mukaveleler, ancak Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmadığı, yahut kanuna, ahlâka, âdâba ve âmme nizamına veya şahsiyete müteallik hükümlere muhalefeti intaç etmediği halde muteber olur." Arsebük Borçlar c. I, s. 355.

Bu fıkrada tâdât olunan hususlar ise, ihlâli topluluk için zararlı ve sureti umumiyede, topluluk içerisinde nizamı temin vazifesiyle mükellef bulunan devletin, bu gayesine mugayir olan hususlardır. Akidler hakkında vazedilmiş olan bu prensipler, aynen ölüme bağlı tasarruflar için de muteberdir. Bir ölüme bağlı tasarrufun ihtiva ettiği şart veya mükellefiyet de, topluluğun bu yüksek menfaatini ihlâl etmemelidir. Binnetice, böyle bir tasarruf evvelâ kanuna mugayir olmamalıdır. Meselâ, muris yapacağı tevcihin vergiye tâbi olmayacağı şart veya mükellefiyetini musalehe tahmil edemez⁴. Veya bu münasebetle, kanunen memnu olan bir fiilin yapılmasını veya kanunun yapılması lâzım olan bir fiilin yapılmaması mecburiyetini tahmil edemez. Çünkü, bu takdirde murisin arzusu ile umumun menfaatinin ifadesi olan kanunun hükmü tehalüf halindedir.

19/2 ye göre, âmme nizamına mugayir tasarruflar muteber değildir. Sureti umumiyede devletin temellerine, anayasa hukukuna, aynı haklara, devletin iktisadi nizamına, devletler umumî hukukunun, ceza usulü hukukunun umumî prensiplerine mugayir olan hususlarla âmme intizamına teallük eden hususlardır⁵. Kezâ miras hukukunun bazı hükümleri, ezcümle mahfuz hisse kaideleri de bu cümledendir. Buna mukabil, borçlar hukuku sahası, tarafların menfaatlerine mütedair olduğu için, borçlar hukukunun umumî prensiplerine mugayeret âmme hukukuna mugayir sayılmaz. Bundan dolayıdır ki, borçlar hukuku sahasında, hilâfi taraflarca karalaştırılmayan bir hüküm mevcut değildir⁶. Ölüme bağlı tasarruflarda sureti umumiyede tesadüf olunan bu nevi kayıtlar şunlardır: Tevcih mevzuu olan şeyden tevcih lehdarının vergi vermemesinin emredilmesi müsbet hukuka mugayirdir. Çünkü murisin iradesi, kanunun takip ettiği gaye ile tehalüf halindedir. Murisi böyle bir kaydı tasarrufa koymağa sevk eden sâik ne olursa olsun, durum değişmez. Meselâ muris bu tevcihi bir hayır cemiyetine yapsa ve bu maksatla yapılan tevcihten vergi alınmasının kendi anlayışına göre, ahlâka ve hattâ kanuna mugayir olmayacağını da düşünmüş olsa durum yine aynidir. Bahusus muris bu tevcihi, bizzat devlet lehine de yapmış olsa, bu, mevzuubahis kaydı, meşru gösteremez. Buna rağmen, hazine gerekli vergiyi almak mecburiyetindedir. Böyle bir şey, murisin sübjektif hüsnüniyetine rağmen, objektif olarak kanuna mugayirdir⁷.

4) Reichel S.J.Z. 17 s. 315.

5) Schwarz Borçlar s. 343; Oser Art. 19 No. 11.

6) von Tuhr Bd. I. s. 235.

7) Reichel S.J.Z. 17. s. 353; Tuor Art 482 No. 28; Herzer s. 105.

Bundan başka BK 19/II ahlâka (âdâba=Guten sitte) mugayeretten bahseder. 19/II ye göre bir hukukî muamelenin muhtevası ahlâka mugayir olamaz. 20/1 e göre de ahlâka mugayir bir muhtevaya malik olan bir muamele, hüküm ifade etmez. Bu hüküm gereğince ahlâka mugayeret, hukuka da mugayereti mucip olur. Bununla beraber, ademi muhtebiriyetin sebebi hukuka değil, ahlâka aykırılıktır. O halde ahlâka mugayeretin ne olduğunu bilmek mecburiyeti vardır. Umumiyetle kabul olduğuna göre, bir hususun ahlâkî olup olmadığının takdirinde nazarı itibara alınacak cihet, alâkadarların ve hâkimin sübjektif düşünce tarzları değil, âdil ve muhik düşünen bütün yurtdaşların vasatî telâkkileridir. Maa-mafih hâdisle ilgili meslek ve halk çevrelerinin hususî telâkkileri daima göz önünde tutulacaktır⁸.

Bir ölüme bağlı tasarrufun da ahlâka mugayir olup olmadığını takdir ederken, borçlar kanununun 20 nci maddesinin unsurlarını aramak lâzımdır⁹.

Sureti umumiyyede, tevcih lehdanna ahlâkî anlayışlarımıza mugayir olan bir hareket tarzı tahmil eden, veya onu ahlâkî anlayışlarımızda mugayir bir harekete teşvik eden şart ve mükellefiyetler bu nevidendir¹⁰. BK 20/I muhtevası zamanın muhitin ahlâk telâkkilerini nazarı itibara alacak bir muhtevaya maliktir. Büyük mali menfaatler vâdi suretiyle, bir kimsenin sırf kendi kanaat ve vicdanı üzere hareket etmesi lâzımgelen bir saha üzerinde tesirler icrası ahlâka mugayirdir. Kezâ, haddi zatında ahlâka mugayir olmayan bir fiil veya bir ihmali tazammun eden ve fakat bununla murisin büyük mali ve iktisadî menfaatler temine çalıştığı şart veya mükellefiyetler de ahlâka mugayirdir¹¹.

Federal mahkemenin içtihadına göre, esasen evli olan bir kimse ile bilâhara evleneceğini düşünerek ona bir tevcih yapmak ahlâka mugayir değildir. Evli olanın böyle bir durum ihdası ve böylece evlilik birliğine sadakatsızlık göstermesi, tasarruf muhtevasının da gayrı ahlâkî olması için kâfi değildir. Bir tasarruf muhtevası ancak, murisi tasarruf yapmağa sevkeden âmiller dolayısıyla gayrı ahlâkî olur. Eğer muris, şart etmiş olduğu vâkıanın bizzat kendisi ahlâka mugayir veya muris, bu tevcih ile hukuk veya ahlâka aykırı bir netice istihsal etmek fikriyle hareket edi-

8) Schwarz Borçlar s. 354; Oser Art 20. No. 27-29; von Tuhr Bd. I. 239.

9) Tuor Art. 482 No. 28.

10) Tuor Art. 482 No. 28; Oser Art. 20 IV.

11) Tuor Art. 482 No. 28.

yor -ve meselâ lehdarın karısından ayrılmasını teşvik etmek istiyorsa veya gayri meşru bir münasebeti idame maksadına müteveccih ise- veya böyle netice istihsali muhtemel bulunursa, o zaman tasarruf da ahlâka mugayir olacaktır¹².

Bir şart veya mükellefiyetin ahlâka mugayir olup olmadığı, onun tanzimi anındaki değil, mirasın açıldığı andaki görüşe göre mütalâa olunur¹³.

BK 19 un mevzuu bahis ettiği dördüncü bir hususta “şahsiyet haklarına mugayeret” dir. Medenî kanununun 23 üncü maddesi de bu hususa dair hüküm ihtiva eylemektedir. Bu son hükme göre, bir kimse medenî haklarından veya onları kullanmaktan feragat edemez. Keza hiç kimse hürriyetinden feragat edemediği gibi (onu) kanuna, ahlâka mugayir bir surette takyid de edemez. Bu takyitlerin başında, hukuk nizamının ferdin maddî ve mânevî hayatına katılmış olduğu masuniyetler gelir. O halde hiçbir surette bir ölüme bağlı tasarruf, bir insanın cismanî varlığını ihlâl edecek bir muhtevaya malik olamaz. Bu masuniyet mânevî sahada da mevcuttur. Bir kimseye siyasî, ahlâkî veya ilmî bir cemiyete girme veya bu cemiyetten çıkma mecburiyetini ölüme bağlı bir tasarrufa koyacağı bir şart veya bir mükellefiyetle de tahmil edemez. Kezâ böyle bir tasarrufla bir ferde muayyen bir dine girme veya ondan çıkma mükellefiyeti tahmil olunamaz. Ferdin, şahsî ve hususî hayatına tealluk hususlar da bu cümledendir. Nişanlanmak, evlenmek, boşanmak, evlât edinmek gibi şeyler tamamıyla ferdin kendi takdirine bırakılacak olan hususlardır¹⁴.

II — *Müşahhas haller* : Bununla beraber, burada, ölüme bağlı tasarruflarda evlenme veya evlenmeme hususunda pek ziyade tesadüf olunan şart ve mükellefiyetler hakkında bir paragraf açmak mecburiyeti vardır. Bu hususta da câri olan kaideler yukarıda söylenilen prensiplerdir. Yani evlenme ve boşanma ferdin şahsına tanınmış şahsiyet haklarından olup, bu hususta hüküm verme salâhiyeti ferdin kendisine aittir. Diğer bir kimsenin, bu cihet üzerinde, gerek doğrudan doğruya ve gerek dolayısıyla olsun, bir tesiri olmaması lâzımdır. Bununla beraber, bazan bizzat alâkalının menfaati bu hususta bir istisna yapılmasını lüzumlu göstermektedir. Bu itibarla ölüme bağlı tasarruflara vazedilen bu nevi şartların bazen muteber olacağı kabul olunmaktadır. Fikrimizce, evlen-

12) BGE. 73 II, 18.

13) Escher Art. 482 No. 12.

14) Egger Art. 27 No. 28-31.

me veya evlenmeme hususunda, ölüme bağlı tasarrufa vazedilen hükümler, yalnız şart şeklinde değil, mükellefiyet şeklinde de kendini gösterebilir. Bununla beraber, bu husustaki kayıtlar ekseriya şart şeklinde tezahür eder ve bu, gaye ve maksada daha uygun bir şekil olmakla beraber, bu nevi kayıtların bir mükellefiyet şeklinde gözükmesine şeklen bir mani yoktur. Burada esas mahzur kendisini müeyyidede gösterir. Şartın müeyyidesi tevcihten mahrumiyet olduğu halde, mükellefiyetin müeyyidesi dava hakkıdır. Dava yolu ile bir kimsenin evlendirilmesi veya evlendirilmemesi mümkün olmadığına göre, mükellefiyet şeklinde tasarrufta yer alan bir evlenme veya evlenmeme kaydı bir tevcih ve temenni mahiyetinden daha ileri gidemeyecektir. Meğer ki, murisin mükellefiyet tâbirinden, bir şart tâbirini anlamak istediği sabit ola.

Buna mukabil şart, evlenme veya evlenmemeyi temin hususunda gayeyi temin bakımından daha uygun düşer. Zira, şartın hangi nevi olursa olsun, vâki tevcihi ancak murisin arzusuna uygun hareket suretiyle mümkün olacaktır. Tâlikî şartta lehdar ancak evlenme veya evlenmeme şartını yerine getirmekle tevcihi iktisap eder. Böylece tevcih lehdarını muayyen bir hareket tarzına sevk için yapılmıştır. Lehdar, bu tevcihi iktisap edebilmek için, kendisini murisin arzusuna uyduracaktır. İnfisahî şartta ise, tevcihi murisin arzusuna uygun surette hareket devam ettiği müddetçe muhafaza edecek, muhalif bir hareket ise mahrumiyeti intaç edecektir. Evlenme hususundaki kayıtları iki grup altında tetkik etmek daha muvafık olacaktır.

1) *Evlenmeye matuf olan kayıtlar* : Aile, karı ve kocanın teşkil ettikleri hukuken tanınmış bir hayat birliğidir. Böyle bir birlik, her şeyden evvel müteakabil bir his ve ruh birliğini tazammun eder¹⁵. Âmm kanunlarının vazetmiş oldukları takyidat haricinde, ailenin teşkilinde tam bir serbestî hakim olmalıdır. Evlenme şahsiyet haklarından olan bir hakkın istimali olup, borçlar hukuku anlamında bir mukavele akdi mahiyetinde değildir¹⁶.

Medenî kanununun 23 üncü maddesi, ferdlerin medenî haklarını kullanmaktan feragat edemeyeceği veya kimsenin hürriyetini kanuna veya âdâba mugayir bir surette takyit edemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu itibarla, ölüme bağlı bir tevcihe merbut bulunan, böyle bir şartın hukukumuzun ana kaideleriyle tehalüf halinde olup olmadığı düşünülebilir. Bilhassa evlenme sahasında ferd, büyük bir serbestiyetten istifa-

15) Egger Bd. II. s. 18.

16) Egger Bd. I. Art. 27 No. 31; Oftinger 207/208.

de etmelidir. Onun bu serbestiyetinin ihlâlini tazammun eden bir şart, MK 23 üncü maddenin koymuş olduğu prensibe mugayirdir. Bundan başka, medenî hukuk sahasına giren hukukî muamelelerde de tatbik edilecek olan borçlar kanununun 19 ve 20 nci maddelerine mugayirdir. Kezaâ, borçlar kanununa göre, (m. 155) hukuka veya ahlâka aykırı bir hareket veya ihmali teşvik maksadiyle ilâve olunan şartlar bir dava vermez. Evvelce de işaret olunduğu gibi, şahsiyet haklarından olması itibariyle, evlenmeye mütedair kayıtların hukukî netice tevhit etmeleri ve hattâ merbutu bulunduğu tasarrufun dahi hüküm ifade etmemesi lâzımdır¹⁷.

Bununla beraber, evlenmeye mütedair kayıtların hepsi aynı mahiyette ve şiddette değildirler. Öyle kayıtlar vardır ki, bir şart vasfını haiz olmasına rağmen ferdin evlenme hürriyeti takyit veya tahdit eder mahiyette değildir. Meselâ “eğer A evlenirse kendisine 1000 lira yardım yapılsın” veya “A beş sene zarfında evlenirse terekemden kendisine 1000 lira verilsin” dendiği zaman, murisin maksadı A'nın evlenme hususundaki kararı üzerinde müessir olmak değildir. Şayet evlenirse kendisine bu meblâğ verilecektir. Bu tevcih âdetâ evlenme vesilesiyle yapılan bir hediye mahiyetindedir veya A'nın kararı üzerinde müessir olma gayesini haiz olmadan, onu sadece evlenmeye teşviktir. Bu maksatla konmuş olan bir şartın, ahlâk veya âdâba mugayir olması yüzünden, bâtil telâkki etmenin mânası yoktur. Çünkü, bu halde muris A'nın kendi serbest rızasıyla akdettiği bir izdivaç münasebetiyle bir hediye verme fikrinden hareket etmektedir¹⁸. Fakat vâki tevcih, tevcih lehdarının bu husustaki kararı, onun hareket ve takdir serbestisi üzerine müessir olmak gayesiyle yapılmış ise, bu takdirde, gaye kanuna ve âdâba aykırı olduğundan bu şartı bâtil bir şart telâkki eylemek lâzım gelecektir.

O halde mühim olan, murisi bu tevcihe sevkeden âmildir. Murisin kasdının ne merkezde olduğunun tâyini bir tefsir meselesidir¹⁹. Böyle bir tefsir ise yalnız bizzat tasarrufun muhtevasiyle değil, tasarruf dışında kalan vâkıalar vasıtasıyla yapılacak ve murisin hakiki iradesi aranacaktır²⁰.

Keza muris, tevcih lehdarının muayyen bir ırktan veya dinden olan

17) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 25.10.1943 tarih ve 3004/4457 numarahı kararı “Kâmil Kepeci Medenî Kanun 1946, s. 38”.

18) Ortinger s. 203; Herzer 97; Tuor Art. 482 No. 28.

19) Oftinger 203; Tuor Art. 482 No. 28; Herzer s. 97.

20) Tuor s. 200 IV (1952 tabı) No. 12-15; Escher III. 1. s. 90-91; Herzer s. 97.

bir kimse ile evlenmesi şartını koyuyorsa böyle bir şart, şahsiyet haklarına tecavüz mahiyetinde olduğundan, şartın bâtil bir şart telâkki edilmesi lâzımdır²¹.

Bu görüşe; ortada lehdann keyfine bağlı olan bir şart bulunduğu ve bu itibarla, lehdannın, bu şartlı tevcihe rağmen, hareket serbestisinin ihlâl olunmadığı söylenerek itiraz olunabilir. Fakat bu halde de, şartın ahlâka aykırı bir gaye takip ettiği de inkâr olunmaz. Bu hal, objektif bakımdan ahlâka aykırıdır. Sübjektif yönden ise, muris tevcihine böyle bir şartı ilâve ederken, ahlâka aykırı hareket etme kasdı ile hareket etmemiş olabilir. Bazı dinî veya millî sâikler, onu, yaptığı tasarrufa böyle bir şart koydurmağa sevk etmiş olabilir. Fakat, onun sübjektif hüsnüniyeti, bir vâkıanın objektif olarak, ahlâka aykırı olmasına ve, binnetice alâkalıların 462/2 m.ye istinat ederek, bir iptal dâvası açmasına mâni olamaz.

2) *Evlenmeyi menedici şartlar* : Tevcihe ilâve olunan şart, tevcih lehdannın hiç evlenmemesine veya dul kalmasına taallük edebilir. Kezâ, bu nevi şartlar da âdâba ve kanuna mugayirdir. Bunların da 462/2 gereğince bâtil olması lâzımdır. Bunlar bazan izafi olur. Tevcih lehdannın muayyen bir kimse ile, veya muayyen bir muhit veya muayyen bir din veya muayyen bir ırktan olan bir kimse ile evlenmesini meneder mahiyettedir. Bu durumları, tâli bir tefrike tâbi tutmak suretiyle, tetkik etmek lâzımdır.

a) Tevcih lehdannın sağ kalan eşten gayri bir kimse olması : Burada mühim olan, murisi böyle bir kayıt koymaya sevkeden sâiktir. Ortada makbul bir sâik varsa, memnuiyet şartı da makbuldür²². Fakat sâikin makbul olup olmayışı ise takdire tâbi olan nâzik bir meseledir. Bana göre, makbul bir sâik, size göre değildir. Fakat, bu kusur her takdir hâdisesinde mevcuttur. Münferit hâdiselerde mehnuiyet şartının meşru olup olmadığının tâyini zorluk gösterir. Meselâ memnu şart, sureti umumiyede bir zümreden veya muayyen bir muhitten evlenmeyi tazammun ediyorsa, bu şart meşru telâkki olunabilir.

Fakat bu şart, bazen kat'î bir memnuiyet şeklinde de olabilir. Mevzuu bahis zümre veya muhitten evlenme, bazen lehdann hiç evlenmesini mucip olacak derecede mühim olabilir. Bazen lehdar, evlenme

21) Tuor Art. 482 No. 28; Kezâ Alman Hukuku W. Haug s. 23; Meischeder s. 115 ve müt.

22) Oftinger s. 202; Tuor Art. 482 No. 28.

imkânına ancak, muayyen bir zümre ve muhitte sahip olabilir. Onun dışındaki bir muhitten olan bir kimse ile tanışmak, hemen hemen o kimse için gayri varit olabilir. Bu takdirde, bu muhitten evlenme memnuiyeti tahmin olunmadığından daha fazla bir tesiri haiz olacaktır. Böyle bir şart veya mükellefiyet muteber olmamalıdır.

Bu hususlar *evlenme* için vazedilen *müddetler* hakkında da tatbik olunmalıdır. Meselâ, muayyen müddet zarfında evlenmeme şartı, mutlak surette gayri ahlâkî telâkki edilemez. Bir hastalığın geçmesine kadar veya muayyen bir yaş olgunluğuna veya muayyen bir duruma gelme mülâhazasıyla vazedilen şart ve mükellefiyetler kısa müddetli oldukları için gayri ahlâkî değildir.

Fakat, bazı makbul sebeplere müstenit de olsa, vazedilen müddet o kadar uzun olabilir ki, buna riayet olunma tamamen men mânasını tazammun edebilir. İşte bu takdirde müddet kaydı bâtil olacaktır.

Her ne olursa olsun, bir kimsenin evlenme hususundaki serbestisi, ona temin edilecek iktisadî menfaatlerle ihlâl edilmemeli ve tesir altında bırakılmamalıdır. Bundan başka, bunun böyle olduğu da tasarrufları anlaşılmalıdır. Meselâ ağır bir hastalıkla malûl olan bir kimsenin, evlenmemesi hususunda konan kayıtlar meşru olmalıdır²³.

b) Tevcih lehdarının sağ kalan eş olması hali : Sağ kalan eşe tekrar evlenmemesi şartıyla yapılan tevcihler, onun serbest takdiri üzerinde ehemmiyetli bir tesir icra edebilir. Ve bundan dolaydır ki sağ kalan eşe yapılan tevcihe konan şart prensip itibarıyla, gayri ahlâkidir. Bununla beraber, bu da mutlak değildir. Burada da bu hükümler lehdarın lehine olan mülâhazalardan ileri gelebilir ve meselâ onun sıhhati için zarurî olabilir. Veya muris nezdinde daha başka makbul ve mâkul bir sebep mevcut olabilir. Müşterek çocukları himaye maksadı, evlenme şartını meşrulaştırabilir mi? Sağ kalan eşin evlenmesinin çocuklar için her zaman fena olduğu kabul olunamaz. Bu suretle yetim kalan çocuklar kaybolan ebeveyninden mahrum kaldıklarını bu suretle telâfi edebilirler. Bu itibarla, sağ kalan eşin evlenmemesi şartı kıskançlık mahsulü ise her halde bâtil olmalıdır²⁴.

Bundan başka bu kayıt, diğer müşterek varislerin ikameli tevcihlerde namzedin menfaatlerini tevzin maksadıyla konmuş veya murisin samimi olarak inandığı dini mülâhazalar sebebiyle olmuş ise muteber

23) Tuor Art 482 No. 28; Escher Art. 482 No. 32; Herzer s. 99.

24) Oftinger s. 204, Tuor Art. 482 No. 28; Herzer 100/101.

olmalıdır²⁵. İsviçre medenî kanununun 473 üncü maddesine göre, muris, müşterek çocuklara düşecek hisse üzerinde de, sağ kalan eşe, ölüme bağlı bir tasarrufla, bir intifa hakkı verme imkânını tanımıştır. Mezkûr maddenin son fıkrasına göre, çocukların hissesi üzerindeki bu intifa hakkından istifade, tekrar evlenmeme şartına muallâktır. Bu suretle lehine bir intifa hakkı temin edilmiş olan sağ kalan eş, tekrar evlenirse, bu intifa hakkının yansıma kaybeder. İşte bu hükme istinat ederek, bazı müellifler evlenmeme şartının kanunda yer almakta olduğuna işaret etmektedir²⁶.

Fakat bu hükmün hikmeti vücudu başkadır. Buna göre tekrar evlenen sağ kalan eşin malî durumunun ikinci izdivaçla daha iyileşmesi ve bu itibarla çocukların mahfuz hisseleri miktarının azaltılması için artık bir sebep mevcut olmadığı fikridir²⁷. Bu madde bizim medenî kanunu muza alınmamıştır. Bunun da sebebi, çocukların mahfuz hisselerine böyle bir tahdidin konmak istenmemiş olmasıdır. Bu itibarla, İsviçre medenî kanununun 473 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının sebebiyet verdiği yukarıda söylenen mülâhazalar bizde esasen varit olmayacaktır.

Hülâsa, dul kalma şartı denilen ve sağ kalan eşin evlenmemesini âmir bulunan şartın her zaman bâtil olduğu söylenemez. Burada da murisi bu şartı koymağa sevkeden sâikler ön plânda gelir. Sağ kalan eşin evlenme hürriyetini tahdit eder mahiyette olup bu maksatla konmuş olan şartlar gayri ahlâkidir²⁸. Eğer böyle olmayıp ta, muris bu kaydı, karısıyla fûru'ları arasındaki menfaat muvazenesini temin mülâhazasıyla vazetmiş ise, muteber olmalıdır. Ezcümle, eşine geçimi için ehemmiyetli bir mameleği vasiyet etmiş, fakat evlenmesi takdirinde bu mamelektten artık istifade edemeyeceğini istemiş ise, evlenen kadının medarı taayyüşü evlenme suretiyle temin edilmiş olacağından tevcih mevzuundan karının istifadeye devam etmesi için artık bir sebep yoktur. Hiç değilse, murisin düşüncesi budur. Yoksa karısının evlenmemesi arzusu değildir. Bu takdirde şart muteberdir. Binnetice, şartın nevine göre, ihlâî tevcihden mahrumiyeti intaç edecektir.

Tevcih lehdarının muayyen bir mesleğe intisap edip etmemesi hususunda muris tarafından konulan şartlar ve mükellefiyetlerin muteber olup olmayacağı hususunda da evlenme veya evlenmeme hususunda konulan şart ve mükellefiyetler hakkında söylenen prensipler tatbik olunacaktır.

25) Tuor Art. 482 No. 28.

26) Tuor Art. 482 No. 28.

27) Offtinger s. 204/205; Herzer s. 101.

28) Offtinger s. 210.

Bazen şart, tevcih lehdanının iktisadî serbestisini o derecede tahdit ve tazyik eder, ve bu, şahsiyet haklarına bir tecavüz mahiyetini gösterirse şart yine bâtıldır. Meselâ muris, tevcihe mevzu olan bir gayrimenkulün satılmamasını şart etmiş olabilir. Fakat o gayrimenkul tevcih lehdarı için o derecede bir ehemmiyet arzeder ki o şey üzerinde bir tahdit, onun şahsiyet haklarına bir tecavüz mahiyetini arzeder; bu halde şart bâtil olacaktır²⁹.

Vâki tevcihin tekrar bir üçüncü şahsa tevcih edilmesi şart veya mükellefiyeti muteberdir. Meselâ muris, A ya bir ev vasiyet etmiştir. Şu şartla ki A da bunu B ye vasiyet etmelidir' Gerek İsviçre ve gerek Alman medenî kanunlarında bu hususta sarîh bir hüküm mevcut değildir. Binaenaleyh, bu hususta muris tarafından takip olunan gaye, ahlâk ve âdâba mugayir olmadıkça, bu şart muteber olmalıdır. Bunlara Alman hukuk edebiyatında "kaptatorischen Verfügungen" derler³⁰.

Keczâ muris tarafından yapılmış bir tevcihe varisler tarafından itiraz olduğu takdirde, onların miras hisselerinin mahfuz hisse miktarına inhisar edeceği şeklindeki kayıt da (şart veya mükellefiyet) ahlâka mugayir bir gaye takip etmemesi kaydiyle, muteberdir. Bu nevi kayıtlara da "privatorische klausel" denir³¹.

Tevcih lehdanının tamamiyle keyfine tâbi olan bir şart veya mükellefiyet muteber midir? Evvelce de işaret olunduğu gibi, borçlar hukuku sahasında, borçlunun tamamiyle keyfine tâbi olan bir şart kabili tasavvurdur ve muteberdir³².

Aynı prensibin ölüme bağlı tasarruflara da teşmili iddia edilebilir mi? Çünkü Alman medenî kanununda olduğu gibi³³ (m. 2065), İsviçre - Türk kanununda da bunu men eder bir hüküm yoktur. Fakat ölüme bağlı tasarruflarda temsil cereyan etmemesi kaidesi, bizim hukukumuzda da, buna imkân vermiyecektir³⁴.

29) Egger Art. 27 No. 35; Tuor Art. 482 No. 28 a.

30) Planck Art. 2074-2076 No. 2; Tuor Art. 482 No. 27; Escher Art. 482 No. 33; Roma Hukuku hakkında bak. Haug s. 13.

31) Bundan evvelki notlardaki yerlere bakınız. Bundan başka S.J.Z. 16. 181. Bununla beraber Rossel aksi fikirdedir. Bd. II. s. 67.

32) Oser Art. 151-157 No. 15; Stiefel s. 258; Schwarz Vergleichendes. s. 411.

33) Haug s. 13; Planck §2074-2076 No. 2.

34) Bununla beraber Stiefel aksi fikirdedir s. 264.

§ 17.— CAYRI MÜMKÜN OLAN ŞART VE
MÜKELLEFIYETLER :

I — Gayri mümkün şartlar :

1) *İmkânsızlık mefhumu* : Ne borçlar ve ne de medenî kanunun alâkalı maddelerinde, mümkün olmayan bir şart hakkında, bir hüküm mevcuttur. Bir şartın, merbut bulunduğu hukukî muamelenin yapılması esnasında, tahakkuk etmiyeceği muhakkak ise, o şart gayri mümkündür. Diğer bir ifade ile neticeler tevhit edecek olan müstakbel hâdisenin hiç vukua gelmiyeceği hukukî muamelenin yapıldığı anda muhakkak ise, ortada mümkün olmayan bir şart mevcuttur. Şart, esas vasfı itibariyle, müstakbel, vuku veya ademi vukuu meşkûk olan bir hâdisedir. Eğer bir hukukî muamelenin yapılması esnasında şart olarak nazara alınmış olan hâdisenin vukua gelmiyeceği muhakkak ise, o hâdisenin şart olamaz. Çünkü, meşkûkiyet mevcut değildir. Bu unsur ise şartın ana unsurudur¹. Şart olarak nazara itibara alınan hâdisenin tahakkuk etmiyeceği taraflarca malûm olmasa dahi durum yine aynidir.

Şartın vukua gelmesi imkânsızlığının mutlak olmasına lüzum yoktur. Ruhi, mantikî veya hukukî bir imkânsızlık da kâfidir. Sureti umumiyede insan bilgisine göre bir hâdisenin vukua gelmez olmasının kabul edilmesi kâfidir. Şartın mevzuu, bir şey yapmayı tazammun ediyorsa onu yapacak olan kimsenin mâlik olduğu imkânlarla göre, onun² yapılması gayri mümkün ise, ortada imkânsızlık mevcut sayılır³. Bu itibarla, eğer şart, bir şey yapmaktan ibaret ise, bunun da beşerî imkânlarla göre yapılması mümkün değilse, ortada imkânsız bir şart vardır. Fakat bu mânada bir imkânsızlığın mevcut olması için, bunun, hukukî muamelenin yapıldığı anda, böyle olması lâzımdır. Eğer hukukî muame-

1) Oser Art. 151-157 No. 7; Escher Art. 482 No. 24; Tuor Art. 482 No. 30; Stiefel s. 127.

2) Savigny Bd. III. s. 165; Meischder 114/115; Stiefel s. 128.

3) Bununla beraber Regelsberger aksi fikirdedir. Bu müellife göre: Bir işin imkânsız olmasının kabul edilmesi için, bunun sureti umumiyede mümkün olup olmadığını aramak lâzımdır. Yalnız alâkahının malik olduğu imkânları nazara almak doğru değildir. Ona göre akdî münasebetlerden doğan bir edanın imkânsızlığı ile şart olarak kabul olunan bir hâdisenin imkânsızlığı arasında bir benzerlik mevcuttur. Bu benzerlik sadece isim benzerliğinden ibarettir. Binaenaleyh alâkalı kimse için işin imkânsız olması kâfi değildir. Bunun objektif olarak yani herkes için imkânsız olması lâzımdır. Regelsberger, Pandekten 1893 I. §151 III. A. 3 (Stiefel s. 128, not 43 ten).

lenin yapılması anında yapılması mümkün olan bir hâdise, var da bu, sonradan yapılamaz bir hale gelmiş ise, o zaman artık imkânsız olan bir şart karşısında değiliz. Bilâkis, şartın tahakkuk etmiyeceği anlaşılmış olur ve şartlı hukukî münasebet kat'î netice tevhit eder. Kezâ, hukukî muamelenin yapıldığı anda şart olarak alınan hâdisenin vukuu imkânsız iken, sonra mümkün hale gelirse yine hakiki mânada bir şart karşısındayız. Meselâ bayiin teslimini taahhüt ettiği mal için bir ihraç memnuiyeti var iken akd'in icrası esnasında bu memnuiyet kalkarsa imkânsızlık da ortadan kalkar. Böylece şart hakkındaki memnuiyet de ortadan kalkabilir. Hattâ taraflar mevcut mevzuatın tebdili şartıyla de bir hukukî muamele yapabilirler⁴.

Bununla beraber, hukukî muamelenin yapıldığı anda gayri mümkün olup da sonradan mümkün hale gelen bir hâdisenin, makbul bir şart olarak kabul edilmesi için, o hâdisenin sonradan husule gelmesinin pek gayri mantıkî ve pek gayri tabii olmaması lâzımdır.

2) *İmkânsız bir şartın merbut bulunduğu hukukî muamele üzerine tesiri* : Durum şartın infisahî veya tâlikî oluşuna göre değişik olacaktır. Eğer imkânsız olan şart, tâlikî ise, şart hiçbir zaman tahakkuk etmiyeceği için, o hukukî muamele bâtıldır. Binnetice, hiçbir hukukî netice husule getirmez. Haddi zatında böyle bir hukukî muamelenin netice tevhit etmesi arzu edilmiş değildir⁵.

Eğer şart infisahî ise, hukukî muamele şartsız bir hukukî muamele imiş gibi, akdi anından itibaren hukukî netice husule getirir. Çünkü, infisahî şarta tâbi muamele, derhal, hukukî tesir husule getirir. Ancak, şartın tahakkukundan itibaren netice husule getirmez olur. Halbuki şart olarak kabul edilen hâdisenin husule gelmiyeceği muhakkak olduğuna göre, şarta tahakkuk etmiş nazariyle bakmak mümkündür. Yani hukukî muamele, şartsız yapılmış bir hukukî muamele durumundadır⁶.

Esas itibariyle, borçlar hukuku sahasına ait olan bu prensipler, ölümüne bağlı tasarruflara mevzu şartlar hakkında da aynen tatbik olunur.

Gayri mümkün olan bir şart, aynı zamanda mânasız ve mantıksız bir şeyden ibaret ise, MK 426/3, tatbik edilir. Ölmüş olduğunu bildiği bir kimsenin evlenmesi takdirinde kendisine 1000 lira verileceğinin şart

4) Staudinger Riesler s. 808 No. 16; Stiefel s. 129.

5) Becker Art. 151-157 No. 3; Oser Art. 151-157 No. 7; Escher Art. 282 No. 32; Tuor Art. 182 No. 30; Stiefel s. 131; Staudinger Riesler s. 808 No. 16; Meischeider s. 114.

6) Bundan önceki notta işaret olunan yerlere bakınız.

edilmesi bu cümledendir. Bu itibarla böyle bir şart hakkında MK 462/3 tatbik olunur. Yani böyle bir şart yazılmamış sayılır⁷.

II — İmkânsız Mükellefiyet :

Mükellefiyet, mükellefiyet borçlusu tarafından yerine getirilecek bir edayı tazammun eder. Binaenaleyh borçlu olunan şey, bir *edadan* ibaretir ve mükellefiyet borçlusu âdi bir borçlu durumundadır. O halde edanın imkânsızlığı hakkındaki hükümlerin -ortada borçlar hukuku anlamında bir alacaklının ademi mevcudiyetine rağmen- burada da tatbiki lâzımdır⁸ (BK 20, 96, 117). Bu itibarla, sübjektif bir imkânsızlık kâfi değil, objektif bir imkânsızlık mevcut olmalıdır. Diğer taraftan MK 462 de sureti umumiyede mükellefiyette imkânsız olan bir mükellefiyetten bahis olmadığı gibi, MK 499/3 de de bundan bahsedilmiş değildir. MK 499/3 üncü maddedeki “gerek doğrudan doğruya” tâbirinin içerisinde mükellefiyet mefhumunun da mündemiç bulunduğu kabul olursa bile, bu maddede imkânsızlıktan bahis yoktur.

BK 155 dahi gayri mümkün şarttan bahis etmediği gibi, MK 462/II de de gayri mümkün şarttan bahis yoktur. Bu hal karşısında, iki hal kabili tasavvurdur. Birincisi, BK 155 ve MK 462/2 hükmünü, gayri mümkün olan mükellefiyete de kıyasen tatbik etmek, veyahut mükellefiyetin bu maddelerde işaret edilmemiş olduğunu göz önünde tutarak, aksi noktai nazarı kabul etmek, bu sonuncu noktai nazarla şöyle bir neticeye varırız. BK 155 ve MK 462/2 -Borçlar kanununun 20 nci maddesinin hilâfına olarak- gayri mümkün mükellefiyetten bahis etmemektedir. Bundan, vazı kanun gayri mümkün mükellefiyet için şarttakinin tersine bir hal tarzını kabul etmek istediği neticesini çıkarmak da mümkündür. Binnetice, mükellefiyet gayri mümkün olsa da, bu butlan, onun merbut bulunduğu asıl hukukî muameleye sirayet etmiyecektir. Bundan başka mükellefiyet bir bakıma fer’i bir hükümdür ve ancak ivazsız hukukî muamelelerde (hibe ve ölüme bağlı tasarruflarda) kabili tasavvurdur. Fakat asıl hukukî muamele, mükellefiyetten müstakil olarak mevcuttur. Tâli (fer’i) bir hüküm olan mükellefiyetlerdeki bir butlan sebebi, asıl hukukî muameleye sirayet etmez. O halde mükellefiyet gayri mümkün ise bu, asıl hukukî muamelenin imkânsızlığını ve butlanını intaç etmez.

7) Tuor Art. 482 No. 30; Escher Art. 482 No. 34.

8) Stiefel 81.

İkinci görüş tarzı ise, bizi aksi neticeye sevkedecektir. Şöyle ki, kanun, hemen her yerde şart ve mükellefiyeti aynı surette hükme bağlamıştır. O halde ahlâk, kanuna mugayeret, hakkındaki BK 240, MK 462, 499/3, 462/2 hükümlerini, imkânsız olan mükellefiyetlere de kıyasen tatbik etmek doğru olur⁹. Eğer murisin iradesinin başka surette olduğu sabit olmazsa gayri mümkün mükellefiyet hakkında da, âdâba veya hukuka aykırı şartlar hakkında yapılan muamele yapılır. Yani tasarrufu bâtil olur¹⁰.

Bu tarzı hal esas itibariyle şu fikre istinat eder: yaptığı tevcihe bir mükellefiyet kaydı ilâve eden bir kimsenin, mükellefiyetin yerine getirilmesi şartıyla tevcihi yaptığı kabul olunur¹¹. Eğer mükellefiyet gayri mümkün ise, onun tevcihin de bâtil olmasını arzu ettiği kabul olunabilir. Tasarrufuna gayri mümkün bir mükellefiyet ilâve eden bir muris, bunun gayri mümkün olması halinde, nasıl hareket edileceğini tasarrufunda gösterebilir. Biraz sert olan son hal tarzı bu suretle biraz hafifletilmiş olur. Daha ileri giderek, murisin bu hususta sarıh bir arzusunu aramağa lüzum yoktur. Eğer tasarrufun tefsiri, gayri mümkün olan mükellefiyetten sarfı nazar etmek suretiyle, tevcihin mükellefiyetsiz olarak ifası şeklini kabul ettirmeğe kâfi¹² ise öyle hareket olunur.

Kaideten, ölüme bağlı tasarrufların mümkün mertebe ayakta tutulması arzu olunur. Bu itibarla, gayri mümkün bir mükellefiyetin mevcudiyeti, hemen onun merbutu bulunduğu tasarrufun butlanını intaç etmemelidir. Bu mükellefiyetin gayri mümkün olduğunu bilseydi, murisin onu derpiş etmeyeceği kabul olunabilirse, sadece gayri mümkün mükellefiyeti yok farzetmek muvafık olur. Eğer muris, tasarrufun yapılması esnasında, mükellefiyetin gayri mümkün olduğunu biliyorsa, gayri mümkün şartı, yokmuş gibi kabul etmelidir. Meğer ki muris, bu tasarrufu ciddi olarak arzu etmemiş olsun¹³. Eğer murisin bu husustaki iradesi tesbit edilemiyorsa, gayri mümkün mükellefiyetin bütün tasarrufu iptal edeceği kabul olunmalıdır. Gayri mümkün bir mükellefiyet 462/III ün derpiş ettiği mânada mânasız ve mantıksız bir mükellefiyet olabilir. Bu takdirde kolayca üçüncü fıkra tatbik olunur¹⁴.

9) Tuor Art. 482 No. 31.

10) Oser Art. 245 No. 11; Fick - Schneider Art. 245 No. 15.

11) I. Stifel s. 83.

12) Tuor Art. 482 No. 31; Escher Art. 482 No. 35; I. Stifel s. 85, Bununla beraber Rossel (Bd. II. s. 66). İmkânsız olan mükellefiyet hakkında 462/III nin tatbiki gerekeceği fikrindedir.

13) Tuor Art. 482 No. 31.

14) Escher Art 482 No. 34; I. Stifel s. 84; Tuor Art. 482 No. 30.

Bu söylenenler ancak gayri müstakil mükellefiyetler hakkında mu-teberdir. Müstakil, yâni kanunî varislere tahmil edilen mükellefiyetler hakkında tatbik olunmaz. Kanunî bir vârise tahmil olunan bir mükellefiyetin gayri mümkün olması onun kanunî miras hakkını bertaraf edemez. Ancak bu takdirde kanunî mirasçı, hissesine tahmil edilen gayri mümkün mükellefiyetten sadece kurtulur.

§ 18.— ÂDÂBA VEYA HUKUKA AYKIRI OLAN ŞART VE MÜKELLEFIYETLERİN MERBUTU BULUNDUĞU TA-SARRUF ÜZERİNE TESİRİ :

I — Umumiyet itibariyle :

MK 462/2 ölüme bağlı tasarruflara ilâve olunup da ahlâk veya hukuka aykırı olan şart ve mükellefiyeti, aynı hükme bağlamıştır. Bu hüküm, tahmin olunduğundan daha fazla bir ehemmiyeti haiz olmak itibariyle, bu maddenin İsviçreli aslını aynen ve tekrar tercümeyle lüzumlu görüyoruz :

Almanca metne göre: (“âdâba veya hukuka aykırı şart ve mükellefiyetler tasarrufu hükümsüz kılar = Unsittliche oder rechtswidrige Auf-lagen oder Bedingungen machen die verfügung ungültig”).

Fransızca metne göre: (“Kanuna ve âdâba mugayir şart veya mükellefiyetlerle mehmul bulunan tasarruflar bâtıldır = est nulle toute dis-position grevé de charges ou de condition illicite ou contraires aux moeurs”).

Bu metinler, Almanca metinde kullanılan “ungültig” tâbiri yerine, Fransızcada kullanılan “nulle” tâbirleri hariç, birbirinden farklı değildir. Bu işaret olunan farka, ileride temas edeceğiz. Türkçe metin de Fransızca metnin aynıdır. İşaret olunan kaydı ihtirazi hariç, MK 462 nin ikinci fıkrasının tercümesi Fransızca aslına uygundur.

Bu fıkranın mânasını anlamak için, ihtiva ettiği esaslı müesseseyi ayrı ayrı tetkik etmek muvafık olacaktır. Mezkûr fıkra, hem şart ve hem mükellefiyeti aynı hükme bağlamış bulunmaktadır. Halbuki, bu iki müessesese, mahiyet itibariyle, birbirlerinden farklıdır... Bu mahiyet farkı, dolayısıyla her ikisinin de ayrı ayrı ele alınması, muvafık olacaktır.

II — Âdâb veya hukuka aykırı bir şartın tasarruf üzerine tesiri :

Târife göre, şart bir hukukî muamelenin, hukukî tesir husule getirip getirmemesinin meşkûk ve müstakbel bir hâdiseye tâlik olunmasıdır.

Eğer bir hukukî muameleye, hukukî netice tevhit ettirecek olan müstakbel ve meçhul hâdise (yani şart) ın bizzat kendisi, ahlâka mugayir ise, o hukukî muamele BK 20 mucibince bâtıldır. Böyle bir hukukî muamele hukuken vücut bulmaz. Eğer şart olarak kabul olunan hâdisenin bizzat kendisi, hukuk veya ahlâka (âdâba) mugayir değil de, bu şartla hukuk veya âdâba mugayir bir (netice) husule getirilmek isteniyorsa, hukukî muamele, BK 155 mucibince bu şart tahakkuk da etse, bir dava hakkı bahşetmez (BK 155 inci madde bize iyi tercüme edilmiş değildir). Almanca metne göre "âdâba veya hukuka aykırı bir hareket veya ihmali teşvik maksadiyle ilâve olunan şart dava hakkı bahşetmez,,¹. Alman hukukunda da durum böyledir. Kanuna (§134) veya âdâba (§138) mugayir olan şart hukukî muameleyi sakatlar².

Ölüme bağı tasarruflara gelince: Muhtelif hukuk sistemlerinin mukayeseli bir tetkiki, bizim bu husustaki kanunumuz hükmünün kolaylıkla anlaşılmasına hizmet edecek ve bilhassa kanunumuzun sistemi bakımından faydalı olacaktır.

Roma ve müşterek hukukta; bu hukuk sistemlerine göre, âdâba veya kanuna mugayir olan bir şart, *sağlar arası yapılan hukukî muameleyi* iptal eder. Burada şart tâliki olsun, infisahî olsun, durum aynıdır³. *Ölüme bağı tasarruflarda* ise âdâb veya hukuka mugayir olan bir şart, yok farzedilir⁴.

İşte bazı kanunlar bu sistemi kabul etmişlerdir. Ezcümle 1752 tarihli Bavyera⁵, Umumi Prusya kanunu⁶, Fransız medeni kanunu⁷, Saksonya kanunu⁸. Bu tarzı hal hem sağlar arasında yapılan tasarruflar hakkında, hem de ölüme bağı tasarruflar hakkında kabul olunmuştur. Buna mukabil, Avusturya medeni kanunu bunun zıddı olan bir hal tarzı kabul etmiştir⁹.

Alman medeni kanunu, bu hususta, sağlar arası yapılan hukukî muamelelerle ölüme bağı tasarruflar arasında bir tefrik yapmak iste-

-
- 1) Oser Art. 157 No. 1-2; Stiefel s. 216.
 - 2) Staudinger Riesler s. 810 No. 19.
 - 3) L. 9. 14, 15; D. de cond. inst. (28,7) İ. 123, 137 §6.
 - 4) Meischeider s. 115; Haug s. 20; Planck §2074-2076 No. 2.
 - 5) Cod. Mak. Bava. Civ. III. 3 §10.
 - 6) A.L.P. I. 4 §6-13.
 - 7) Madde 900.
 - 8) § 109, 2129.
 - 9) §698.

medi. Bu itibarla, ölüme bağlı tasarrufların muhtevi bulunduğu âdâba veya hukuka aykırı şartlar için hususi bir hüküm de sevk eylemedi. Ölümüne bağlı tasarruflara ilâve olunan âdâb veya kanuna aykırı şartlar hakkında da umumî hükümlerden olan §134, 138 hükümleri tatbik olunacaktır¹⁰.

İsviçreye gelince; medenî kanunun neşrinden evvel birçok kanton kanunlarına göre, sadece âdâb veya kanuna mugayir olan şart, yazılmamış telâkki edilirdi. Fakat onun alâkalı bulunduğu tasarrufa halel gelmezdi¹¹.

Fakat kısmî projenin 437 nci maddesinde, bu tarzı hallin aksi kabul olundu. Kısmî proje, madde 437, fıkra 2: "Tasarrufa ilâve olunan mükellefiyet, kaydı ihtirazi ve şartlar, hukuka veya âdâba mugayir bir hareketi teşvik maksadiyle, ilâve olunmuş iseler, tasarruf muteber değildir". Kısmî projeyi takip eden ön projenin 501 inci maddesi, bu bakımdan aynı prensibi kabul ediyordu. "Şart ve mükellefiyetler, eğer âdâba veya hukuka aykırı bir netice elde etmek maksadiyle ilâve olunmuşlarsa, tasarrufu hükümsüzleştirir". Sonradan, yazılış itibariyle bazı tâdiller yapılmış olmasına rağmen, prensip değişmedi. Yâni yalnız şart yok farzedilmez, memnu bir şart, aynı zamanda, tasarrufu da iptal eder¹².

Bununla, eski borçlar kanununun 177 nci maddesiyle hemâhenk olunmak, hem de şimdiye kadar olan kanton kanunlarının sistemine nihayet verilmek istenildi¹³. Şart bakımından bu tarz hal hiç de yanlış değildi. Kezâ MK 499/III de şart bakımından bu tarzı hal tekrar olunmuştur. M K462/2 hükmü olmasaydı, BK 19, 20, 155 delâletiyle, yine aynı neticeye varmak mümkün idi. Bu bakımdan MK 462/2 yeni bir hüküm ihtiva etmemektedir. BGB. de de durum böyledir. Hülâsa, Türk

10) Meischeider s. 117; Haug 22; Planck §2074-2076 No. 2; Staudinger - Riesler s. 810 No. 19.

11) Ekseri kantonların mevzuatında şarta bağlı tevcihlerden bahis yoktur. Bu husus hakkında sadece umumî hükümler tatbik olunurdu. Hususi bir hükmü Fransız medenî kanununda görmekteyiz (madde 900). Buna göre kanuna veya âdâba muhalif veya gayri mümkün olan şartlar hüküm ifade etmezler. Bir kısım kanton kanunları bu hükmü ihtiva ediyorlardı: Waad m. 559, Neuenburg m. 637, Freiburg m. 752, Tessin m. 672, 610. Almanca konuşan kantonlardan yalnız St. Gall kantonunun miras kanununun 106 nci maddesi böyle bir hüküm ihtiva ediyordu. Yâni bu kanunlar yalnız ahlâk ve kanuna mugayir olan veya ifası gayri mümkün olan şartları yazılmamış farzederdiler.

12) Herzer s. 17.

13) Erläuterungen s. 368.

- İsviçre hukukunda âdâb veya hukuka mugayir bir şart, kendisinin alâkalı bulunduğu *tasarrufun tamamını hükümsüz* kılar.

III — Âdâba veya hukuka aykırı olan mükellefiyetler :

Gerek kısmî projenin 437 nci ve gerek ilk projenin 501 inci maddelerinde âdâba ve hukuka aykırı olan şartların yanı başında, “mükellefiyet” de beraber zikrolunmuş ve bu hal, kat’i metin olan (TMK 462/2) 482/2 nci maddesine de böyle intikal etmiştir. Buna göre, âdâba veya kanuna mugayir olan mükellefiyetler tıpkı şartta olduğu gibi, bütün tasarrufu iptal eder. Şart bakımından bu tarzı hal doğrudur. Ve esasen M K462 nin hal tarzı borçlar kanununun sistemine de uygundur (BK 19, 20, 155). Fakat aynı şey mükellefiyet hakkında söylene-
mez. Çünkü mükellefiyet, müstakil bir ölüme bağlı bir tasarruf nevidir. Halbuki şart -bazen bir ölüme bağlı tasarruf nevi olmakla beraber- daima bir başka tasarruf neviyle birlikte bulunur. Bu itibarla, şart daima bir başka tasarruf nevine inzimam eden tâli bir hüküm veya tasarruf nevidir. Fakat şart, bu vasfı itibarıyla merbutu bulunduğu asıl tasarrufun mukadderatıyla yakından alâkadardır. Buna göre, şartın tahakkuk edip etmemesine göre, asıl tasarruf ya var veya yoktur. Halbuki, mükellefiyette durum öyle değildir. Ortada ölüme bağlı veya sağlar arası başka bir tasarruf nevi olmadan da, bir mükellefiyetin mevcudiyeti kabili tasavvurdur (Müstakil mükellefiyet nevi). Bir başka tasarrufla memzuç veya ona bağlı da olsa, bu beraber bulunma, mükellefiyetin müstakil mevcudiyetini ihlâl etmez. Mükellefiyetin mevcudiyeti merbut olabileceği diğer asıl tasarrufu ihlâl etmez. Meselâ A ya bir vasiyette bulunsam ve bu vasiyete muayyen bir işi yapmak mükellefiyeti tahmil etsem ve fakat bu işin yapılması da mümkün olmasa, bundan *asıl tasarruf* olan mal vasiyeti müteessir olmaz. Çünkü, haddi zatında, bu iki tasarruf birbirinden müstakildirler. Mükellefiyet tasarrufuna ânz olacak olan herhangi bir kusur, asıl tasarrufa sirayet etmez. Halbuki, şartta durum öyle değildir. Asıl tasarrufun varlığı, şart tasarrufunun vukuu veya ademi vukuu ile alâkalıdır. Bu iki tasarruf arasında netice ve illiyet münasebeti mevcuttur. Şarta ânz olan bir sakatlık, asıl tasarrufun mevcudiyetine mâni olur. Şart ile mükellefiyet arasında bir mahiyet ve bir bünye farkı vardır. Bundan dolayıdır ki, bu mahiyet ve bünye bakımından farklı olan bir iki müessesenin, bilhassa üzerinde durduğumuz mevzu bakımından, aynı hükme bağlanması yanlıştır¹⁴.

14) Tuor Art. 482 No. 24; Escher No. 30; Herzer s. 106; İ. Stifel s. 77.

Vâzı kanun, âdâb veya hukuka mugayir olan bir *mükellefiyetin* merbut bulunduğu *asil tasarrufu* hükümsüz kılmıyacağını hükme bağlamıyabilirdi. Nitekim, Alman medenî kanununda, bazı kayıtlarla, durum böyledir (BGB 2195). İsviçre - Türk vâzı kanunu bu şekil halle sevk eden âmil şu olabilir: Muris, lehdar için ehemmiyetli bir tevcih yapmak suretiyle, ahlâka veya âdâba mugayir olan bir gaye takip eylemiştir. Onun gayesi, haddi zatında, gayri meşrudur. Fakat gayri meşru bir gaye için kullanılan vasıta da gayri meşrudur. Gaye ve vasıta hepsi birden bir kül teşkil eder ve mükellefiyet gayri meşru birgaye için konulmuştur. Binaenaleyh hem de bu gayri meşru gayeye âlet olan şey de ortadan kalkmalıdır¹⁵.

Bittabi MK 462/2 hükmü, müstakil, yâni varislere tahmil olunan mükellefiyetler hakkında tatbik olunamaz. Muris, vârise âdâb veya hukuka aykırı bir mükellefiyet tahmil etmek suretiyle onu kanunî hakkından mahrum edemez. Saniyen burada mâli bir kudretin âdâba veya hukuka aykırı bir maksat için kullanılması mevzuu bahis değildir.

Şart ve mükellefiyet sarîh mahiyette farklarına rağmen MK 462/2 hükmü, şart hakkında olduğu gibi, mükellefiyet hakkında da tatbik olunacaktır¹⁶.

IV — MK 462/II deki butlanın nev'i :

BK 20 nci maddeye göre “bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik veya ahlâk (âdâba) mugayir olursa o akid bâtıldır”. Bu maddede kullanılan “butlan” tâbirini Fransızcadaki “nul”, Almandadaki “nichtig” tâbirlerinin karşılığıdır.

Yâni burada mutlak bir butlan hali vardır. Bunun neticesi olarak, kanun ve âdâba mugayir olan bir hukukî muamele hiç vücut bulmaz. Bunun iptali için bir dâva açmağa lüzum yoktur. Keza BK 155 de de bu mânada bir mutlak butlan hali vardır¹⁷.

Mevzuumuzla doğrudan doğruya alâkalı olan, MK 462/2 de de “bâtil” olmadan bahis olunur. Fakat burada hangi nevi bir butlandan bahis olunmaktadır? BK 20, 155 de olduğu gibi, mutlak bir butlan mı,

15) İ. Stifel s. 78.

16) Tuor Art. 482 No. 25; Escher Art. 482 No. 30.

17) von Tuhr Bd. II. §29 II. s. 214; Oser Art. 20 No. 51; Becker Art. 20 No. 8; R. Des.Gouttes, Système des Nullite en droit Suisse. Bilhassa Jale Gural, Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Kanununun sistemi. 1953 Ankara s. 154.

yoksa nisbî bir butlan mıdır? MK 462/2 nci maddenin tekabül ettiği İsviçre MK 482 nin Fransızca metinde BK 20 de olduğu gibi “nillité” den bahis olunduğu halde, Almanca metindeki “ungültig” denilmektedir. Halbuki BK 20 nin anladığı mânada (mutlak) butlanın karşılığı “Nichtigkeit” dir. MK 462/2 nin Almancasında bu son terim kullanılmamıştır. Huber esbabı mucibede “ungültigkeit” den bahseder¹⁸. “Ungültigkeit” mefhumu haddi zatında mevcut bir hukukî muameleyi tazammun eder. Böyle bir muamele, binaenaleyh muteber surette teşekkül etmiştir. Lâkin muteberlik unsurları kanunun aradığı şekilde tam ve kusursuz değildir. Bu unsurlar ya noksandır, veyahutta bir fesadla mualleldir. Buna rağmen kanun, böyle bir muameleyi bidayette (ab initio) muteber addetmiştir. Muamele kanundan ötürü hükümsüz değildir. Ancak iptali kabildir. Böyle bir hukukî muamelenin butlanını dermeyan ederek, onu terssiz bir hale getirme, ancak bununla hakları haleldâr olan kimselere tanınan bir keyfiyettir¹⁹.

Bu cihet bilhassa MK 499 ile daha büyük bir vuzuh kesbetmektedir. MK 499 hakkında iptal davası açılacak olan ölüme bağlı tasarruflardan bahsetmekte ve 3 numaralı bendde kanuna ve ahlâka mugayir şart ve muhtevadan bahis olunmaktadır. Bu maddenin gerek muhtevası, gerek kullandığı Almanca, Fransızca ve Türkçe terimler ortada BK 20, 155 in anladığı mânada mutlak bir butlan halinin olmadığını göstermektedir²⁰.

MK 462/2 hükmü, BK 20, 155 inci maddelerin bir tatbik hali olmasına rağmen, kanun veya âdâba aykırı bir şart veya mükellefiyeti ihtiva eden ölüme bağlı bir tasarruf, alâkalılarca, müddeti zarfında mahkemededen bir iptal kararı istihsal edilinceye kadar *muteber kalacaktır*. Burada nasıl bir hükümsüzlük olduğu hususunda doktrinde ihtilâf vardır. BK 20, 155 anlamında bir mutlak butlan mevzuu bahis değil, BK 31 mânasında total, binaenaleyh, bir taraf için muteber fakat diğer taraf için de saldırılması mümkün bir hukukî muameleye benzer bir hukukî muamele vardır. Bununla beraber durum tam öyle de değildir. Çünkü burada total hukukî muameleler de olduğu gibi tasarrufun ortadan kalkması için, alâkalının *muayyen müddet* zarfında bunu dermeyan-mahkeme vasıtasıyla etmesi lâzımdır. Burada da BK 31 de olduğu gibi hüküm makale şâmilidir. Fakat, 31 den farklı olarak, MK 499 daki mu-

18) Erläuterungen s. 368.

19) Tuor Art. 519-521 No. 6; von Tuhr s. 219; Jale 36.

20) von Tuhr s. 219; Tuor Art. 519-521 No. 5-6; Escher Art. 482 30, Jale s. 162.

tebersizlik, yalnız muayyen şahıslar -akidler- değil, MK 499/3 ün sarahati mucibince, *bütün alâkalılar* tarafından dermeyan edilebilir²¹.

İşte bundan dolayıdır ki, Tuor, burada mutlak butlan ile kabiliyeti iptaliye arası bir hal olduğu fikrindedir²². Bununla beraber von Tuhr ile²³ Federal mahkeme burada iptal edilme kabiliyeti olan bir hukuki muamele hali görmektedir²⁴.

Biz de, Tuor'la birlikte, burada nev'i şahsına münhasıran bir butlan halinin mevcudiyetini kabul zorundayız. Zira dava haklılarının sahası geniş olduğu için, davanın tesir sahası da geniş olacaktır. Davayı menfaati olan herkes açabilir. Saniyen alâkalılardan birisi tarafından açılan bir iptal davası, eğer dava bütün hukuki muameleye şâmil ise bu hükümsüzlük bütün alâkalılara şâmil olacaktır. Kezâ alâkalılardan birisi aleyhine müddeti zarfında açılan ve muvaffakiyetle neticelenen bir iptal davası, diğer taraf olmayan kimselere de tesir eder. Bununla beraber bu davanın tesiri hakkında doktrin ve içtihatta ehemmiyetli ihtilâf mevcuttur²⁵.

Ademi muteberiyetin bir tasarrufa ve butlan sebebine ittila tarihinden itibaren bir sene içerisinde dermeyan edilmesi lâzımdır (MK 501). Bu müddet zarfında hakkında iptal davası açılmamış olan tasarrufun iptali talep olunamaz. Bunun neticesi olarak, tasarrufun butlanını ileri sürmek suretiyle, bir miras sebebiyle istihkak dâvası açabilecek olan bir kimse artık bunu yapamıyacaktır. Çünkü onun bu hakkı talep edebilmesi, ortadaki tasarrufun yok edilmesine bağlı idi. Bunu yapmamış olmakla fırsatı kaçırmış demektir. Bununla beraber, müruru zaman, hâkim tarafından re'sen nazara alınmaz. Bunun diğer tarafça dermeyan edilmesi lâzımdır²⁶. Âdâb veya hukuka aykırılık bir senelik müruru zaman kaçırılmış da olsa, def'an her zaman dermeyan olunabilir (MK 501/2).

Bir senelik müruru zamanın kullanılmadan kaçırılmış olmasının ah-lâk veya âdâba mugayir olan şart mükellefiyet üzerine tesiri nedir? MK

21) Des Gouttes Z.S.R. 1929 s. 372; Jale 163.

22) Tuor Art. 519-521 No. 6.

23) von Tuhr Bd. I. s. 220.

24) BGE. 40 II 192, 44 II 116, 57 II 152. Türk Yargıtayının bu hususta kullanmış olduğu "Butlan" tâbirinden nasıl bir butlanı kastedtiği anlaşılmaktadır. Tepeci s. 371.

25) Tuor Art. 519-521, No. 6 a, 6 b; Escher Art. 519 No. 6; Herzer s. 107. Buna mukabil Federal Mahkemenin içtihadına göre butlan kararı izafi bir kıymeti haizdir. BGE. 40 II 192, 44 II 116, 57 II 152.

26) Tuor Art. 521 No. 13.

499 uncu maddenin hükme bağladığı diğer hususlar için bunun neticesi, tasarrufun muteberiyete yakın bir hal iktisap etmesidir. Halbuki, ahlâk veya âdâba mugayir şart veya mükellefiyet, sırf senelik müruru zamanın geçmesiyle ahlâk veya hukuka uygun bir hale gelmez. Yalnız bunların merbut bulunduğu tasarrufun şart veya mükellefiyetten gayri olan kısmı muteber olur. Buna mukabil, âdâb veya hukuka aykırı olan

şart veya mükellefiyet yok sayılır. Yâni burada MK 462/III tatbik olunur.

MK 462/2 ile 499/No. 3 arasında mühim bir farka işaret eylemek mecburiyeti vardır. MK 462/2 de şart ve mükellefiyet, birbiri yanında mevki almakta ve her ikisi de aynı hükme tâbi tutulmaktadır. Buna göre, âdâb veya hukuka mugayir olan şart ve mükellefiyetler bâtıldır. Fakat haddi zatında, burada bir mutlak butlan halinin olmadığını gördük. Butlan ancak 499/No. 3 mucibince açılacak iptal davasıyla temin olunabilir. Binaenaleyh, MK 499 butlanın usulüne dair olan hükmünü ihtiva eylemektedir. Fakat MK 499 uncu maddenin 3 numaralı bendinde ise, “mükellefiyet” den bahis yoktur. Acaba kanun böyle hareket etmekle, mükellefiyet hakkında başka bir suretle mi hareket etmek istemiştir? Ve meselâ mükellefiyet hakkında MK 462/2 hükmü ile iktifa eylemiş ve bunun neticesi olarak da, bir davaya lüzum olmadan âdâb veya hukuka aykırı bir mükellefiyeti kendiliğinden bâtil mı addetmek istemiştir?

Filvâki butlanın bir dava ile temin olunacağını emreden MK 499 uncu maddedir. Bu maddede ise “mükellefiyet” den bahis yoktur. MK 462 nin, bilhassa Türkçesi bir butlandan bahseder. Bunun mutlak bir butlan olmadığını gösteren bir emare yoktur. Kullanılan terim BK 20, 155 dekinin aynidir. O halde kanunun tarzı halli şart hakkında ayrı (nisbi butlan) mükellefiyet hakkında ayrı (mutlak butlan) mı olacaktır?

Bu hususu bize ancak MK 499 un aslı olan İsviçre medeni kanununun 519 uncu maddesinin bu noktaya mütedair olan fıkrasının tarihçesi gösterecektir. Filvâki bu fıkra, kısmî projenin 472 nci maddesinde şu suretle ifade edilmiş bulunuyordu: “... ya muhtevası veya ona ilâve olunan hükümler âdâb veya hukuka aykırı ise...”. Dikkat edilecek olursa projenin bu maddesinde ne şart ve ne de mükellefiyetten bahis vardır. Fakat ifade tarzı her iki nevi tasarrufu da ihtiva eder mahiyettedir. Bilhassa “muhteva = Inhalt” ve “Bestimmung” bu tâbirlerden, bilhassa sonuncusu şart ve mükellefiyeti de kat’i olarak ihtiva eder mahiyettedir. Binaenaleyh, bidayette şart ve mükellefiyetin ayrı ayrı muameleye tâbi tutulması arzu edilmiş değildi. Sonraları, terimlerdeki vuzuhsuzluk yüzünden, kanunun asıl metnine “Bestimmung” terimi “Bedingung” şeklinde alınmış ve bu tâdil ile “mükellefiyet” in hariçte bırakıldığı akla

bile gelmemiştir. Fakat bu tâdil kasdı yapılmış değildir. Bu itibarla MK 499 uncu maddesi mükellefiyet hakkında da tatbik olunur²⁷.

Bu tenakuzun diğer bir izah tarzı şudur: MK 499 uncu maddesinin nazarında mükellefiyet müstakil bir tasarruftur, zira ölüme bağlı bir tasarrufun muhtevası sadece bir mükellefiyetten ibaret olabileceği gibi, diğer bir tasarrufa bağlı olarak da mevcut olabilir. Bu iki takdirde de mükellefiyet, sarîh olarak bir tasarruf, mal vasiyeti, mirasçı nasbı gibi bir tasarruf nevi olacaktır. MK 499/3 üncü madde de nasıl mal vasiyeti veya mirasçı nasbını sarîh olarak derpiş eylememiş ise mükellefi de zikrelemesine lüzum yoktur.

Zira Almanca metindeki Inhalt = 'Muhteva', Fransızca metindeki "(elle) Disposition = tasarruf" tâbiri bunu kâfi derecede göstermektedir. Mükellefiyette ölüme bağlı tasarruf (Disposition) nevilerinden birisidir. Onun için mükellefin tasrihen maddede zikri için bir sebep yoktur. Kezâ Türkçe metin de böyledir: "tasarruf, gerek doğrudan doğruya" demek suretiyle ölüme bağlı tasarrufun nevine işaret edilmek istemiştir. Ve hattâ daha ileri giderek Türkçe metindeki "muhtevi olduğu şartlar" tâbirini "hükümler" mânasında da anlamak kabildir. Binnetice MK 499/No. 3, şartlar hakkında olduğu kadar, mükellefiyetler hakkında kabili tatbiktir²⁸.

V — Ademi muteberiyetin şümulü :

MK 462, İsviçreli aslına uygun olarak, "kanuna veya âdâbı umumiye mugayir şart ve mükellefiyetleri ihtiva eden *tasarruf batıldır*" demektedir. Medenî kanunun neşrinden evvel İsviçre kantonlarında kanuna veya âdâba mugayir olan şartlar, Fransız hukukunda olduğu gibi, sadece yazılmamış sayılırdı²⁹. Fakat Huber bu usulden ayrılarak, bu nevi bir şart veya mükellefiyetin bütün tasarrufu iptal eylediği prensibini kabul etti³⁰.

Bu hal tarzı şart hakkında gayet tabii idi. Nitekim sağlar arası tasarruflarda âdâba veya hukuka mugayir olan bir şarta tâbi olan (BK 20) veya ahlâk veya hukuka mugayir durumu teşvik eden şartlar o tasar-

27) Tuor Art. 482 No. 27; İ. Stifel s. 79; Herzer s. 35.

28) Escher Art. 482 No. 30; Tuor Art. 482 No. 27; Herzer s. 35, 109; Curti-Forrer Art. 482 No. 10; Jale Güral s. 164.

29) Huber, System und. Geschte... Bd. II s. 239.

30) Erläuterungen s. 368.

rufu bâtil kılar (BK 155). Binaenaleyh, ölüme bağlı bir tasarrufun muhtevası doğrudan doğruya âdâb veya hukuka mugayir olur veya âdâb veya hukuka mugayir bir harekete teşvik ederse, onun bâtil olması lâzımdır. Binaenaleyh, şart bakımından MK 462 nci maddenin bir hususiyeti yoktur ve bu tarzı hal hukukî anlayışa uygundur. Yâni yalnız şartın değil, bütün ölüme bağlı tasarrufun düşeceğinin derpiş edilmiş olması yerinde bir hükümdür. Fakat, mükellefiyet hakkında durum öyle değildir. Mükellefiyet, müstakil bir tasarruf nevidir. Bir tasarruf nevine ilâve olunan bir mükellefiyetin âdâb veya hukuka mugayir oluşunun esas itibariyle bütün tasarrufa sirayeti için hukukî bir zaruret yoktur. Pek âlâ vâzı kanun mükellefiyet hakkında sade hukuk veya kanuna muhalif olan şartın yok olacağı ve fakat onun merbut bulunduğu tasarrufun muteber olarak devam edeceğini derpiş edebilirdi. Nitekim Alman medeni kanunu bunu böyle yapmıştır (m. 2195)³¹.

Kanunumuzun hal tarzına göre eğer ben, A ya bir evi vasiyet eder, ve fakat ikinci dereceden bir vasiyet olan A'nın B'ye ayda 100 lira vermesini istersem A'ya tahmil edilen bu yük bir alt vasiyettir. Ne bir şarttır, ne de bir mükellefiyettir. Eğer A'nın B' lehine yapacağı eda (vasiyet) ahlâka mugayir bir gaye takip ediyorsa bu ikinci derecedeki vasiyet tasarrufu, MK 499 mucibince iptal olunabilecek, fakat bu, iptal edilme A'ya yapılan ilk vasiyete sirayet etmeyecektir. Çünkü, A arada bir mutavassıttır. B haddi zatında tevcihi benden almaktadır. Ahlâka mugayir bir unsur ihtiva eden bu tasarruftur. O halde bu tasarruf bâtildir. Müstakil olduğu için, bu butlan, A'ya yapılan tevcihe sirayet etmeyecektir. Buna mukabil, A'ya tahmil edilen bu yük, bir "mükellefiyet" karakterinde ve meselâ vâki tevcihten dolayı hazineye vergi verilmemesi veya evlenmemesi mükellefiyet şeklinde tahmil edilmiş ise o zaman, ahlâk veya kanuna mugayir bir mükellefiyet asıl tasarrufu da iptal edecektir. Tahmil olunan mükellefiyetin kanuna aykır olmasından dolayı bütün tasarruf bâtil olacaktır.

Her ne olursa olsun vâzı kanunun emri sarihtir. Binaenaleyh, âdâba veya hukuka mugayir bir mükellefiyet, şartta olduğu gibi bütün tasarrufu sakathyacaktır. MK 499/3 de mükellefiyetten bahis olmayışından âdâb veya hukuka aykırı bir mükellefiyetin iptal davasına hak vermeyeceği iddia edilemez. Yani MK 499 müvacehesinde MK 462 ihmal olunamaz.

31) Escher Art. 482 No. 30; Tuor Art. 482 No. 27; Herzer s. 108; İ. Stifel s. 82.

MK 499/3 ün bir mükellefiyeti de ihtiva eylediğini bir tarafa bırakacak bile, MK 462 nci madde ana maddeyi teşkil eylemektedir. Buna mukabil MK 499 uncu madde için usule dair olan cihetini hükme bağlamaktadır. Bundan maadâ, 462 nci madde bu mesele ile doğrudan doğruya alakalı olan hükümdür. Bu iki maddeden birisini tercih etmek lâzımgelirse MK 462 nci maddeyi tercih etmek mecburiyeti vardır³².

Bununla beraber, bu söylenenler ancak gayri müstakil mükellefler hakkında muteberdir. Müstakil bir mükellefiyetin, yani kanunî vârislere tahmil olunan bir mükellefiyet, âdâb veya hukuka mugayir de olsa, bu, kanunî mirasçıyı hakkından mahrum edemez. Böyle bir kayıt sadece yazılmamış sayılır³³.

VI — Kanunun butlanın şümülü hakkındaki hal tarzının mahzuru :

1) *Genel olarak* : MK 462/2 nci âdâb veya ahlâka mugayir olan şart veya mükellefiyetin bütün tasarrufu iptal edeceğini sarîh olarak ifade eylemektedir. Memnu olan şart veya mükellefiyetin ehemmiyetli bir husus olması takdirinde bu tarzı hal, doğrudur. Çünkü, muris, elindeki malî kudreti cemiyetin zararına kullanılmata ve bu suretle tasarruf bu zararlı gaye için bir vasitadan ibaret kalmaktadır. Gaye himayeye mazhar birşey olmadığına göre, ona vasita olanın yok olması tabiidir. Böyle birisi ahlâk veya hukuka aykırı diğer meşru bir gaye takip eden bir hukukî muamelede, ahlâkî muamelenin gayri ahlâkî bir muameleye vasita kılınması halinde bunun her ikisinin de yok kabul etmek müdafaa olunur bir tarzı haldir. Nitekim borçlar kanununun 65 inci maddesi ahlâka mugayir bir maksatla verilen şeyin istirdadına müsaade etmemektedir. Bu suretle kanun hem memnu maksadın tahakkukuna mani olmakta, hem de o şeyin tekrar ele geçmesini önlemektedir.

Sağlar arası hukukî muamelelere ilâve olan fer'î hükümlerin ahlâk veya âdâba mugayir olması halinde BK 20, 155 tatbik olunacaktır. Bittabi bu fer'î hükmün bütün hukukî muameleyi iptal edebilmesi için BK 20/II nin aradığı şartın mevcut olması lâzımdır. Şart veya mükellefiyetin ilâvesine kanunca sarahaten müsaade olunan hibe akdinde şart veya mükellefiyet âdâb veya hukuka mugayir ise bunlar, asıl hukukî muamele (hibe) ye nasıl bir tesir icra edecektir?

Borçlar kanununun 240 ncı maddesinde, MK 462 nin ikinci fıkrasına benzer bir hüküm yoktur. Bittabi, böyle bir şart hakkında BK 155,

32) Escher Art. 482 No. 30; Tuor Art. 482 No. 27; İ. Stifel 79.

33) Herzer s. 109; Tuor Art. 486 No. 26.

mükellefiyet hakkında ise 20 nci maddenin tatbiki, lâzımgelsecektir. Fakat, hibe akdine merbut bulunan memnu bir şart veya mükellefiyet bütün hukukî muamelenin butlanını mı mucip olacaktır? Bir tarzı hal söylemeden evvel, mukayeseli hukuka bir göz atalım: Fransız medenî kanununa göre (m. 900) gerek sağlar arası ve gerek ölüme bağlı tasarruflara ilâve olunan âdâb veya hukuka mugayir şartlar yazılmamış sayılırlar. Dikkat edilecek cihet şu ki, Fransız medenî kanununun 900 maddesinde mevzuu bahis olan şart tâbiri, hem teknik mânada şartı, hem de mükellefiyeti ifade eden bir tâbirdir. Alman medenî kanununda ise durum münakaşalıdır. Bu hususta tatbiki lâzımgelen BGB. §139 dur. Bu hükme göre bir hukukî muamele kısmen bâtil ise, o hukukî muamelenin, bâtil olan kısım mevcut olmadan da yapılacağı kabul olunamazsa, o hukukî muamelenin tamamı bâtildir. Bu hüküm bizim borçlar kanununun 20/2 hilâfına olarak, şüphe halinde bütün hukukî muamelenin bâtil olacağını kabul etmektedir. Demek oluyor ki, Alman hukukuna göre, hibe de kanuna veya âdâba mugayir olan bir şart veya mükellefiyet hakkında mühim olan tevcihi yapanın arzusudur. Eğer vâhibin iradesi o yolda ise, şart veya mükellefiyetin butlanına rağmen, hibe akdi muteber olarak bâki kalacaktır. Bununla beraber Alman hukukunda bu cihet hayli münakaşalıdır³⁴.

Türk - İsviçre borçlar kanununda bir sarahat olmamasına rağmen, bu noktaya temas eden müellifler, yalnız âdâb veya hukuka mugayir şartı ihtiva eden hibenin değil, böyle bir mükellefiyeti de ihtiva eden hibe *akdinin tamamının* bâtil olacağını kabul etmekte ve medenî kanunun 462 nci maddesinde hal tarzını kıyasen hibeye teşmil etmektedirler³⁵.

Ol halde bizde esas itibariyle ahlâk veya âdâba mugayir bir şart veya mükellefiyet ihtiva eden bir hibe, mukavelesinin tamamının butlanı kabul olunacaktır. Fakat M K462/2 nin bu hükmü çok sert değil midir? Ehemmiyetsiz bir şart veya mükellefiyet yüzünden mühim bir tevcihi, hattâ ekseriya hayrî maksatlar için yapılmış tevcihlere ilâve olunan bu nevî bir kayıt yüzünden bütün tasarrufu bâtil saymak bizzat müessese aleyhine olmaktadır. Birçok ahvalde de muris ilâve ettiği kaydın âdâb veya kanuna mugayir bulunduğunu bile bilemeyecektir. Belki o bu kaydın memnu mahiyetini bilseydi, çok muhtemel olarak, tevcihine bu kaydı ilâve etmeyecekti. Meselâ ehemmiyetli bir kıymeti haiz olan tereke bir

34) Staudinger Rieseler §525 No. 7 b, s. 394; Enneccerus-Lehman §125 Bd. II. s. 445; I. Stifel s. 84; Schmid 46.

35) Oser Art. 20 No. 48, Art. 245 No. 11; Schmid s. 46.

mayan” şartların hukukî muameleyi iptal edeceği hakkında hükümler vazeylemişti (MM; 133). Alman medenî kanununun ilk projesinde (§ 139) mevcut olan bir hükme göre de “mütenakız ve anlaşılamiyan” şartların, merbut bulunduğu hukukî muameleyi iptal edeceğine dair hüküm vardı. Fakat ikinci komisyon bu hükmü mezkûr paragraftan çıkardı. Çünkü, bu hüküm şarta bağlı hukukî muameleler hakkındaki projenin 114 üncü (BGB. §139) paragrafından istihraç olunuyordu³.

BGB §139 a göre, bir hukukî muamelenin bir kısmı bâtil olursa, bütün hukukî muamele bâtil olur. İnfisahî olsun tâlikî olsun, bir hukukî muameleye ilâve olunan bir şart onun bir cüz’ünü teşkil eder. Bununla beraber, o hukukî muamelenin şartsız da arzu edilmiş olduğu sabit olursa şarttaki butlan hukukî muameleye sirayet etmez⁴. Ölümüne bağlı tasarruflara ilâve olunan faydasız veya müz’ic şartlar hakkında da BGB m. 139 tatbik olunur⁵. Demek oluyor ki Alman hukukunda bu bakımdan sağlar arasında yapılan hukukî muamele ölümüne bağlı tasarruflar arasında bir fark yoktur.

B) Mükellefiyete gelince, Alman medenî kanununda bu hususta bir sarahat yoktur. Mezkûr kanunun müzakeresi esnasında gülünç veya faydasız bir mükellefiyetin bâtil olması lâzımgeldiği hakkında bir teklif yapıldı. Fakat bu teklif kabul olunmadı⁶. Bunun sebebi de hâkimin bu hususta takdir hakkını murisin arzusuna göre kullanamaması korkusu idi. Bu nevi mükellefiyet hakkında, BGB de hususî bir hüküm mevcut olmadığına göre mükellefiyet hakkında BGB nin umumî hükümlerine göre hareket etmek icap etmektedir. Buna göre, mütenakız ve anlaşılamiyan (unverständliche und widersinnige) mükellefiyetler muteber değildir⁷.

Eğer bu suretle bâtil telâkki edilen bir mükellefiyet, muris için o kadar mühim ki, bu mükellefiyetin butlanı, BGB §2085 mucibince, asıl tasarrufun butlanı mucip olabilir⁸.

Alman medenî kanununun mezkûr hükümleri gerek ölümüne bağlı

3) Motif Bd. II s. 264, Protokol s. 373.

4) Staudinger-Riezeler Bd. I s. 810 No. 20; Planck Bd. I §158 No. 8, Enneccerus Bd. I §1880 I s. 611.

5) Planck Bd. V. §2074-2076 No. 2, s. 238; Haug s. 15.

6) Protokol Bd. V. s. 243; Dernburg BGB. V. s. 242.

7) Motif V. s. 212; Staudinger Bd. V. 9. Auflage s. 636; Dernburg BGB V. s. 242.

8) Staudinger Bd. V. s. 636.

tasarruflara ve gerek ise sağlar arasında yapılan hukukî muamelelere ilâve olunan şart ve mükellefiyetler hakkında tatbik olunacaktır.

B) İsviçre - Türk hukukuna gelince :

a) *Sağlar arası* yapılan hukukî muamelelere ilâve olunan mânasız veya iz'âç edici gerek şartlar ve gerek mükellefiyetler hakkında borçlar kanunumuzda bir hüküm mevcut değildir. Bu hususun halli tamamiyle doktrin ve içtihadın takdirine bırakılmıştır.

Mânasız ve müz'îç veya gülünç olan şart ve mükellefiyetler haddi zatında BK 20 mugayir değildir. Meğer ki MK 2/2 nin derpiş ettiği bir durum ola. Doktrin sağlar arası tasarruflardaki bu nevişartları bir tasnife tâbi tutmaktadır :

aa) Bir başkasını iz'âç edici olan şartlar : Burada hususî bir hal tarzı yoktur. Yani şart hakkındaki umumî hükümler tatbik olunur. Eğer bu şart, yerine getirilmezse, o hukukî muamele ve netice husule getirmez⁹.

bb) Mânasız (anlaşılamaz, mütenakız veya mantıksız) olan şartlarda ise durumu müşahhas hâdiselere göre tetkik etmek lâzımdır: Acaba taraflar neyi arzu etmişlerdir? Yalnız mânasız olan şartın yok olmasını mı tercih ediyorlar, yoksa bütün hukukî muamelenin mi ortadan kalkmasını arzu ederler? Varılacak neticeye göre, ya yalnız şart yok farz edilecek veya bütün hukukî muamele bâtil olacak... Âkidlerin neyi kasdettiklerinin tesbiti mümkün değil ve, ortada da *tâlikî* bir şart varsa, hukukî muamele tamamiyle bâtil; eğer bir infisahî şart varsa hukukî muamele muteber addolunacaktır ve fakat mânasız olan şart yazılmamış adedilecektir¹⁰.

cc) Mükellefiyete gelince: Yalnız hibede buna imkân vardır. Şart hakkında söylenenler mükellefiyetli hibe hakkında da tatbik olunacaktır¹¹.

b) *Ölüme bağlı tasarruflara* gelince : MK 462/2 (İMK 482/3) biraz evvel tetkik ettiğimiz Roma -müşterek- Alman hukukuna nazaran değişik bir hüküm ihtiva etmektedir. Evvelâ kanun, ölüme bağlı tasarruflar hakkında hususî bir hüküm ihtiva etmekte; saniyen, bu hükmün hal tarzı, mezkûr hukuk sistemleri, ve Türk - İsviçre hukuku tarafından sağlar arası tasarruflarda ilâve olunan şart ve mükellefiyet hakkın-

9) Oser Art. 157 No. 4; Stiefel s. 236.

10) Oser Art. 157 No. 5; Art. 245 No. 11; Stiefel s. 232.

11) Oser Bd. II Art. 245 No. 11.

da kabul olunan hal tarzının hilâfı *kabul olunmuştur*. Buna göre “faydasız veya yalnız başkalarını iz’âç için kullanılan şartlar ve mükellefiyetler lağvıdır”. Yani bu nevi şartlar ölüme bağlı tasarruflarda yazılmamış sayılır ve bütün tasarrufu ortadan kaldırmaz.

Kanunumuzun bu hal tarzı şartlar bakımından bilhassa enteresandır. Çünkü şart hukukî muamelenin ehemmiyetli unsurudur. Tahakkuk etmemiş bulunmasına rağmen vâzı kanun, hukukî muameleyi tâlikî de şart tahakkuk etmiş gibi infisahi de şartsız yapılmış gibi muameleye tâbî kılmaktadır.

C) *Terminoloji*: Mânasız veya izâç edici şartlara Roma hukukunda “Perplexe = Widersinng” demektedirler. Bundan, arzu edilen hukukî muamelenin varlığı ile kabili telif olmayan vâkıalar murad olunmakta idi¹².

Alman doktrini¹³ bu nevi şartlara faydasız (unnutzige), Widerspruchsvolle (perplexe = Mütenakıs), anlaşılmaz (unverständliche) adını vermektedir¹⁴. İsviçre medenî kanununun 482/3 maddesinin Almanca metninde izâç eden = (lästig) veya mânasız (usinnig)¹⁵; Fransızca metinde ise (qui n’ont pas de sens =) mânasız veya izâç edici (= Vexatoires) tâbirleri kullanmıştır. Gerek Almanca ve gerek Fransızca ve hattâ bu müessesenin Roma ve müşterek Alman hukuklarındaki tekâmül seyrini de nazara almak suretiyle, bu nevi şart ve mükellefiyetlere “mânasız ve izâç edici şart ve mükellefiyetler” demek lâzım gelirdi. Buna mukabil, fikrimize göre, kanunumuz biraz daha fazlasını ihtiva eylemektedir: “Faydasız ve yalnız başkasını izâç eden şartlar ve mükellefiyetler” den bahis olunmaktadır. Türkçe metinde görülen “yalnız” kelimesi kanunumuzun aslında yoktur. Burada kullanılan “yalnız” kelimesi sırf değil de “sadece” mânasında alınırsa bundan bir mahzur çıkmıyacaktır. Zira “yalnız” kelimesi “sırf” mânasına da gelir. Bu takdirde bir kasıt unsuru araya girer, murisin tâciz kasdı mevcut olsun, olmasın, objektif olarak bir diğerini tâcizden başka bir işe yaramayan bir şart veya mükellefiyet MK 469/3 e tâbî olacaktır.

2) *Mânasız olan şart ve mükellefiyetler*: Bunlar öyle şeylerdir ki tasarrufun muhtevi bulunduğu hükümlere nazaran bir mâna ifade etme-

12) Vindscheid Bd. I §93 No. 8; Schwarz Vergleichendes s. 410; Haug s. 15.

13) Staudinger-Rieseler s. 810.

14) Planck Bd. I. §158 No. 8, 204; Enneccerus Bd. I. §188.

15) Sabri Şakir Ansay tercümesi madde 482 No. 36.

yen, hattâ tasarrufun kendisiyle tenaküz halinde bulunan mantıksız beyanlardır. Böyle bir fikri ifade eden aslî cümle ile fer'î cümle arasında bir uygunsuzluk, bir tenaküz mevcut olur. Bunlara müşterek hukukta *perplex* denirdi¹⁶.

Meselâ “oğlum öldükten sonra seni kendisine öğretmen tâyin ediyorum” veya “resim kolleksiyonum yandıktan sonra umuma teşhir edilecektir”; veyahut şart veya mükellefiyetin bir mânası var amma bu, tasarrufun tamamına veya umumun görüşüne nazaran gayet mantıksız, yahut böyle bir şart veya mükellefiyet mâkul bir gayeye hâdim olamaz.

Bir şart veya mükellefiyeti mânasız veya mütenakıs telâkki etmeden evvel tefsir kaidelerine tevfikân murisin bundan hakikaten ne kasdettiğini ve bunun bir yazış hatası olup olmadığını aramak lâzımdır. Murisin makul ve mantıkî olan bir hüküm koymak istediği anlaşılırsa muhteva ona göre tatbik olunacaktır. Murisin hakikaten kasdettiğinin saçma olduğu sabit olur veya bu husustaki arzusu tesbit edilemezse, böyle bir tasarrufu meydana getiren murisin tasarrufu yaptığı sırada makul surette hareket etmek (tasarruf) ehliyetine sahip olup olmadığına bakmalıdır. Ekseri ahvalde bu nevi hükümler onu yapanın tasarruf iktidarına sahip olmadığını gösterir. Ancak ondan sonradır ki bu nevi bir şart veya mükellefiyet hakkında MK 462/3 ün tatbiki mevzuu bahis olur¹⁷.

3) *İzaç edici şart mükellefiyetlere gelince*; Bunlarda sureti umumiye de hiç kimseye faide temin etmeyen ve hattâ bazen başkaları için izaç edici olan kayıtlardır. Kanunun ifade tarzından bu nevi şart ve mükellefiyetlerin başkalarını izaç etmesi lâzım imiş gibi bir mâna çıkarılabilir. Fikrimizce böyle bir kaydın başkalarını rahatsız etmesi şart değildir. Başkalarını veya bizzat mükellefi veya lehdarı tâciz eden, onu başkaları indinde gülünç duruma getiren şart ve mükellefiyetler de bu cümledendir. Bununla beraber, bir şart veya mükellefiyetin mânasız veya tâciz edici olup olmadığını tâyin her zaman kolay değildir. Alâkalıların içinde bulunduğu şartlara göre durum değişir. Meselâ musalehin vasiyet mevzuu olan evin bahçesinde, komşusuna çok yakın olan bir mahalde her zaman havlayan bir köpek beslemesini şart veya mükellefiyet şeklinde arzu etmesi, tâciz edici bir kaydın mevcudiyetini kabul ettirir. Fakat, komşuyu rahatsız etme maksadı olmayan böyle bir kayıt bazı muhitlerde her zaman bu nazarla bakmağa imkân yoktur. Hattâ

16) Stiefel s. 232; Escher Art. 482 No. 36; Tuor 482 No. 32.

17) Escher Art. 482 No. 36; Stiefel s. 233; Herzer s. 110.

bu son halde bir gayri menkulde böyle bir köpeğin bulundurulması komşular için nâhoş da olsa, bu kayıt makbul olabilecektir¹⁸.

III — Mânasız veya izaç edici şartların hükmü :

Evvence de ifade olunduğu gibi bu karakterde olan şart veya mükellefiyetler merbutu buldukları tasarrufu iptal etmeyip, MK 499 hükmüne olarak, sadece yazılmamış addedilirler. Asıl tasarruf hükmü muteber olmakta devam eder.

MK 462/2 hükmü bazı itirazları mucip oldu. Bu fikre göre¹⁹ her zaman bir hükmün “mânasız olduğunu tayin etmek kolay değildir. Bunun takdir edecek olan hâkimdir. Bundan başka muris, bir şart veya mükellefiyet altında tasarruf yapmıştır. Böyle bir tasarrufun muteber olan ve olmayan diye ikiye tefriki murisin hakiki arzusuna tekabül etmiyebilir. Hâkimin bir şartı veya mükellefiyeti kolayca mânasız telâkki etmesi, bu suretle tasarrufu şartsız ve mükellefiyetsiz beyan etmesi mümkündür. Bu takdirde murisin hakiki iradesine riayet edilmiş olmayacaktır.

Bununla beraber, MK 462/3 âmir bir hüküm değildir. İsterse muris, tasarrufuna ilâve ettiği mânasız veya izaç edici telâkki edilebilecek olan şart ve mükellefiyete daha kat’i bir mâna verebilir. Yani şayet bu nevi şart ve mükellefiyetin yerine getirilmesinin 462/3 mucibince yazılmamış addedilmesi takdirinde, tasarrufun tamamının hükümsüz olması lâzımgelceğini şart edebilir²⁰. Mezkûr hüküm BK 19/II nin anladığı mânada âmir bir hüküm değildir. Bununla beraber bu tarz tefsir ancak mahiyeti itibariyle şart hükmüyle kabili telifdir. Mükellefiyet müessesesine bu vasfı vermek, onu şart haline kalbetmek demektir.

18) Tuor 482 No. 32. Medenî kanununun 462. maddesinin tekabül eylediği İsviçre medenî kanun projesinin 486. maddesinde “zwecklos = qui n'ont pas de but” = Gayesiz şart ve mükellefiyetten bahs olunmakta idi. Fakat bunun Hakim keyfi hareketine fazla meydan vereceği mülâhazasıyla komisyonda bu kayıt kaldırıldı. Amtliche stenographisches Bulletin 1906 s. 189, 1905 s. 1380.

19) Hitzig s. 64.

20) İ. Stifel s. 91.