

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 Ders senesi esnasında

Mr. C. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde takrir edilmiştir.

Mütercimi : Mehmet Osman

— Geçen nüshadan mabaat —

gayrikabili taksim) borç mevzuubahs oldukta mevcuttur. Fakat herhalde aktif teselsül, sadece, bir borçlunun müteaddit alacaklılarla bir akit yapmış olması keyfiyetinden hiçbirzaman hasıl olmaz.

Aktif teselsüle her zaman tesadüf olunmaz, pek kesretle vaki değildir. Pasif teselsül daha çok olur. Bununlaberaber aktif teselsülün de faidesi vardır: Talep hakkını müteaddit kimselere vererek, bunların birbirlerinin mümessili sıfatıyla hareket etmelerine hacet bırakmamak suretiyle, bir alacağın istiyfasını kolaylaştırır. Bir borçluya, takas hususunda pek mühim bir keyfiyet olmak üzere, yalnız bir alacaklıya ifa ederek borçtan kurtulmak imkânını ihzar etmek suretiyle onun için de bir faide arzeder. Aktif teselsülün en çok kullanıldığı yer «müşterek hesaplar» (1) denen müessesedir. Bunlar, müteaddit kimseler namına ve herbiri onda mutlak ve tam bir surette tasarruf edebilecek şekilde yapılan banka tevdiatıdır. Bu takdirde bankanın müteaddit alacaklısı vardır; ve banka bunların içinden herhangi birinin meblâğı tasarruf ettiğini gösterir senetlerle tamamen beraet eder. Pasif teselsül inşayi hukukisinde olduğu veçhüzere aktif teselsül binayi hukukîsi de bir « aynı borçluya karşı alacaklar » manzumesini tazammun eder; ve bu salkımda her alacaklı diğer müteselsil alacaktaşlarından (birlikte alacaklılarından) tamamen müstakildir; ve her alacağın mevzuu diğerlerinininkinin aynıdır.

(1) Comptes - Joints.

Umumî bir surette şunu söylemek lâzımdır ki, « muhtelif müstakil borçlar manzumesi » prensibinden pasif teselsül için istikra olunan neticelerin cümlesi, kıyasen, aktif teselsüle de kabili tatbiktir: Binnetice, her alacaklı alacağında dilediği gibi tasarruf edebilir, borçluyu ibra edebilir, alacağı başkasına temlik edebilir, akti feshedebilir. vs. vs... ve en mühimmi: bunları öteki alacaktaşların mubaşereti olmaksızın yapabilir. Meselâ: A ile B, C nin müteselsil alacaklısı iken A, pek âlâ alacağını D ye temlik edebilir; bu suretle C nin müteselsil alacaklısı B ile D olurlar. Keza müteselsil alacaklılardan herbiri öbürlerinin rızasını tahsile hacet olmadan, serbestçe dava açabilir, hakkını eldeetmek için kazaî takip yollarına müracaat edebilir. Her alacağın kendine hâs takas sebepleri vardır, hinihacette kendine hâs teminatı olabilir, hususî ve ayrı ayrı müruru zamanalara tâbi olmaları caiz ve mümkündür. Faraza A ile B, C nin müteselsil alacaklıları olup ta, C nin biri A dan biri B den iki alacağı varsa A tediye talep ettikte ona karşı, şayet dava eden B ise buna karşı olmak üzere her ikisine de takas dermeyan edebilir. Fakat B nin C ye olan borcu A nın C de olan müteselsil alacağı ile takas olunamaz. Her alacak kendine hâs ecel ve şartlara bağlı olabilir. Bilfarz yukarıki misali tekrar ele alalım, B nin C deki alacağı kayıtsız şartsız iken A nınki sağkalma şartına mevkuf olabilir, şöyleki, şayet A, B den evvel vefat ederse mirasçılarının C den alacağı mutalebe edemeyecekleri meşrut olabilir. Binaenaleyh A, C den alacağı ancak B nin vefatından sonra, ve B hayatında alacağı C den kendisi tahsil etmemiş olmak şartıyla isteyebilir.

Her alacaklı, borçludan ifayı talep etmek ve onu temerrüde koymak sıfat ve salâhiyetini haizdir. Bu temerrüde koyma öbür müteselsil alacaklılara müfit olmayıp yalnız buna tevessül eden alacaklı hakkında hüküm ifade eder: Borçlu ancak kendisini temerrüde koyan alacaklıya karşı geçmişgünler faizi ile mükellef olur. Bilmukabele, borçlu da, ödenci kabul etmek hususunda alacaklıyı temerrüde koyabilir. Alacaklının temerrüde konması, bu da şahsîdir, ve diğer müteselsil alacaklıların vaziyetine hiç müessir olmaz.

Müruruzamanı kesme meselesi de her borç için ayrıdır. Bu noktada pasif teselsüle müteferri kaidelerle aktif teselsüle kabilitatbik olanlar arasında fark vardır: Aktif teselsülde müruruzamanın kat'ı yalnız borçludan bir ikrar eldeeden veya onun aleyhinde dava açan alacaklı için müfit olur, müruruzamanın bu suretle kesilmesinden yalnız o alacaklı istifade edip diğer müteselsil alacaklılar bundan faide görmezler.

Maamafih, alacaklılar arasındaki teselsül, borçluya ödencini alacaklılarından yalnız bir tanesine ödeyerek teberrî etmek hususunda tanınan hakta zahir olur. Bu cihet B K nun 148 ci maddesinin 2 ci fıkrasından (İ B K. m. 150 § 2) anlaşılıyor. Borçlunun borçlu olduğu şeyin *tevdil, takas, konfüzyon* (alacaklılık ve borçluluğun bir şahısta toplanması), bir müteselsil alacaklının borçluya borçlu olduğu bir *ivazı* (bir karşılıkö-denci) *ifaden imtinaı*, bütün bunları ödencin ifasına temsil etmeli, aynı hükümde acdetmelidir. Bütün bu hallerde borçlunun ödencinden müstefit olan bir müteselsil alacaklı vardır; öteki alacaklılar, alacaktan hisseleri nisbetinde ona rücu edebilirler.

Borçlu ve müteselsil alacaktas sıfatlarının bir şahısta ictimai takdirinde, öbür alacaklılar, bu kimseden alacağın tamamını değil, sadece müteselsil alacaklılar arasında mesbuk anlaşma mucibince hakları taallük eden hisseyi isteyebilirler. Bu talepte bulunurken de, kendi hisselerini artık onların borçlusu olmayıp belki cümlesinin payını almış bulunan bir alacaktas sıfatını haiz bir şahıstan istemiş oluyorlar. Misal:

A ile B nin C de 1000 lira alacakları var, aralarındaki şart mucibince herbiri bu meblâğın yarısına sahip.. A nın vefatıyla C mirasçı olmuş, faizedelim: İşte konfüzyon, ve binnetice alacağın sukutu tahakkuk etti, zira C bu hadise ile müteselsil alacaklı, ve diğer taraftan borçlu sıfatlarını nefsinde cemetmiş oldu. Şimdi, alacağını elde edemeyen B artık müteselsil alacağın tamamen tesviyesini istemek hakkına malik değildir; ancak hissesi olan 500 lirayı C den talep edebilir.

Pasif teselsül bahsinde evvelce tesadüf ettiğimiz «müteselsil borçlulardan biri şahsi fiili ile öteki borçtaşlarının vaziyetini ağırlaştıramaz» prensibi aktif teselsülde de kabul edilmektedir. Meselâ:

1000 liralık bir paradan dolayı C nin iki müteselsil alacaklısı olan A ile B den bir tanesi (A) tediye makamında 1000 lira etmeyen bir şey kabul etmiş bulunursa ötekinin (B nin) hakkı mahfuz kalır, bu yolda bir kabul onun hakkına dokunmaz. Bunun gibi, A nın bir *tecdil* kabul etmesi yani, belki birincisinden daha zayıf teminatlı başka bir alacağa razı olması, veya, ihtimal C den daha az öderli (ödeme kabiliyetli) başka bir borçluyu kabul etmesi, ve en nihayet A nın C yi ibra eylemesi hallerinde de vaziyet gene böyledir. Bu hallerin hiçbiri B nin haklarını ihlâl edemez; ve o bunlara razı olmadığı müddetçe mezkûr tasarrufları ancak A nın haklarında müessir olur, yalnız onun hakkında hü-

küm ifade eder. Tıpkı müteselsil borçtaşlarda olduğu gibi: alacaklı, diğer alacaktaşlarının mümessili sıfatıyla hareket etmiş olmadıkça, mahkemenin hükmü yalnız dava açan alacaklının şahsına ait ve maksur kalır. Eger karar müteselsil alacaklılardan birinin aleyhine ise bunun, diğerlerinin haklarına hiçbir tesiri olmaz.

Müteselsil alacaklılardan herhangi birine tediye bulunabilmek hakkı, B K nun 148ci maddesi mucibince (İ B K. m. 150 § 3) borçluya aittir. Tercihen bir diğerine ödemeyi vadetmiş bulunsa bile, borçlu, istediği alacaklıya borcu ifa ederek muteber bir surette teberri eder. Böyle olmakla beraber, alacaklılardan biri çabuk davranarak bir dava ile veya İcraya müracaat suretiyle takaddüm eder ve borçlunun intihabını önleyip buna fırsat ve meydan vermezse artık borçlu bu muhayyerlik hakkını kullanamaz. Alacaklı tarafından borçluya yapılan basit bir ihbar, bu sonucudan, dilediği alacaklıya tediye etme hakkını nezetmeye kâfi gelmez. Bilfarz: C den 1000 liralık bir alacağın müteselsil alacaklıları olan A ve B den birincisi C aleyhinde İcraya müracaat ederse neticesi şu olur ki: C artık borcu B ye ödeyerek veya ona karşı takas dermeyan ederek beraet edemez; buna mukabil B de artık kendisini takip edemez, Bu vaziyet, A nın takibatı sukut edinceye kadar sürer; takibin sukutu bilfarz, borçlunun itirazı üzerine A nın davasının reddedilmesi ile tahakkuk eder; bu takdirde B alacağı mutalebe edebilir; ve borçlu C de B ye ödemek veya onunla takaslaşmak suretiyle muteber bir beraet iktisap edebilir.

Kendisine ödeme vaki olmayan alacaklı alacağı istiyfa eden müteselsil alacaklıya rücu eder. Borçlar kanunu pasif teselsülde rücu hakkını tanıdığı halde aktif teselsül bahsinde buna dair bir hükmü muhtevi değildir. Binaenaleyh, bu cihetin ya müteselsil alacaklılar arasındaki bir akit veya şarttan, yahut ta bunların hukukî vaziyetlerinden neş'et etmesi lâzımdır. Misal:

Adî bir şirkette iki şerikin bir üçüncü şahıs zimmetinde müteselsil bir alacağı var, farzedelim: alacağı istiyfa eden şerikin bunun bir kısmını arkadaşına vermesi icap eder, aksi takdirde kendisi aleyhinde bir rücu maruzdur.

Müteaddit alacaklıların aynı ödenci isteyebilip fakat ifa ancak bunlardan yalnız birine yapılabilen ahvalde teselsüle benzer bir vaziyet hasil

olur. Biz bu vaziyete esasen yukarıda tesadüf ettik; bunu «başkası lehine şartta meşrutünlehin iltihakı» bahsinde gördük. Meselâ:

A, C lehine olarak, B ile bir akit yapmış ve C de buna iltihak etmiş olsun.. Bu vaziyette, zaten biliyoruz ki, B ödenci, bir taraftan onu istemek hakkını haiz olan meşrutünlehe borçlu olduğu gibi diğer taraftan aynı ödenci, ancak C lehine isteyebilecek olan A ya karşı da borçludur.

Bu vaziyetin başka misallerine vekâlette tesadüf olunur. Kanun derpiş ediyor ki, kendi yerine başkasını ikame eden vekil ikame edilenin muamelelerinden dolayı müvekkile karşı mes'uldür. Şuhalde, müvekkili ızzar eder bir iş yapan «ikameedilen» e karşı vekilin bir tamir ve tazmin dava hakkı vardır. Aynı dava hakkını müvekkil doğrudandoğruya ikame edilene karşı haizdir. Binaberin, ikameedilen, aynı borç için, hem vekile hem müvekkile karşı mes'uldür. Bu vaziyet aktif teselsülde şunda ayrılır ki, vekil, ikameedilenden ödencini yerine getirmesini ancak müvekkil için isteyebilir; bunu B K. m 391 den (I B K. m. 399 § 3) anlıyoruz. Bu vaziyet, bundan evvel, « yanlış manasıyla teselsül » namı altında tetkik ettiğimiz vaziyete benzer: bu, aktif teselsülde de tesadüf olunan bir filî teselsüldür.

VI. — Gayrikabilitaksim borç.

MAHİYETİ VE TARİFİ :

Müteaddit alacaklılar talep hakkını haiz bulunduğu, veya müteaddit kimseler ifaya borçlu olduğu takdirde, bölünmez borç (1) B K nun 69 cu

(1) Kanunumuzda: «gayrı kabili tsksim borç», «gayrimütecezzi borç», «taksimi kabil olmayan borç» vs. namları altında yadedilen « L'obligation indivisible » mefhumunu dada kısa ve türkçe bir tabir olmak üzere bazan «bölünmez borç» suretinde ifade ediyoruz. M. O.

maddesinde yazılı birtakım mahsusî kaidelere mevzu teşkil eder. Biliyorsunuz ki bölünmez borç, bölünür borçtan — bölünür ödençler daima borcun bütünü ile aynı mahiyette ve mütenasip kıymette müteaddit borçlara bölünmek kabil olduğu halde — ötekiler bu mahiyette bir tecezziye elverişli olmamak itibariyle ayrılır. Menfi ödençler, daima, bölünmez borç

teşkil ederler. Nev'iyile muayyen ve binaenaleyh mevzuları ancak (para ve sair misliyat gibi) neveleriyle tesbit olunmuş borçlar, daima « bölünmez » mahiyettedir; bu keyfiyet borçların mevzularına bağlıdır. Bilfarz, müşa bir mülkün müteaddit sahiplerine terettüp eden « mülkiyeti nakil » borcu bölünür bir borçtur; zira her malik kendi hissesini ferağ ile mükelleftir buna mukabil, müteaddit şahıslara düşen, zilyetliği nakil borcu bölünmez bir borçtur, çünkü bir şey üzerindeki filî iktidar tecezzi edemez. Müteaddit birliktekiracı, veya birliktemüstevdalara müterettip mecuru veya vediaı iade mükellefiyeti bölünmez. Bir hizmet aktinden neş'et eden borçların ekserisi, keza, bölünmez mahiyettedir.

Bölünmez borçlarda birçok alacaklı veya müteaddit borçlu olabilir. Bu, şahısların taaddüdü keyfiyeti ekser ahvalde birçok alacaklının bir borçlu ile veya müteaddit borçlunun bir alacaklı ile akitleşmelerinden meydana gelir Meselâ :

A ile B nin beraberce C den bir otomobil almaları ile A ile B nin birlikte olarak C nin apartımanını tutmalarında olduğu gibi.

Alacaklıların veya borçluların bu taaddüdü mukavele harici münasebetlerden de tahassül edebilir. Misal :

A ile B bir şeyin birlitemaliki, mülktaşdırlar.. C nin bu şeye bir zarar iras ettiğini tasavvur edelim : Mezkûr iki malik C den tamir ve tazmin talebinde bulunabilirler. Olabilir ki A nakdî tazminat istediği halde B aynen tamir şikkını tercih eder; bu takdirde borçlu C, (B K. m. 43) mucibince verilmesi muktazı zararuziyanın suret ve vüs'ati hakkında hâkim bir karar ittihaz edinceye kadar hertürlü ödençten imtina edebilir. Şayet C, A nın talebi üzerine zaten zararuziyanı ödemişse, B artık — A aldığı C ye iade etmedikçe — aynı bir tamir isteyemez. Eğer B nin talebi üzerine C masrafı vererek esasen aynı bir tamir icra etmişse, artık A kendisinden nakdî bir tazminat isteyemez.

Bölünmez bir borçta alacaklıların taaddüdü halinde, bu lar borçlu ile sözleşerek aktif teselsül hususunda mutabık kalabilirler; bu takdirde borçlu alacaklılardan herhangibiri tarafından talep vukuunda ödenci ifa ile mükelleftir. Fakat alacaklılarla borçlular arasında böyle bir anlaşma yoksa o zaman B K nun 69cu maddesi (İ. B. K. m. 70) tatbik olunur : borçlu borcundan, ancak ödencini alacaklılarının hepsine birden ödemekle kurtulabilir.

Ödenç, ifa edilir edilmez derhal alacaklıların cümlesi bundan istifade eder mahiyette ise, bu kabilden bir bölünmez borcun müteselsil olmayan müteaddit alacaklılara karşı ifasında müşkülât yoktur. Bilfarz bir şeyin imali bu zümredendir. Keza borçlunun bir «yapmamak» borcu ile mükellef olması dahi bu nevidendir... İşin güç tarafı şuradadır: Borçlunun « ifa » sı bütün alacaklılara doğrudandogruya müfit olmazsa müşkülât baş gösterir. Bir şeyin « teslim » inde bu vaziyet hâdistir; zira yalnız bir alacaklının eline teslim ile, borçlu, öteki alacaklılara da borçlu olunan şeyi onlara vermemiş olur. Şayet ifadan müstefit olan alacaklı « ödersiz » yani ödeme kabiliyeti olmayan bir kimse ise, veyahut ta suiniyetli ise, borçlunun ödencinin mevzuu diğer alacaklılar için fevtolabilir; ve işte bunun içindir ki kanun borçluyu « alacaklıların hepsine birden ifa » ile mükellef tutmuş ve onun beraetini buna bağlı bulundurmuştur. Binaenaleyh borçlu ödencinin mevzuunu ancak, diğerleri tarafından bunu « ahiz ve kabule » mezun kılınmış bir alacaklıya vermelidir; aksi takdirde kendisi öbür alacaklılara karşı mes'ul kalır; ve ödenci onlara karşı ifa edemezse zararuziyan ile muatep olur.

Bölünmez ödenç hernekadar alacaklıların cümlesine birden ifa olunmak gerekse de bunların herbiri onda dilediği gibi tasarruf edebileceği hususi bir alacağa maliktir; onu temlik edebilir, ibra edebilir, onu tecil edebilir, vs. vs... Her alacaklı kendi başına borçlu aleyhinde dava açabilir; fakat dava lâyihasında neticeitalep (Conclusion) olarak mahkemeden: menafii aynı zamanda bütün diğer alacaklılara da ait bulunan bir ödence mahkûmiyeti, ödencin bu suretle hüküm altına alınmasını istemelidir. Eğer alacaklılardan biri borçlunun ödencini kabule mütemayil iken diğerleri kendisiyle ihtilâf ediyorlarsa, bu alacaklı « hakkın tesbiti davası » [*] ikame etmeli, yani hâkime müracaatle borçlunun ödencinin taallûk ettiği şeyin tayinini ve borçlunun tevdi icbar edilmesini talep etmelidir. Bunu bizzat borçlu da yapabilir. Eğer kendisi alacaklıların hepsine birden ifaya hazır iken bunların içinden bir tanesi sızlanırsa, borçlu borcunun hasılını kendiliğinden tevdi edebilir. Bu hüküm B. K. m. 91 den (İ. B. K. 92) anlaşılıyor.

Alacaklılar elbirliğiyle hareket etmeye ancak ödenç « bölünmez » kaldığı müddetçe mecburdurlar.. Borçlu borçlu olunan şey yerine, ifasızlık sebebiyle zararuziyan ile mükellef oldu mu alacaklıların herbiri aslolan

[*] Action en fixation du droit.

istiklâlini yeniden tam bir surette ihraz eder. Bu takdirde, her alacaklı zararuzıyan tutarından tam kendi zararını kapatan miktar ve hisseyi istemek ve almak hakkına malik olur. Bilfarz mülktaşlardan (birliktemaliklerden) herbiri, borçlunun vereceği tazminattan, müşterek mülkteki hakkıyla mütenasip bir miktarı ister ve alır.

Müteselsil alacaklılar birbirlerine rücu edebildikleri halde bir aynı bölünmez ödencin alacaklıları arasında bu mesele mevzuubahs olamaz. Sebebi şudur ki hiçbir alacaklı kendi başına ödenci alamaz, ve binaenaleyh burada aktif teselsüldeki gibi bir takas ve tevzi sistemi tesisine ihtiyaç ve lüzum yoktur. Bölünmez ödencin alacaklılar arasında tevzii, bunlar beyninde mevcut münasebetlere göre, vukubulur; bilfarz borçlunun mükellef olduğu şey üzerinde müteaddit alacaklıların mülktaşlığı (müşterek mülkiyeti) olan yerlerde tevzi bu kimselerin mülkiyet hisselerine bakılarak yapılır.

Müteaddit borçluların bir bölünmez ödençle mükellef olması:

Yukarıda zikri geçen B. K. m. 69 un son fıkralarında (1 B. K. m. 70 § 2 § 3) vazıkanun ayrıca bir de bölünmez borcun müteaddit borçlular tarafından borçlu olunan nev'inden bahsetmiştir. İlâve etmeğe lüzum yoktur ki burada ne kanunen sabit, ve ne de alacaklı ile münakit bir mukaveleden anlaşılır bir pasif teselsül şekli mevzuubahs değildir. Bu noktayı tesbit ettikten sonra devam edelim. Bu şekilde bir borç münasebeti için, kanun: borçlular birden ziyade ise herbiri taksimi kabil olmayan borcun tamamını vermekle mükelleftir» dedikten sonra son fıkrasında: ödenci yerine getiren borçlunun, diğer borçtaşlarına karşı rücu hakkı olacağını beyan ve tasrih etmiştir. Zaten amelî ve tatbiki noktainazardan bundan başka bir hal sureti de mümkün değildir. Filhakika bölünmez bir borcun müteaddit borçlularını, aynı şekilde bir borcun müteaddit alacaklıları ile aynı muameleye tâbi tutmak caiz olamaz; buna taraftar olmak, alacaklının ifayı bütün borçlularından birden mutalebe etmesini mecburî kılmakla müsavidir; işin sonu neticede buna varır. Söylemeğe hacet yoktur ki bu keyfiyet, alacaklı için hakkını istihsal hususunda fevkalâde güçlük ve karışıklığı mucip olur; borçlulardan birinin imtinaı ile alacaklının hakkının efsane, hayal derekesine inivermesi tehlikesi vardır. Şuhalde bir bölünmez borcun birden fazla borçlularının vaziyeti böyle bir borcun müteaddit alacaklılarınınki ile bir ve müsavi değildir.

Fakat, o takdirde şunu tebyin etmek lâzımdır ki bu vaziyet tamamen müteselsil birlikteborçlularınkine makistir, ona benzer. Filhakika, pasif teselsül ile bir aynı bölünmez borcun müteaddit borçlularının vaziyeti arasında hiçbir fark yoktur. B. K. m. 69 un son fıkralarının hazfedilmeden kalması vazıkanunun gafletinden başka bir sebebe müstenit değildir. Bu fıkralar kanundan silinse idi bir faidesi de şu olacaktı ki bölünmez borcun borçtaşları arasında pasif teselsülün mevcudiyetinde kimsenin şüphesi kalmazdı, bu baptaki tereddütler de izale edilmiş olurdu. Her ne kadar mezkûr fıkralarda « teselsül » kelimesi geçmiyorsa da, kanunun vazettiği kaideler, hatta borçtaşlardan birine karşı müruruzamanın kesilmesi meselesine varıncıya kadar tamamen, teselsül kaideleridir.

FASIL VIII

Borçların Diğer neveleri.

ŞART, PEYAKÇESİ, ZAMANİRÜCU, ÜCRET TEVKİFİ, ŞARTICEZAI.

HULÂSA : Şart : tarifi; sarîh, zımnî, talikî, infisahî, müspet, menfi, tesadüfe bağı, isteğe bağı, muhtelit, lâgîv ve imkânsız şartlar. — Şartların hükümleri: Muallâk şartların hükümleri; tahakkuk eden şartın hükümleri; tahakkuk etmeyen şartın hükümleri. — Peyakçesi: tarifi; hükmü. — Zamanîrücü; tarifi; hükmü. — Şarticezai: tarifi; gayesi; mevzuu; hükümleri; mikdarı; hâkimin tenkis salâhiyeti.

I. — ŞART

A. — Umumî mülâhazalar.

Şart müessesesi hukukîyesinin gayesi, bir hukukî vaziyeti müstakbelin icaplarına uydurmaktır. Şarta müteallik kaidelerin borçlara ait hükümleri İ B K. m. 151 ilâ 157 de (T B K. m. 149 ilâ 155) mansustur.

Şartın tarifi. — Şart denince bundan, bir borcun vücudunu meşkûk bir hadisenin tahakkukuna talik eden bir rıza beyanı anlaşılmaq lâzımdır, (İ B K. m. 151; T B K. m. 149). Şuhalde, bu takdirde borç şarta bağıdır, ve mevzuu böyle bir borç olan akit te keza şarta bağı olur.

Nazarı dikkatinizi mühim bir noktaya celbetmek isterim. Borç şarta bağı olmak için bu şart borcun varlığına taallük etmelidir. Eğer şart borcun muhtevasına, veya borcun eceline taallük etmekte ise, ne borç ve ne de akit şarta bağı olmaz.

Misaller: Çiftçi A, bir Amerikalı müşteri olan B ye, mahsul bereketli olmak şartıyla iki ton kuruüzüm teslimini taahhüt ederse, muhakkak ki

bu akit şarta bağlıdır; zira burada şarta bağlı olan nokta satıcının borcunun varlığı ve vücududur.

Aynı çiftçi, gene o iki ton üzümü aynı alıcıya, hava yağışlı olmazsa 1 eylülde ve aksi takdirde daha sonra vermediği iltizam etmiş ise, bu teslim borcu şarta bağlı değildir; şarta bağlanan yalnız ecel ve vadedir.

Bağcı A, başka bir müşteri daha yüksek bir fiyat vermediği takdirde 10 ton ve aksi takdirde 5 ton üzüm teslimini taahhüt ederse, burada, borç kısmen şarta bağlı, kısmen değildir. A, 5 tonu vermeye mecburdur, bu miktar indelhace 10 tona çıkacaktır.

Bir akit birçok borçları tazammun edip te bunlardan yalnız bir tane-sinin vücudu şarta bağlı olursa o akit şarta bağlı olma mahiyetini muhafaza eder. Bilfarz bir satım aktinde bir taraftan satan için şarta bağlı olmayan bir teslim borcu, ve diğer taraftan alıcı için şarta bağlı bir tediye borcu mevcut olabilir. Nümune üzerine satımda hal böyledir. Bu ikilik çok vakidir; hatta bazı akitler bunsuz olmaz. Meselâ, bir sigorta aktinde sigortaettiren, o, akti şartsız akteder : sigorta primlerini ödemekle mükelleftir; sigortacıya gelince, o, borcunu ancak rizikonun tahakkuku ve bir zarar husule gelmesi halinde ve o şartla ödemeğe mecburdur. Binaenaleyh akit, sigorta ettiren için şartsız, sigortacı için ise şarta bağlıdır.

Bir aktin şarta bağlı olup olmadığını anlamak için, yalnız tarafların kullandıkları lâfız ve ifadelere itibar etmeyip onların akti inşa esnasındaki hakikî ve müşterek rızalarını araştırmak lâzımdır (B K. m. 18).

Filhakika, tatbikatta, hergünkü işlerde bir akit ve muamele zımında, ekseriya şart kelimesi fennî ve hususî bir manada kullanılmaktadır; şu itibarla ki, bir aktin heyeti umumiyesini tesbit eden hükümler bu tabirle gösterilip ifade ediliyor. Faraza, âkitler ekseriya satım deyince bundan menkul veya gayrimenkul satımının bütün şartlarını kastederler.

Vazukanun, alelâde bir fert gibi, şart kelimesini teknik olmayan bir manada kullanmıştır; l B K. m. 231 ve T B K. m. 227 ye bakınız. Binaenaleyh hertürlü ihtilâf ve suitefehhümü bertaraf etmek için, şartın, akitte tasrih edilmesi şayanı tavsiyedir.

Zimnî şart:

Şart, taraflarca zımnen kabul edilmiş te olabilir. Gelecekteki bir hadisenin tahakkukundan, ancak bu andan itibaren borç itibaren borc altına girmeyi murat ettikleri hertürlü şüpheden ari ve mutlak surette mec-

zum olursa vaziyet budur; yeter ki mezkûr hadise meşkûk olsun, şu surette ki, bunun ademitahakkuku ihtimali taraflarca tezekkür edilmiş, hesaba katılmış olsun. Buna bir misal verelim :

A, B ye kefil olmuştur; fakat kendisi alacaklı olan C ile beraber bir şeyi daha nazara almışlardı, o da, D ile E nin de borçluya kefil olmasıdır. Bu vaziyette A nın kefaleti zımnî bir şarta mukarindir. Zira bu kefaletin, aynı deyne D ile E nin de kefil olmaları şartıyla vaki olduğuna alacaklı C nin vukufu vardır; İ B K. m. 497 § 3 ve T B K. m. 488 son fıkraya bukınız.

Fransız hukukunda, şart, ikitaraflı akitlerde zımmen daima mevcut farzolunur; şu manada ki, bir taraf borcunu ifa etmediği veya şartın tahakkukuna mani olduğu takdirde diğer taraf akitten rücu edebilir. Bu şekilde zımnî şart İsviçre ve Türk hukukunda kabul olunmamıştır. Bizde, ikitaraflı bir akitte taraflardan biri ifadan imtina etti mi, diğer taraf, mülzemiyetten kurtulmak veya zararuziyan istemek üzere, doğrudandoğruya ademiifa def'inde bulunabilir; yoksa şartın ifa olunmaması def'ini dermeyan etmez.

Keza, gelecekteki bir hadise tarafların vaziyetlerini tadil edici olmakla beraber, bu hadise, tarafların düşünemeyecehleri kadar gayritabiî, gayrimemul ve normal vakayiin o derece haricinde olursa burada da zımnî bir şart kabulüne imkân yoktur. Böyle bir hal hudusunda, B K. m 24ün 2ci fıkrasının tatbikini istilzam eden bir «aktin esaslarında hata» mevcut olabilir. Binaenaleyh şartın esaslı unsuru, daima, borcun binefsihi vücuduna müteallik ve müessir olan bir meşkûk hadisedir. Gelecekteki hadise üzerindeki şu meşkûkiyetin afakî olması lâzımdır; hadisenin, taraflardan yalnız biri veya her ikisi için meşkûk olması kâfi değildir. Şart mevcut olabilmek için, onun muallâk bulunduğu hadise, haddizatında meşkûk olmak iktiza eder. Bir misal ile tavzih edelim:

A ile B, hakikatte Rubens tarafından yapılmış bir tablo hakkında bir satım akti inşa ederken, hakikate vâkıf olmayan âkitler mukavelelerine « tablo Rubens'in eseri olacaktır » şartını ilâve etmiş olsalar, yaptıkları şu akit, şarta bağlı bir akit sayılmaz. Tablonun Rubens tarafından yapılmış olması keyfiyeti müstakbel bir hadise değildir; çünkü objektif olarak meşkûk değildir.

Buna mukabil, taraftar, Rubens'in teşhis olunmamış bir tablosu üzerinde « bunun Rubens'e ait olduğunu bir ehlivukuf takdir edip söyleyecektir » şartı ile bir satım aktederlerse, buradaki akit şarta bağlı olur,

çünkü bu satım pek âlâ müstakbel ve meşkûk bir hadiseye merbuttur ki o da yaptırılacak ehlivukuf muayenesinin vereceği neticedir.

Eğer borç mutlaka olacak veya mutlaka olmayacak bir hadiseye bağlı ise, gene şart yok demektir. Bu takdirde, meskûkiyet unsuru keza mefkuttur.

Şartın vade ile münasebeti :

Şartı, vade ile karıştırmamak icap eder. Vade, akitte dermeyan olunan bir hükümdür ki onunla taraftar, bir hukukî hükmün husulünü veya ortadan kalkmasını muayyen bir zamana muzaf olarak isterler. Vade, aşağıdaki misalde olduğu üzere, muayyen bir gün gösterilerek doğrudan doğruya tesbit olunabilir:

A'nın, 1000 balya tütününü 1 teşrinisanî 1925 te teslimi taahhüt etmesi gibi.. Burada vade doğrudan doğruya tesbit olunmuştur.

Bir de, vade, mutlaka vuku bulacak bir hadiseye atfedilere, dolayısıyla tayin olunur : Misali:

A, gelecek hasadın idrakinden sonra tütün vermeyi taahhüt etmiştir. Bu misaldeki gelecek hasadın sonu bellidir; yalnız bunun tastamam hangi tarihte vaki olacağı bilinmiyor.

Vade, müstakbel bir hadiseye, fakat müddeti gayrimuayyen şekilde matuf olursa, bu, şart olur. Meselâ: A, bir tellala tellallığını yapıp bitirdikte bir kumüsyon ücreti vermeği iltizam ederse... Bu misalimizde, borç meskûktür; simsara borçlu olunan kumüsyonun ecelini tesbit etmek mümkün değildir; zira bu tellalın işinde muvaffak olacağı muhakkak değildir. Kumüsyon, şartın ayrılmaz bir cüz'üdür.

Taraflar şarta bağlı bir akit yaptıkta, borç ve şartı için ayrı ayrı rıza beyanında bulunmuş olmazlar; belki onların rızaları küll halinde « şarta bağlı borca » taallûk eder. Bunun neticesi şu olur ki, bir akitteki şartı tanıma zemininde sonradan yapılan anlaşma mahiyeten, bir aktin tadili hükmünde olup, bu itibarla, aynen iptidadaki aktin tâbi olduğu şekil ve rasimlere tâbidir, meğer ki şart borçluyu ibra maksadıyla koşulmuş ola, bu takdirde İ B K. m. 115 tatbik olunur. (1)

(1) İsviçre Borçlar kanununun 115 ci maddesinin bizim kanunumuza alınmadığını eserin baş tarafında bilvesile söylemiş ve bir tercümesini not olarak sahife altına tahşiye etmiştik. M. O.

Şartın, tarafların rızalarının tarzına göre taksimi: Talikî ve infisahî şartlar:

Tarafların, borcun vücudunun gelecekteki ve meşkûk bir hadiseye muallâk olmasını isteme *tarzlarına* göre şartı ikiye ayırırlar. Bu iki nevi şart şunlardır: 1^o) *Talikî şart*, 2^o) *İnfisahî şart*.

Taraflar, meşkûk bir hadiseye borcun isbat ve ihdasını, veya tadilini muallâk bulundurmuş olurlarsa, bu şarta talikî şart denir.

Taraflar, meşkûk bir hadiseye, mevcut bir borcun infisahını yani ortadan kalkmasını talik etmişlerse buna da infisahî şart itlak olunur.

Tarafların bir akti talikî şart ile mi yoksa infisahî şart ile mi yapmış olduklarını anlamak meselesini, âkitlerin mefruz rızalarını da nazara alarak şerhlere göre halletmek lâzımdır. Bilfarz şöyle bir misal ele alırsak:

A, matlup bazı vasıfları haiz olmak şartıyla 100 kilo deri satın almış.. Burada kabul edilmelidir ki, malların müşterice matlup vasıflara uygun olmasına muallâkan meşrut, yani talikî şartlı bir satım akti vardır.

Talikî bir şarttan ihticaç etmek isteyen taraf onu ispat ile mükelleftir.

Şartın, hadisenin mahiyetine göre taksimi:

Bir borcun vücudunun muallâk olduğu meşkûk hadisenin *mahiyetine* göre, şart beşe taksim olunur: 1^o) Müspet şart, 2^o) menfi şart, 3^o) tesadüfe bağlı şart, 4^o) isteğe bağlı şart, 5^o) muhtelit şart.

1^o) Müspet şart:

Müspet şart, bir borcun varlığını gelecekteki bir hadisenin vukuuna talik eden şarttır. Binaenaleyh bu şart, tarafların akitleşirken içinde buldukları hukukî vaziyetin değişmesini müeddi olur. Meselâ:

A nın, vekil veya elçi olduğum takdirde şartını koyarak bir gümüş takımı satın alması gibi.

2^o) Menfi şart:

Gelecekteki bir hadisenin vuku bulmamasına taallük ederse buna menfi şart derler. Şu halde menfi şart, tarafların aktin inşası esnasındaki vaziyetlerinde bir değişiklik husule getirmez. Misal:

A, iki sene müddetle bir apartman kiralar, ve İstanbulu terketmek mecburiyetinde kalırsa icarı her zaman feshetmek hakkını mahfuz bulundurur.

Bu misalde, kiracı İstanbulu terketmediği müddetçe icar akti devam eder. Binaenaleyh bu şart menfi bir şarttır.

3^o) Tesadüfe bağlı şart [1]:

Borcun mevcudiyetinin muallâk bulunduğu hadise tarafların rıza ve iradelerine bağlı olmazsa buna tesadüfe bağlı şart derler. Bilfarz, bütün kazaya karşı sigorta akitlerinde tesadüfe bağlı bir şart mündemiçtir; sigortacının borcu, bittabi tarafların iradelerinden hariç bir kazanın vukuuna vabestedir. Bu nevi şartın bir misaline daha, vahibin rücuuna müte-dair olan İ. B. K. m. 247 (T. B. K. m. 242) de tesadüf olunur. Misaller:

A, Beye bir altın saat bağışlar, fakat B kendisinden evvel ölürse mevhup saati geri alacağını şart eder.

A, beye kefil olur, fakat C nin de kefil olması şartıyla..

Bu son misaldeki şart ta tesadüfe bağlı şarttır, zira bir üçüncü kimse-nin rıza ve iradesine tâbidir.

4^o) İsteğe bağlı şart [2]:

İsteğe bağlı şart, ya iki tarafın veya bunlardan birinin arzu ve irade-sine bağlı olan bir hadiseye taallük eder. Meselâ, A, C ile evlenmek şartıyla B ye çeyiz (cihaz) verirse, buradaki şart B için isteğe bağlı bir şart olur; zira C evlenmeğe razı olduğundan onu alıp almamak B nin elindedir.

Diğer bir misal:

A, B ye bunun da herhangi bir hibede bulunması şartıyla bir ev bağış-

[1] Condition casuelle.

[2] Condition potestative.

lasa, şartın tahakkuku B nin meramına bakar; binâberin bu isteğe bağlı bir şarttır.

İ. B. K. m. 413 § 2 (T. B. K. m. 405 § 2) mucibince tellallıkta da hal böyledir. Misal:

A, kendisine ucuz bir otomobil satın almayı temin etmek şartıyla B ye 100 fr. vaadetse, şartın tahakkuku B nin göstereceği faaliyete vabes-tedir.

B. K. m. 8 de mevzuubahs olan alenî vaatler (ilân suretiyle vuku bu-lan vaatler) için de vaziyet bu merkezdedir. Meselâ, Profesör Sauzer Hall'in, en iyi tezi yapacak hukuk talebesine 1000 lira vaadetmesi gibi.

İsteğe bağlı şarttan *sırf isteğe bağlı şartı* ayırdetmek iktıza eder. Sırf isteğe bağlı şartta borcun vücudu bir tarafın iradesine bakan bir müstak-bel hadiseye değil, taraflardan birinin doğrudandogruya iradesine bağlıdır. Böyle sırf isteğe bağlı bir şarta bağlı borç hakkında, doktrinde uzun uzadıya münakaşalar yapılmıştır. *İsviçre Federasyon Mahkemesinin* bu baptaki içtihadı bölümlüdür. İptidaki içtihadı göre, sırf isteğe bağlı şart, tarafların birbirine uygun rıza beyanı mefkut olmak mülâbesesiyle borcu iptal ederdi. Hali hazırda İsv. Fed. Mahkemesi bu meselede, aktin birta-raflı veya ikitarafli oluşuna göre bir tefrik gözetmektedir.

A. — İkitarafli akitlerle isteğe bağlı şart muteberdir. Bilfarz A ile B bir kumaş satımı zımında B nin eğer isterse bir ay içinde akitten rücu edebileceğini şartetseler... Böyle bir borç, B nin akitte devam etmeyi istememesinden ibaret bulunan sırf isteğe bağlı bir şarta muallâk olmasına rağmen caiz ve muteberdir. Bundan şu netice hasıl olur : Bu akitte A kat'i ve nihai olarak bağlanmıştır; B ise öyle değil.. Bu va-ziyet ile, akte takaddüm eden muameleler arasında bir müşabehet göze çarpar: Filhakika, akitten evvel, icabı yapan bununla bağlı kalır; halbuki muhatap, kabul edinceye kadar serbesttir; yani görülüyor ki muhatap ka-bul edinceye kadar serbest olduğu halde mucip icabı ile bağlıdır. Bu iki hukukî vaziyet arasındaki fark şundan ibarettir ki sırf isteğe bağlı şartlı akitte iki tarafın rızası mevcuttur; halbuki bir aktin ihzarî muamelelerinde iş böyle değildir. Binaenaleyh, B nin şartı ifa sadedindeki beyanı bir icabın kabulü olayıp, belki, borcun varlığı ona bağlı olan yeni ve müs-takbel bir hadisedir. Bu cihet, şekle bağlı akitlerde pek ayan ve aşikâr-dır. Meselâ, bir gayrimenkul satımı muteber olmak için, rıza taatisi resmî senet şekli altında yapılmak muktazidir; fakat sırf isteğe bağlı bir şartı

tahakkuk ettirmek zımında yapılacak beyan hiçbir şekle tabi olmaksızın yapılabilir.

B. — Birtarafli akitlerde, İsv. Fel. Mahk, içtihadına nazaran, sırf isteğe bağı şart makbul değildir. Sebebine gelince, burada hiçkimse bir borç ile bağı değildir. Bu takdirde tarafların rıza beyanları basit ihzarî muameleler kıymetinde kalır. Bilfarz : A, bir müddet daha hibeyi yapmaktan vaz geçmek hakkını muhafaza etmek kaydiyle B ye bir şey bağılarsa... bu bir hibe değil, belki, ilerideki bir hibeye müteferri basit konuşmalardan ibarettir.

5^o) Muhtelit şart :

Muhtelit şart o nevi şarttır ki, orada, borcun vücudunun muallâk tutulduğu hadise aynı zamanda hem tarafların rızasına hem de tesadüfe veya bir üçüncüşahsın rıza ve iradesine bağıdır. Bir misal tertip edelim:

C evlenmeye razı mı değil mi, bu belli değilken, A, Bye adı geçen C ile evlenme şartıyla bir ev bağılarsa, bu bağılama bir muhtelit şart ile mukayyettir; zira mezkûr hibe aynızamanda hem taraflardan birinin hem de C nin yani bir üçüncüşahsın iradesine muhavveldir.

Memnu şartlar :

Şart, gayrimuhik veya gayriahlâki bir gayeyi istihdaf etmemek mukta-zidir. Keza şartın hedefi, imkânsız bir fiil de olmamalıdır. Şart böyle haksız, ahlâksız veya imkânsız bir seciye ve mahiyeti haiz olunca B K.m. 20 hükmünce bunu ihtiva eden borç batıldır.

Kararsızlığı ve tereddüdü mucip şart [1]

Şart, gayesi haksız, ahlâksız veya imkânsız olmayıp ta, sadece, yapılan rıza beyanı ile telifi mümkün olmayan bir hadiseyi tazammun ederse, buna *kararsızlığı ve tereddüdü mucip şart* derler. Misal:

Sigara tabakamı satın almanızı şart koşarak onu size hibe etmem gibi...

Şu misalde, şart ile benim rıza beyanım arasında mübayenet ve tenakuz vardır. Bu şart tereddüdü mucip ve şaşırtıcı (preplenxe) mahiyeti haizdir; bu itibarla sadece *gayrisahih* addolunur.

[1] Condition perplexe.

Borçlar hukuku haricinde şart:

Şart, yalnız borçlar hukukuna ait münasebetlerde değil, bütün hukukî tasarruflarda mümkündür. Meselâ, A, B yi borçtan ancak şu veya bu tasarrufun husulü ile meşrut olarak ibra edebilir. Bunun gibi, şart, ölüme bağlı tasarruflarla da caizdir; bir vasiyette şarta bağlı olarak mirasçı nasbı muteberdir; bazı emniyete müstenit müesseseler (institutions fidei - commissaires), bu yoldaki ikame akitleri zarurî olarak şarta bağlıdır (İ K M. m. 488 ; T K M. m. 468 ve mabaadi), ve iki türlü, hem infisahî hem talikî olarak şarta bağlı olurlar. Misal:

A, vefatı halinde mirası C ye nakletmek şart ve mükellefiyeti ile B yi mirasçı nasbeder. Burada C nin hakkı talikî bir şarta bağlıdır, o da B nin vefatıdır. C ancak B nin ölümü ile, A nın mirasçısı olacaktır. Diğer taraftan B nin hakkı infisahî bir şarta mukarindir, o şart ta C nin sağ kalması yani B nin ondan evvel vefatıdır.

Şarta gelmeyen tasarruflar:

İstisnâî olarak bazı hukukî tasarruflar vardır ki onlar asla şarta bağlı olamazlar. Sebebi şudur: şart onların mahiyetine o kadar münafidir ki butlanı müddei olur. Aile hukuku münasebetlerinin çoğunda böyledir; bilfarz evlenme, şarta bağlı olarak aktolunamaz. Keza miras hukukuna ait bazı müesseselerde de vaziyet bu merkezdedir; meselâ, bir mirasın reddi gibi..

Şartın caiz olmadığı bazı aynî haklar da vardır. Meselâ, tapu sicilline kayıt hiçbirvakit şarta bağlı olamaz. Bu, kanunda doğrudandogruya yazılı değildir. (İ B K. m. 157; T B K. m. 155). İpotekli borç senedi ve irat senedi bir şartı ihtiva edemez (İ B K m. 854; T K M. m. 823).

Kanun, menkul tesliminin şarta bağlanıp bağlanamayacağı hususunda tamamen sakittir. Maahaza, umumî bir surette, bunun cevazını kabul etmelidir. İ B K. m. 924 (T K M. m. 892) mucibince, bir şeyin zilyetliği teslimsiz iktisap olunabilir. Zilyetlik teslimsiz iktisap olunabilince, talikî şarta bağlı teslim ile iktisap ve infisahî şarta bağlı teslim ile de izaa olunabilmelidir. Bu, yalnız bir yerde kabil değildir, o da İ K M. m. 715 (T K M. m. 688) de mevzuubahs olan mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tescil edilmemiş olması halidir. Binaenaleyh, mülkiyeti muhafaza mukave-

lelerinde, teslim, sicilli mahsusuna kayıt düşülmek sayesinde, fer'i zilyetliğin naklini müeddi olur. Bu takdirde, teslim, mülkiyeti muhafaza mukavelesine muallâkan meşruttur. Misal :

Her ay taksiti verilmek üzere B ye sattığı teslim ettiği mobilye üzerinde A mülkiyetini taksitler tamamen ödeninceye kadar muhafaza ve bunu sicilline kaydettirmiş ise, B vaki olan şu teslimden istifade eder; fakat bu teslim, kendisinin taksitleri muntazam surette tediye etmesi şartına talik edilmiştir. Şayet mülkiyeti muhafaza mukavelesi mahsusı sicilline kaydedilmemiş ise, o zaman B teslim olunan mobilyenin derhal asli zilyet ve maliki olur; ve teslimin mülkiyeti muhafaza mukavelesinden mütevellit şartı kıymetten düşer. Hulâsa, mülkiyeti muhafaza mukavelelerinde, menkul teslimine mütedair talikî şartın mümkün olması mezkûr mukavelenin sicilli mahsusuna kaydedilmiş olmasına mütevakıftır. Tescil yoksa, mülkiyet, şeyin teslimi ile beraber alıcıya geçer; ve mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükmü, tesiri kalmaz.

Yukarıda saydıklarımızdan başka, şart bir de akitlerin feshinde, akitten rücuda, ve takasta caiz değildir. Şart, bu kabîl hukukî tasarruflarla gayrikabilitele görülmektedir. Sebebine gelince, şundan ibarettir : Bu tasarruflarda şarta mesağ vermek, akitte karşıtarafı tamamen tereddüt ve kat'i yetsizlik içinde bırakmağa bâis olur.

Beyyine külfeti :

Bir akitte bir taraf bunun şarta bağlı olduğunu ve diğer taraf bilâkis böyle olmadığını iddia ettikte ispat külfetinin kime terettüp edeceği meselesi büyük ihtilâflara yol açmıştır.

İnkâr veya nefiy nazariyesi (1) denmekle maruf olan bir nazariyeye göre, talikî şart mevzuubahs ise, şart olmadığını iddia eden taraf bunu ispat ile mükelleftir, Meselâ, müddei A, müddeaaaleyh B yi bir satım aktinin ifası zımında takip ederken B, satımın talikî şarta bağlı olduğunu dermeyan ederse, nefiy nazariyesine göre, şart olmadığını ispat A ya teveccüh eder. Bu nazariye Alman mahkemelerinin içtihatlarına hâkim olduğu gibi bazan İsviçre içtihatlarına da müessir olmaktadır.

Defi nazariyesi (2) denen ikinci bir nazariye salikleri ise: şart, katî,

(1) Théorie de la négative.

(2) Théorie de l' exception,

ve nihai bir hukukî vaziyetin teessüsüne mani teşkil eden bir hadisedir; binaenaleyh şartı kim dermeyan ederse o (yukarıki misalimizde; müdde-aleyh B) ispat etmelidir diyorlar.

Birinci nazariye, İsviçrede, Von Thur tarafından terviç ve müdafaa olunmaktadır. Şahsan ben ikinci nazariyeye taraftarım; bence, T K M. m. 6 nın (I K M. m. 8) mutlak ve sarih hükümleri karşısında bu ikinci nazariyeye ittiba etmek bir emri mütehattim gibidir.

Buna mukabil, infisahî şart hususunda herkes müttefiktir: İnfisahî şartta ispat bunu dermeyan edene düşer; çünkü burada şart o şahsın doğrudandoğruya borçtan kurtulmasına müessirdir. Esasen böyle olması da mezkûr 6 cı maddenin bir neticesidir.

B. — Şartların hükümleri

Şartın hükümlerini ölçmek için, onun *muallâk veya askıda* (1), *mütehakkık* (2), ve *garimütehakkık* (3) oluşuna göre bir tafsil ve tefrik yapmak iktiza eder.

Şart, tahakkuk etmediği, ve asla da tahakkuk etmeyeceği muhakkak bulunmadığı müddetçe muallâk veya askıdadır.

Borcun sübutunun merbut olduğu meşkûk hadise tahakkuk etmiş olursa buna mütehakkık şart denir.

Nihayet, şart tahakkuk etmemiş ve artık asla tahakkuk ta etmeyeceği muhakkak bulunmuş olursa buna garimütehakkık şart ıtlak olunur.

1. — Muallak şartın hükümleri

A. — Muallâk veya askıda talikî şart :

Talikî şarta bağlı borç henüz ayrı bir borç olarak mevcut değildir. Taraflar şu manada bir bağlanışla bağlanmışlardır ki aktin müessiriyeti bundanböyle artık şartın tahakkukuna bakar; şu veçhile ki âkitlerden hiç-

(1) Condition pendante ou en suspens.

(2) Condition accomplie.

(3) Condition défaillie.

birinin, evvelce yapılmış rıza beyanını geri alarak borçtan sıyrılmağa hakkı yoktur. Taraflar, akitten çıkacak hakkı beklemek mevkiindedir. Binaenaleyh, şarta bağlı borçlar taraflar arasında hukuki münasebet tesis etmez değil, ancak daha ne alacaklıya kendi lehinde bir iddiada bulunmak hakkını verir, ve ne de borçlu aleyhine henüz bir mükellefiyet tevhit eder. Alacaklı, borçludan borcun ifasını isteyemez; borçlu henüz buna mecbur değildir; ödediğini alacaklıdan talep edebilir. Borca müteallik müruruzaman cereyan etmez; takas mümkün değildir.

Böyle olmakla beraber, kanun, talikî şarta bağlı borca bazı hükümler atfetmektedir: Böyle bir borç için kefalet, ipotek, veya rehin vermek caizdir. Borçlunun iflâsı halinde [1] bu borç ta sairleri gibi borçlunun verecekleri meyanına kaydolunur; yalnız masa hissesi alacaklının eline verilmez; şartın tahakkuk edip etmiyeceği anlaşılacak zamana kadar resmen depo edilir; şart tahakkuk etmezse alacaklı hiçbir şey almaz, depo edilen paralar, masaya dahil bütün alacaklılara yeniden paylaştırılır [2].

Alacaklının haiz olduğu şarta bağlı hak onun mamelekine dahildir; binaenaleyh kanunî olsun mansup olsun mirasçılarına geçer; temlik olunabilir. Şuhalde alacaklının, velev meşkûk olsun, haklarının tehlikeye duçar edilmemesinde menfaati vardır; bu maksatla, kanun, derhal ifa ile mükellef olmayan borçluya, borcunun ileride ifasına mâni olabilecek şeyleri yapmamak vazifesini yükletmiştir (T. B. K. m. 150; İ. B. K. m. 152).

Misal:

A, Şarta bağlı bir satım akti ile B ye bir at satmış olsun. Burada A'nın birtakım mükellefiyetleri vardır: atı başkasına satmamak; bağışlamamak; fena bakımla onu kıymetten düşürmemek; faraza at cins bir yarış veya binek hayvanı ise ağır çekim hizmetlerinde kullanmamak, vesaire gibi...

Görülüyor ki borçlu, şarta bağlı borcun mevzuunu teşkil eden şeyin muhafazası için hertürlü tedbirleri almakla mükelleftir; kendisi, T B K. m. 98, İ B K. m. 99 mucibince, bubaptaki her kusurdan mes'uldür. Bütün talikî şartlarda ve hatta isteğe bağlı şartlarda bile bu böyledir; gerçi isteğe bağlı şartlarda şartı tahakkuk ettirmemek taraftardan birinin ve meselâ borçlunun elindedir, fakat buna rağmen vaziyet gene aynıdır.

[1] T. İc. ve İf. K. m. 192 § 1 e bakınız.

[2] T. İc. ve İf. K. m. 252 § 2 ye bakınız.