

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 ders senesi esnasında

Mr. C. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde takrir edilmiştir.

Mütercimi : MEHMET OSMAN

— Geçen nüshadan mabaat —

Şayet akit tamam ve münakit olmuş, yani, isteğe bağlı şart tahakkuk etmiş ise, kusuru ile borcun mevzuunu teşkil eden şeyin kıymetine halel iras etmiş olan borçlu, alacaklıya bundan terettüp eden bütün zararları tagmin ile mükelleftir. Bu mes'uliyet, kanunun emredici hükümlerinden değil tefsir edici hükümlerindendir; hilâfına mukavele caizdir; binaenaleyh taraflar, şarta bağlı aktin mahsusî bir maddesi ile bunu bertaraf ve hükümden ıskat edebilirler.

Şarta bağlı borç bir tasarrufun neticesi oldukta, yani şarta bağlı bir temlik, şarta bağlı bir ibra, veya şarta bağlı aynî hak teslimi mevzuubahs oldukta, yukarıda zikrettiğimiz bu muhtelif kaideler hakkında bazı tavzihler yapmak iktiza eder. Bütün bu hallerde, matlûbun temlikinden, ibradan, teslimden istifade eden şahıs, tıpkı şarta bağlı akitlerde olduğu gibi, intizar mevkiindedir, ona beklemek düşer.

Bir alacağı şarta bağlı olarak temellükeden, şart muallâk ve askıda olduğu müddetce, bir alacaklı değildir; maahaza, borçlunun iflâsı halinde, temlikedenin yanında mezkûr temellükedene de alacağını masaya kaydetmek hakkı tanınmıştır; temlik olunan bu matluba ait olarak masadan hasıl olacak hisse — şartın tahakkuk edip etmemesine göre — ya temellükedene ya temlikedene verilir.

Borçtan şarta bağlı olarak ibra olunan borçlu, henüz bununla bera-
et etmiş olmaz; böyle olmakla beraber, şartın tahakkuk ve ademitahak-
kuku malûm olmadan kendisi ödemeye icbar olunamaz.

Bir şeyi şarta bağlı bir teslim ile iktisap eden kimse, henüz malik de-
ğildir; şeyin semere ve menfaatleri üzerinde hakkı yoktur; teslim olunan
şeyde tasarruf edemez; fakat bu şey kendisinden gaspolunursa istihkak
iddia edebilir, çünkü kendisi bir hukukî intizar ve bekleme halindedir,
bu vaziyetten müstefittir. Misal :

A , B den bir menkul satın almıştır; fakat B bu şeyi A ya ancak şu
veya bu hadise vuku bulmak şartına bağlı olarak ve muteber şekilde mü-
seccel bir mülkiyeti muhafa mukavelesi tahtında teslim etmiştir, yani tes-
lim talikî şarta bağlıdır.. İmdi, A nın, B nin şeyinin semere ve menfaat-
lerine hakkı yoktur; bu şeyi satamaz; lâkin bir üçüçüşahıs C bunu ken-
disinden gasbederse A onun aleyhine tıpkı hakikî bir malik gibi dava
açabilir.

Bu hukukî vaziyetten şu hasıl olur ki, bir şeyi veya bir hakkı şarta
bağlı olarak tasarruf etmiş olan kimse, şart muallâk ve askıda olduğu
müddetçe, ancak, bu alacak temlikinden, ibradan veya menkul tesliminden
müstefit olan şahsın hakları ile mahdut bir hakka malik olur; başka bir
ifade ile: şarta bağlı tasarrufta bulunan kimse, uhdesinde, ancak başka-
sının hakkı ile mahdut ve mukayyet bir hak muhafaza etmiş olur. Binaen-
aleyh, bu mutasarrıf şartın tahakkuku ile hakkını veya şeyini kaybetmek
tehlikesine maruzdur. Eğer mutasarrıf bir teslime, bir temlike veya bir
ibraya mevzu teşkil etmiş olan bu aynı şey veya hak üzerinde başka ta-
sarruflar yapacak olursa, bunlar, talikî şart mucibince onun haiz olduğu
haklara maksur kalır; maadasına tecavüz etmez. Tasarrufu yapan için
böyle olduğu gibi, bundan müstefit olan şahıs ta, ancak, şart ile mahdut
olan hakları iktisap edebilir. İşte bu vaziyeti nazarı itibara almak netice-
sidir ki T. B. K. m. 150 § 3 ve İ. B. K. m. 152 § 3 te şu yolda bir hüküm
sevkolunmuştur: « Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlikî her tasarruf,
şartın hükümlerini ihlâl ettiği nisbette batıl olur . »

Temlikedenin, temellükedenin, veya malikin sonra yaptıkları yeni tasar-
ruflar iptida muteber olup ancak, şart ilk hak sahibinin lehine olarak ta-
hakkuk edince müessiriyetleri kalmaz. İkincisi, ancak birinci hak sahibi-
nin haklarını ihlâl etmediği nisbette hakka nail olur. Birkaç misal, vazi-

yeti kavramaya elverir:

a) Semeninin tamamen ödenmesi şartına kadar mülkiyet kendi uhdesinde mahfuz kalmak üzere ve şu mülkiyeti muhafaza mukavelesini de usulen tescil ettirerek A, B ye bir mücevher satmış, farzedelim.. Şimdi, A, aynı mücevheri bir de C ye satarsa, talikî şart bir kerre tahakkuk etti mi, C ile yapılan akit hükümden düşer, batıldır; zira bu akit, mücevheri talikî şartla iktisap etmiş olan B nin, yani birinci hak sahibinin hakkını ihlâl etmektedir.

b) A, rehin olarak B ye talikî şartla bir saat tevdi etmiş.. sonra da bunu tutup C ye satmış, diyelim. Bu misalde şart tahakkuk edip te B, A nın şeyi üzerinde kat'î bir rehin hakkı iktisap etse de C ye yapılan satım gene mer'î ve muteber kalır, çünkü bunun mürtehin B nin hakkını ihlâl eder tarafı yoktur; filhakika şartın tahakkuku ile B malik olmamış belki sadece rehinli alacaklı olmuştur; netice: A nın C ile sonradan aktettiği satım B nin hakkında müessir olmadığı cihetle sahih ve muteberdir.

c) A, şarta bağlı bir rehin mahiyetinde olarak B ye bir elmas vermiş, ve müteakiben aynı elmas üzerinde bu sefer C lehine ikinci bir rehin hakkı tesis etmiş, olsun.. İkinci rehin muteberdir; zira, B nin şartın tahakkuku ile katileşen rehin hakkı bununla müteessir olmaz; çünkü sıra itibarıyla C nin rehin hakkı B ninkinden sonra gelir.

Alacaklının, haklarını ikinci defa temlik veya bu alacağı başkasına devretmesi hallerinde, mezkûr 150 ci maddenin 3 cü fıkra hükmü, bu gibi şarta bağlı alacak temliklerinde büyük bir ehemmiyeti haiz olur.Şayet alacağını şarta temlik etmiş bulunan alacaklı bunu borçludan henüz şart askıda iken istifa ederse, bilâhara şartın tahakkuku halinde, temellükeden, borçludan ikinci defa tediye talebinde bulunabilir. Keza borçlu, henüz şart muallâkta iken, alacağı temellükedene ödemiş olup ta sonradan şartın tahakkak etmediği ve etmiyeceği anlaşılırsa bu sefer temlikeden (alacaklı) ondan borcun ikinci defa kendi eline ödenmesini isteyebilir. Söylemeğe hacet yoktur ki T. B. K. m. 165 (İ. B. K. m. 167) hükmü mahfuzdur.

Binaberin, şart askıda olduğu müddetçe borçlunun temlik edilmiş alacağı T. B. K. m. 166 (İ. B. K. m. 168) mucibince mahkemeye tevdi etmesi tavsiyeye şayandır.

Şarta bağlı olarak devrolunmuş bir hak, temlikedenin alacaklıları tarafından haczolunabilir; fakat cebri icra mezkûr şahsın haiz olduğu hakların maadasına tecavüz edemez, ancak onlara maksur olur. Şu halde, bu suretle haczedilen alacaklar iflâs masasına girerse de ancak temellükedenin şarta bağlı haklarının mahfuziyeti kaydıyla paraya çevrilebilir.

B. — Muallâk veya askıda infisahî şart :

Bir infisahî şart ile meşrut olan akit hemen muteberdir. Buna mukabil şartın tahakkuku ile beraber hüküm ve kuvveti zail olur. Bu keyfiyet T. B. K. m. 152 ve İ. B. K. m. 154 te yazılıdır. Burada da o müddet zarfında şartın tahakkuk edip etmeyeceği kestirilemeyen bir fasıla vardır. Bu aralık esnasında, evvelâ akit bütün hükümlerini şart yokmuş gibi husule getirir; diğer bir ifade ile, infisahî şarta bağlı akitte alacaklı, vadesi gelmişse, borçludan ödenci isteyebilir; matlup temlik edilmemişse, temellükeden doğrudandoğruya alacaklı olur; eğer infisahî şartlı bir teslim vaki olmuşsa, alıcı derhal malik olur.

Lâkin, T. B. K. m. 150 hükümleri, bir hak veya şey üzerinde infisahî şarta bağlı olarak yapılan tasarruflara da kıyasen tatbik olunmalıdır. Talikî şartta olduğu gibi, kıyasen infisahî şartta da, temellükeden veya malik ancak infisahî şarta bağlı haklar devredebilir. İnfisahî şart askıda olduğu müddetçe, bu tasarruflar muvakkaten muteber kalırlar; bir kere şart tahakkuk etti mi batıl olurlar. Pek tabiidir ki bu butlan, mezkûr tasarruflar şarta bağlı ilk tasarrufu ne nisbette ihlâl ediyorsa sadece o nisbette vaki olur; yani ikinci tasarruf, temlikedenin veya mutasarrıfın ilk hukukî vaziyetini iadeye mani bulunduğu nisbette hükümden sakıt olur. Misal:

A, evini infisahî şarta bağlı olarak B ye satmıştır; infisahî şart ta şayet « C ile evlenirsem evi geri alırım » sözünden ibaret .. Bu infisahî şartla satın alan B evi D ye kiraya vermiştir, ve A da C ile evlenmiştir, farzedelim. İnfisahî şart evlenme ile tahakkuk etmiştir, satım müfesihtir; B ile D arasındaki icar muteberdir, fakat evin ilk maliki A, bu icarla bağlı değildir; böyle olunca kendisi T. K. M. m. 892 § 3 ve İ. K. M. m. 924 § 3 e rağmen kiracı aleyhinde istihkak ve tahliye davası açabilir.

İnfisahî şarta bağlı alacak temliklerinde, borçlunun temellükedene öde-

mesi tehlikeden halî değildir. Meselâ, A, B zimmetindeki 10000 franklık bir alacağını infisahî şarta bağlı olarak C ye temlik ettikte; B borcunu C ye ödedikten sonra şart tahakkuk ediverirse hal müşkül olur; temlik infisah eder; bu takdirde B nin vaziyeti naziktir, hakikî alacaklısından başkasına ödemiş bir şahıs mevkiindedir. A, bu takdirde kendisinden alacağını ikinci defa olarak tediyesini isteyebilir. Binaenaleyh çok sayanı tavsiyedir ki borçlu B, temellükeden C ye, ancak A dan şartın tahakkuku halinde kendisinden hiçbir şey mutalebe etmiyeceğine dair taahhüt aldıktan sonra tediye bulunsun.

Borç, muayyen bir müddet içinde mutalebe edilmezse veya alacaklı bunun ifasını talep etmeksizin vefat ederse gibi kayıtlarla da taraflar arasında infisahî şarta bağlanabilir. Bu kabilden infisahî şartın bir misaline T B K. m. 493 ve I B K. m. 502 de tesadüf olunur.

Uzun müddetli yeni bir hukukî vaziyet ihdasına matuf akitlerde infisahî şart kesretle vakidir. İcar, hizmet, taahhüt ve iltizam akitleri, şirket, kaydıhayat ile irat, ve saire gibi ... Misal:

A, B isminde bir kadına evlenmemek şartı ile dulluğu müddetince kaydıhayatla bir irat bağlamış, diyelim. B, evlenirse infisahî şart tahakkuk eder, ve artık irat alamaz.

Böyle olmakla beraber, infisahî şart kısa müddetli akitlerde de yer bulur. Misal :

Çarşıya gidip bir halıya bakıyorum; pek hoşuma gitmiyor; bu sebepten onu o gün daha iyisini bulursam bundan vazgeçmek hakkım bakidir diyerek satın alıyorum. İşte infisahî şarta bağlı kısa müddetli bir akit!

Bir akit müteaddit borçları cami oldukta, infisahî şart ya bu borçların hepsini veyahut yalnız bir tanesini alâkadar edebilir.

Meselâ, A, ile B, aralarında, mütevaliyen teslim edilmek üzere büyük miktarda un satımı için bir akit yaparak, buna zahire borsasında fiatlar yükseldiği takdirde mukavele münfesih olacaktır şartını ilâve ederler. Böyle bir akitte taraflar, fiatlar yüselince ya bütün akit infisah edecektir, veya yalnız o parti teslim olunmayacaktır şekillerinden birini iltizam ve tercih etmişlerdir. Hangisini murat ettiklerini ancak onların müşterek ve birbirine uygun rızalarını araştırarak tesbit etmek kabildir; mezkûr infisahî şartın tefsirinde tutulacak yol budur; neticede, maksut olan şartın hangisi olduğunu bu suretle bulunan müşterek rıza gösterir.

2. — Tahakkuk eden şartın hükümleri

A. — Tahakkuk eden talikî şart :

Şartın talik edilmiş bulunduğu meşkûk hadisenin *vukuu* ile, şart, askıda olmaktan çıkar. Vuku mefhumuna gelince, bu, şartın mahiyetine göre değişir. Müspet şartlarda, hadisenin bütün vüs'atiyle tahakkuk etmesi lâzımdır. Şöyle bir misal alırsak :

Semenin tamamen tediyesine kadar mülkiyeti mahfuz olduğuna dair yapılan mukaveleyi usulen tescil ettirerek A, B ye taksitle birtakım mobilye ve eşya satmıştır; burada alıcı B, mobilyelere ancak şartın tamamen ve mutlak surette tahakkuk etmesiyle yani son taksiti ödediği anda malik olur; yoksa tediye ettikçe o nisbette mülkiyeti ihraz ve iktisap etmiş olmaz; yani borcunun meselâ yarısını ödemiş olmakla mobilyelerin yarısına sahip olamaz. Çünkü eksik bir şart, şart değildir.

İlân suretiyle vuku bulan vaitlerde (B K. m. 8), elde edilen netice sadece kısmî bir muvaffakiyet ise bedel hakkedilmiş, kazanılmış olmaz.

Menfi şartta, taraflarca nazara alınan hadisenin tahakkuk etmemesi veya eksik olarak tahakkuk etmesi lâzımdır. Tatbikatta, ekseriya, taraflar arasında bir şartın tahakkuk veya ademitahakkuku mes'elesi üzerinde ihtilâflar çıkar. Çokdefa taraflar, sözlerinin hakikî şumulünü idrak etmeksizin gelişigüzel ifadelerde bulunurlar; işin nereye varacağını hesaplamadan, akitleşirken gayrisahih şeyler söylerler; öyle ki, kullanılan tabirlerin harfiyen tefsirine gidilse, bu onların hakikî rızalarının tefsirine, hatta hüsnüniyete uymaz. *Meselâ*, sık sık görüldüğü üzere, taraflar hemen daima, rıza ve arzularına göre bir mukavelenin ne zamandan itibaren hüküm ifade edeceğini veya ne vakitten sonra hükümden sakıt olacağını gösterecek bir müddet tayin etmeği unuturlar, bunu meskût bırakırlar. Bazan hâkim, şartın makul bir müddet içinde tahakkuk etmesi lâzım geleceğini kabul edebilir; çünkü, hukuki vaziyet ilânihaye muallâk kalmaz. Bazan da, tarafların rızalarını tefsir ederek, şartın tahakkuku için âkitlerce zımnî bir müddet kabul edilmiş olduğuna hükmeder. Fakat, şartın mahiyetine göre daima bir tefrik gözetilmek iktiza eder :

A — Filhakika, taraflar sarahaten bir müddet tesbit etmemişlerse,

müspet şart, hernezaman olursa tahakkuk edebilir. Bu keyfiyet Fransız Kanunu Medenisinin 1167 ci maddesinde mansustur.

B — Menfi şart ise, ancak, bir hadisenin artık vuku bulmasına imkân kalmadığı zaman tahakkuk eder. Meselâ: borç bir şahsın yapacağı bir tasarrufa talik edilmişse buradaki menfi şart ancak onun ölümünden sonra tahakkuk eder.

C — İsteğe bağlı şarta gelince, bu, bir az karışık bir vaziyete bağlıdır. İsteğe bağlı şart, ancak şarta bağlı borcu bilerek, onu nazara alarak yapılan bir tasarruf ve muamele neticesinde tahakkuk eder. Bunu daha iyi izah için bir misal verelim ;

B nin de kendi tarafından bir hayır müessesesine bir meblâğ teberru etmesi şartı altında olarak A, ona bir arazi bağışlamış, ve B de esasen ondan evvel, yani şarta bağlı borcun doğumundan evvel, böyle bir teberruda bulunmuş olsa, mahza bununla, bu mütekaddim teberru ile isteğe bağlı şart tahakkuk etmiş olmaz.

Maamafih, şartın mevzuu bir üçüncüşahsa yapılacak atıfet kabîlinden bir şey olup ta o da bunu reddederse bu yoldaki bir isteğe bağlı şartı tahakkuk etmiş saymak muktazidir. Meselâ, C ile bir miras mukavelesi aktetmesi şartı ile A, B ye bir ev hibe ettikte: C, B tarafından bubapta vaki olan teklifleri reddederse, buna bakılmıyarak isteğe bağlı şartı tahakkuk etmiş itibar etmek lâzımdır.

İsteğe bağlı bir şartın akitte tayin olunan şahıs tarafından mı tahakkuk ettirilmesi lâzımdır, yoksa bunu bir üçüncüşahis ta, meselâ mümessil de yapabilir mi meselesinde tarafların rızalarını tefsir ederek karar verilmelidir. Bu mesele kanunda, yalnız miras hali nazara alınarak hallolunmuştur: İ. B. K. m. 153 (İ. B. K. 155) nassına göre, « Eğer şart, iki taraftan birinin bizzat yapması lâzım olmayan bir şeyin icrasından ibaret aise o tarafın vefatı halinde mirasçısı anın yerine kaim olabilir » .

Diğer ahvalde, şartın, taraflar beynindeki hukukî münasebetlerin hepsine, yani aktin heyeti mecmuasına, veyahut akitten imbias eden borçların yalnız bir tanesine taallük etmesine göre, mesleyi tafsile tâbi tutmak gerektir. Misal:

A, kendisinin Türkiyeyi terketmesi şartına bağlı olarak evini B ye satmış, ve onun zimmetinde semenden mütevellit alacağını da C ye tem-

lik etmiş,diyelim. C bu meblâğ için B nin alacaklısıdır. Fakat aşikârdır ki, mevzuubahs müspet şartı tahakkuk ettirecek olan Adır; çünkü, müşteri sıfatıyla B nin semeni ödeme borcunun ifası da dahil olmak üzere satımdan tevellüt eden bütün hukukî münasebetlerin ifası, matlubu temellükeden C ye değil munhasıran satıcı olan ve şartı koşan A ya vabestedir.

Buna mukabil, şart, aktin muhtevi oldağı borçlardan yalnız birine taallük etmişse, matlubu temellük edenin isteğe bağı şartı yerine getirmek hakkı teslim olunmalıdır. Misal:

A ile B, mülkiyeti muhafaza mukavelesini usulen kaydettirerek bir satım akti inşa etmişler. Görülüyor ki burada, menkul mebiin teslimi bir şarta, « semenin tamamen tediyesi » şartına bağı olarak vaki olmuştur. İmdi, eğer B, C ye mebi ile beraber satıcıya karşı haiz olduğı hakları devir ve nakletmişse, mephusünanh isteğe bağı şartı yalnız alıcı B değil, temellükeden (yani bu hakları temellük eden) C dahi tahakkuk ettirebilir.

Hulâsa, bir borcun şartını teşkil eden hadise tarafların murat ettikleri surette husule gelmelidir. Şart başlamamışsa tahakkuk etmiş değildir. Bir az evvel işaret ettiğim müstesnalar hariç olmak üzere, keza sart, akitte tayin olunan şahıstan başkası tarafından yapılmış olursa gene tahakkuk etmiş addolunmaz. Kaide olarak, şart tesadüfe bağı olmayan hallerde, taraflar bunu tahakkuk ettirip ettirmemekte serbestirler. Bu, mantıkıdır; çünkü taraflardan birinin veya her ikisinin şarta bağı borç takabbül etmekten garazları serbestii kararlarını tahdit olup, yoksa onu tamamen selbetmek değildir. Binaenaleyh şarta bağı bir borç deruhde eden borçlu, ademitahakkunu intaç ederek borçtan sıyrılabilir. Meseleyi bir *misalle* açalım :

Zevkıma uygun olma şartıyla 100 şişe şarap alıyorum. Düşünüyorum; bu şarapların beni ayyaş etmesinden korkuyor ve içkinin zevkıma muvafık olmadığını beyan ile akitten rücu ediyorum.

Bu kaidenin bir istisnası vardır, o da taraflardan birinin şartın tahakkukuna suiniyetle mâni olmasıdır. Şarta bağı borç altına giren bir borçlunun aktin icap ve cereyanına nazaran şartı beğendiği gibi akamete uğratmağa mezun olmadığı ahvalde vaziyet böyledir. Misaller:

Bana bir halı tedarik etmesi şartıyla birisine 100 lira vadetmiş isem, bu halıyı reddetmekle mezkûr şarta bağı borçtan yakamı kurtaramam.

Hizmetçime 500 lira adıyorum; fakat bir şartla: beş sene benim yanımdan çıkmıyacak. Dört buçuk senelik namuskârane hizmetten sonra

sebepsiz kendisine yol veremem; zira bu takdirde, şartın ademitahakkukunu suiniyetle ihzar etmiş olurum.

Bunun gibi, muayyen bir şahısla bir akit icrasına tavassut etmesi şartıyla bir tellala ücret vadeden kime, bilâhara bu aynı akti, o şahısla doğrudandoğruya ve aynı şartlar dairesinde bizzat aktederse hüsnüniyete aykırı hareket etmiş olur.

Buna mukabil, bir taraf şartın tahakkukuna mahza mühim birtakım menfaatleri korumak üzere mâni olmuş olursa bunda hüsnüniyet kaidelelerine muhalif bir cihet yoktur. Misal:

A, B yi hizmetine alır; B de, yapılacak işlerden hasil olacak kâra iştirak etme şartıyla bu hizmeti kabul eder. Şayet bilâhara ahval değişip işler yürümezse, A ticaretini tasfiye edebilir; çünkü bunu yaparken suiniyetle ve sırf B nin umduğu parayı vermekten kaçınmak için değil şahsi bir zarardan korunmak düşüncesiyle hareket ediyor.

TBK. m. 154 (İBK. m. 156) hükmüne göre, bir kimse şartın talik edilmiş bulunduğu hadisenin vukubulmasına suiniyetle mâni olunmuşsa şart tahakkuk etmiş sayılır. Bu suretle Kanun, eski Alman hukuku adiyesinden muktebes bir karine tesis etmiştir. Bu karine ve faraziyenin büyük muhassenatı vardır; ve suiniyetin neticelerini, B. K. m. 41 e müstenit bir zararuziyan davasından daha müessir bir surette bertaraf eder, bunlara daha iyi çaresaz olur. Mezkûr 156 cı maddenin hükmü aksine dahi tefsir olunmalıdır; binaenaleyh maddenin mefhumu muhalifine göre, bir âkit şartı suiniyetle tahakkuk ettirirse, buna tahakkuk etmemiş gözüyle bakılır.

Buna mukabil, şu aşağıdaki üç halde, mezkûr madde tatbik olunamaz:

1^o) şartın tahakkukuna taraftar hüsnüniyetle mâni olmuşlarsa;

2^o) hakkın suiistimali hali bertaraf, şayet şartın tahakkukuna taraflardan biri haiz olduğu bir hakkı kullanarak mâni olmuşsa;

3^o) Şart, üçüncüşahısların fiili ile, veya tarafların iradelerinden müstakil ahval ve hadisatın sevkı ile tahakkuk edememişse.

Gelgelelim şimdi, tahakkuk eden bir şartın hükümlerine.. Bu hükümler nelerdir? Bir şart tahakkuk edince : talikî şarta bağlı borç teşekkül eder, isfisahî şarta bağlı borç ortadan kalkar.

Bu iki ihtimali tekrar ele alalım.

Kaide olarak, talikî şarta bağlı borç şartın tahakkuku ile hüküm ifade

eder. Bu hüküm, hatta taraflar şartın tahakkukundan haberdar olmasalar bile, kanunen husule gelir; şu sebepten dolayısıdır ki, taraflar zaten evvelce bu borç hakkında rızalarını beyan etmişlerdir. Şu halde, talikî şartlı borcun hükümleri, taraflardan biri ölmüş veya ehliyetsizliğe düşmüş olsa bile, bihakkın meydana gelir. Filhakika, tarafların rızalarının tefsiri iktızasınca şartın bunlardan birinin sağlığında tahakkuk etmesi icap edeceği meczum olmadıkça, şarta bağlı borç olduğu gibi mirasçılara intikal eder.

Böyle olmakla beraber, T. B. K. m. 149 § 2 (İ. B. K. m. 151 § 2) de, tarafların, şartın hükümlerini başka türlü tesbit edebilecekleri yazılıdır. Bu metin, pek münakaşalı bir noktayı, şarta bağlı borçta makable şümül meselesini kesip atmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında, prensip olarak, bu makable şamil olma keyfiyeti bertaraf edilmiştir. Halbuki Fransız hukukunda (Fr. K. M. m. 1179) bilâkis borcun hükümleri makabline şamil olur. Türk ve İsviçre hukuklarında borç, şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder. Bir defa şart hâdis oldu mu, alacaklı ancak o anda kendisine ait olan şeyi isteyebilir; o itibarla, makudünaleyhin semere ve menfaatlerine, aktin inikadından değil, şartın tahakkuku anından itibaren müstahik olur; bu zamandan evvelki faiz ve sair semereler borçluya aittir. Fakat taraflar bunun hilâfını kararlaştırabilirler. Binaberin, şartın makable şamil olarak hüküm ifade edeceğini tezekkür etmişlerse, bu takdirde, alacaklı, borçlu tarafından henüz şart askıda iken elde edilmiş bütün menfaatleri istemeğe hak kazanır.

Borçlar kanununun 151 ci maddesinde (İ. B. K. m. 153), şarta bağlı borcun hükmü makable şamil değildir kaidesine bir küçük istisna vardır. Bu istisna, tarafların farzolunan rızalarına, ve bir de örfe, âdete istinat eder; şimdiden söyliyelim ki taraflar bu madde hükmünün hilâfına şartedebilirler, bunda serbestirler. Mezkûr maddedeki istisnasının mevzuuna gelince: şarta bağlı olarak taahhüt edilmiş bir şeyin, henüz şart tahakkuk etmeden evvel alacaklıya teslimi haline mütedairdir. Vazıkanun bu peşin ifaya şu neticeyi tertip etmiştir: borçlunun, böyle hareket etmekle menfaat ve semerelerden vazgeçtiği farzolunur, ve kendisi bu takdirde alacaklıya, şartın tahakkuku halinde bunları muhafaza etmek hakkını tanımış olur. Buna mukabil, şart tahakkuk etmezse, alacaklı, sade şartın vukuundan evvel teslim edilmiş şeyi değil üstelik fasıla esnasında elde ettiği bütün menfaatleri de ret ile mükelleftir (T. B. K. m. 151 § 2; İ. B. K. m. 153 § 2). Bu iade, haksız maledinme hakkındaki kaidelere tevfikân

vaki olur.

Keza, şarta bağlı tasarruflarda makable şamil olma yoktur. Meselâ, bir üçüncüşahıs zimmetindeki şartsız bir alacağı şarta bağlı olarak temellük eden kimse alacaklı sıfatını ancak şartın tahakkuku ile iktisap eder, ve kendisinin fasıla esnasında cereyan etmiş faizlere hakkı yoktur. Kaide olarak, şarta bağlı gayrimenkul satımında da alıcının şart tahakkuk etmezden evvelki semerelere istihkakı olmaz. Maahaza, adı geçen 151 ci madde burada da, şarta bağlı gayrimenkul tesliminde de mabihüttatbiktir; hilâfına şart yoksa, şarta bağlı malik, şartın tahakkukundan evvel hasıl olan semereleri, şart vuku bulursa muhafaza edebilir, bunları ret ile mükellef değildir.

B. — Tahakkuk eden infisahî şart:

İnfisahî şarta taallüku noktasından, akit, şartın tahakku anından itibaren hükümden düşer. Bu infisah için tarafların ayrıca bir rıza beyanına lüzum ve hacet yoktur. Bu, kanunen ve bihakkın yani lâtince bir tabir ile ipso jure vaki olur, hatta velev âkitler şartın tahakkukundan gafil olsalar bile..

İşte şarta bağlı borç, infisahî şart tahakkuk etmekle söner, ortadan kalkar. Binnetice, şarta bağlı olarak ferağ olunmuş şey, infisahî şartın vukuu ile, mülkiyeti nakletmiş olana rücu eder; ve bu, dediğimiz gibi bihakkın, şeyin yeniden teslimine hacet olmaksızın böyledir.

İnfisahî şarta bağlı muamele alacak temlikî idi ise, mezkûr alacak, şartın tahakkuku ile ve tahrirî yeni bir temlike ihtiyaç messedilmeden, temlikedenin mamelekine avdet eder.

Taliki şart gibi, infisahî şartın da makabline şümulü yoktur (T. B. K. m. 152 ; I. B. K. m. 154). Binaenaleyh, infisahî şart altında teslim olunmuş bir şeyin semere ve hasılatı, aynı mahiyette bir meblâğın faizleri gibi borçlunun herhangi bir ödencinin menfaatleri, şart tahakkuk edinciye kadar, iktisap eden şahsa ait olur. Bu makable şümulsüzlük kanununun tefsir edici hükümlerindedir, hilâfına şart ve mukavele caizdir. Şuhalde şartın makable şamil olması için ya tarafların sarih bir şartları veya zımnî bir taahhütleri bulunmak lâzımdır. Meselâ infisahî şarta bağlı olarak aktolunmuş bir satım aktinde daima böyle bir zımnî taahhüt vardır: satımın, şartın tahakkuku ile, infisahî halinde, tarafların rızasını şundan başka manada anlamağa imkân yoktur : satım aktinin henüz ifa olunmayan bütün borç-

ları sakıt olmak, ve o zamana kadar eda olunmuş tekmil ödençler iade edilmek gerektir. Binaenaleyh bu yolda bir satım aktinde semeni istifa etmiş olan satıcı, bunu şartın tahakkukunda ret ile mükelleftir; buna mukabil, alıcı, hilâfına mahsusî bir anlaşma olmadıkça, şart askıda iken fasıla esnasında elde ettiği semereleri, ve satıcı, keza hilâfına mahsusî anlaşma yoksa, ödenen semenden istihsal ettiği faizleri geri vermeğe mecbur değildir.

3. — Tahakkuk etmiyen şartın hükümleri

Şarta bağlı borçta, şart tahakkuk etmezse intizar vaziyetinde olan iktisap edenin hakları zail olur.

Binaenaleyh, talikî şart mevzuubahs ise: borç doğmaz; iktisap edenin tasarrufları keenlemyekün olur. Hadise bir infisahî şart ise: borç, şarttan ari olarak muteber olur, kat'ileşir; şart tahakkuk etmeyince, iktisabedenin tasarrufları nihai ve kat'i olarak muteber olur.

II. — Peyakçesi

Peyakçesi, aktin inikadı zamanında bir âkit tarafından diğerine verilen bir miktar para veya menkul bir şeydir. Hayvan ticaretinde, zirai mahsuller satımında ve halı alışverişlerinde pek kesretle vakidir. Peyakçesi aktin inikadına delil ve işaret olmak üzere verilir, ve T. B. K. m. 156, İ. B. K. m. 158 hükmüne tâbidir. Umumiyetle peyakçesi alan taraf onu alacağına mahsup etmiyerek muhafaza eder, maamafih herşey bittabi tarafların rızasına ve bir de mahallî örf ve âdetlere bağlıdır. Tarafların kabulüne veya mahallî âdete göre peyakçesinin alacaktan tenzili de mümkündür. Verilen peyakçesi keza zamanırücu mahiyetinde de olabilir, yani taraflardan herbiri diğerine vereceği muayyen bir miktar tazminat sayesinde akitten rücu edebilmek salâhiyetini muhafaza eder. Kaide olarak peyakçesini alan onu muayyen bir miktar fazlasıyla iade etmekle teberri edebilir; peyakçesi veren, o da onu terkederek aynı suretle borçtan sıyrılabilir.

Bazı hallerde, peyakçesini tediye etmiş olan tarafın onu geri almak, iadesini istemek hakkı vardır; âkit batıl oldukça, veya tarafların müşte-

rek rızasıyla feshedildikte, veyahut akit, peyakçesini alan tarafça ifa olunmadığı takdirde hep böyledir. Şayet peyakçesini veren taraf akti ifa etmiyorsa karşıtaraf onun aleyhinde matalibinden evvelce zaten istifa etmiş bulunduğu peyakçesini tenzil etmeksizin zararuziyan dava edebilir.

III. — Zamanırücu

Zamanırücu, aktin inikadı esnasında âkit taraflardan birinin değerine tesviye ettiği paradır; bu şu manaya gelir ki, parayı veren taraf, onu terkederek dilediği gibi akitten rücu edebilir; ve parayı alan taraf onun iki mislini iade etmek şartıyla o da her zaman akitten cayabilir. (T.B.K. m. 156, İ. B. K. m. 158 § 3) [1]. Tediye eden taraf akitten rücu etmek hakkını kullanmamışsa, hilâfına mukavele olmadıkça, zamanırücuu istirdat hakkını muhafaza eder. Binaenaleyh zamanırücu, tarafların akitten rücuu ihtimali derpiş olunarak mukavelevî bir tazminat tesbiti mahiyetini haizdir. Zamanırücuun bu hukukî mahiyet ve seciyesi onu cezaî şarta yaklaştırır; ondan şunda ayrılır ki zamanırücu aktin inikadı sırasında verilir, halbuki şartıcezaî ancak bir tarafın akti ifa etmemesi veya eksik ifa etmesi halinde yerine getirilmesi icap eden bir vaitten ibarettir. Misal:

A, B ye 1000 çuval un teslimini taahhüt eder; zamanırücu olarak ta aktin inikadı esnasında 2000 lira tesviye olunur. Bu şerait dahilinde, A, bu meblâğı terk ile akitten rücu edebildiği gibi akittaşı da A ya 4000 lira vererek keza satımdan nükül edebilir.

Başka bir misal tasavvur edelim :

En geç 1 kânunuevvelde teslim olunmak üzere A, B ye 1000 çuval

[1] Bu iki madde karşılaştırılrsa görülür ki İsviçre Borçlar Kanununun 158 ci maddesinin 3 cü fıkrası munhasıran zamanırücudan bahsetmekte olduğu halde, bizim buna mütenazır olan 156 cı maddemizin son iki fıkrasında « zamanırücu » ile « peyakçesi » hükümleri birbirine karşılaştırılmış gibidir. Maddemizin son cümlesindeki « peyakçesi vermiş olan rücu sderse ve peyakçesi almış olan rücu ederse ... » İsviçre aslında « ... meblâğı vermiş olan ve meblâğı almış olan » suretinde olup *zamanırücu* muzaftır, peyakçesine değil. Peyakçesinin hükümleri maddenin 1 ci ve 2 ci fıkralarında yazılıdır, bizimkinde olduğu gibi ... Şu balde maddemizin son cümlesindeki « peyakçesi » kelimelerini mutlak olarak değil « zamanı rücu şartıyla verilmiş peyakçesi » sureiinde anlamak lâzımdır; esasen metin de buna müsaittir. M. O.

buğday satmış.. Aralarındaki şarta nazaran teslim geciktiği takdirde A, B ye 2000 lira ödemeğe mecbur olsun.. Böyle bir sözleşme, zamanrücü değil şartıcezaî olur; zira 2000 lira aktin inikadı esnasında tediye edilmiş değildir.

Peyakçesi, zamanrücü olarak verilmiş addolunmaz, aslolan' bu değildir; maamafih bu mahiyeti haiz olaması da mümkündür; fakat o zaman böyle olduğunu iddia eden taraf bunu ispat ile mükelleftir.

IV— . Şartıcezaî

Tarifi: Şartıcezaî veya cezaî şart bir mukaveledir ki onunla borçlu, borcunu yerine getirmediği takdirde lüzum ifade etmek üzere alacaklıya muayyen bir ödenç vadeder.

Şartıcezaî, bir nevi şarta bağlı borçtur; borçlu bir ödenç taahhüt eder, amma bunu bir akitle deruhde ettiği şeyleri ifa etmemesi şartına bağlı olarak yapar. *Meselâ:* A nın B ye bir ev inşa etmeği iltizam ederek ona bu borcu ifa etmezse veya fena ifa ederse 1000 lira ceza vermeği taahhüt etmesinde olduğu gibi..

Cezaî şart, sabit ve götürü bir meblâğı tazammun edebildiği gibi aktin ehemmiyetine göre ölçüsü değişebilir de. Yukarıki misalde, şartıcezaî götürü olarak tesbit edilmiştir. Fakat, taraflar evin filân tarihte biteceğini, ve müteahhidin her gecikilen ay için 100 lira ödemeğe mecbur olacağını pek alâ şart koşabilirler; bu takdirde şartıcezaî müddet üzerine hesap edilmiş olur.

Şartıcezaînin gayesi: Cezaî şartın gayesi ikidir: Evvelâ, borçlu üzerinde, ekseriya kanunun derpiş ettiği zararuzıyanı aşan bir zarar tehdidi altında onu tamamen ve lâyıka ile ifaya sevketmek için bir tazyık teşkil etmek.. Bu noktainazardan, şartıcezaî hakiki bir ceza tesirini haizdir. İkinci gayesine gelince: alacaklıyı, borçlunun ifasızlığından mütevellit zararın bazan müşkül olan ispatından vareste kılar. Cezaî şart, bilhassa, hizmet akti, ıstıсна akti gibi muayyen bir müddet devam etmeleri lâzım gelen akitlerde pek sık ve mutattır; keza şimendifer inşa mukavelelerine gemi imal ve tamir mukavelelerine de, hemen daima dercolunur; diğer taraftan, meselâ, bir ticaret memnuiyeti gibi bir yapmamak borcunun ifesını temin etmek emrinde de pek büyük ehemmiyeti vardır.

Cezaî şartın mevzuu: Şartıcezainin mevzuu, borçlu tarafından verilen bir ödenç olmalıdır; ödenç olmazsa ortada artık hakikî bir şartıcezai kalmaz. Binaenaleyh, bir tarafa akittaşı borçlarını ifa etmediği takdirde akitten rücu edebilmek hakkını tanımak bir şartıcezai değildir. Bir tarafın bazı kayıt ve şartlar altında haklarından feragat etmesi cezaî şart sayılmaz. Alacaklının, borçlusundan bir meblâğ veya muayyen bir ödenç istemek hakkı bu da öyle; çünkü böylesi mütenavip yani birden ziyade şeylere taallâk eden borç olur. Mütenavip borç ile şartıcezai arasındaki fark şudur: mütenavip borçta iki ödençten birinin ifa imkânsızlığı halinde alacak hakkı diğer ödenç üzerinde temerküz eder; halbuki cezaî şart ancak borçlu mukaveleye tevfikân taahhüdünü ifa etmediği takdirde borç olur.

Şartıcezainin hükümleri:

Cezaî şart, borçlunun şahsî teminatını müeyyit fer'î bir mukaveledir. Bundan çıkan netice şu olur ki, hakikatte, aslını ararsak şartıcezai değil ortada *muteber olması lâzım olan* bir başlıca borç, bir vecibei asliye vardır. Ehemmiyet bundadır. Binaberin, eğer şekil noksanı, rıza fesadı veya ahlâka mugayir olma vesaire gibi herhangi bir sebepten dolayı asıl borç muteber değilse cezaî şart ta batıl olur (T. B. K. m. 161, İ. B. K. m. 163 § 2).

Şartıcezai, eğer kumar veya bahis borçlarını temin için şart edilmiş ise muteber değildir. Hukukî bir borç yaratmayan bir ödenci teyit içinse gene hükmü yoktur. Cezaî şartın, — haddi zatında bir dava hakkı bahşetmemekle beraber ifa olunması halinde de istirdat davasına mesağ olmayan — bir ahlâkî borcun teminatı olup olamaması meselesinde ihtilâf vardır. Reyime kalırsa bu mesele müspet şekilde hallolunmalıdır. Nitekim, «Borçlar hukukunun umumîşumulü» nam yeni eserinde Von Tuhr da aynı fikirdedir.

Şartıcezai, fer'î borç olmak itibariyle, asıl borcun sukutu ile sakıt olur. Bilfarz, asıl borç müruruzamanla muntafi olursa cezaî şart ta keza müruruzamanla sönmüş olur. Asıl borç ifa imkânsızlığı dolayısıyla ortadan kalkarsa borçlu, kusuru ispat edilmedikçe, cezaî şarta çarpılmaz;

maahaza, taraflar ayrıca bir mukavele ile bunun hilâfını ispat etmekte daima serbestirler (T. B. K. m. 161, İ. B. K. m. 163 § 2).

Buna mukabil, borçlunun taahhütlerini yerine getirmemesinden dolayı tahakkuk etmiş ve binaenaleyh artık borçolan bir şartıcezaî, neşet ettiği asıl borç sonradan sakıt bile olsa gene mer'i ve muteber kalır. Filhakika tahakkuk etmiş bir cezaî şart alacaklı için müktesep bir hak vücuda getirir, ve bu hak, artık asıl borçtan müstakil olur.

Şartıcezaî, muallâk olduğu şartın tahakkuk etmesi ile borç olur. Bu şart, biliyoruz ki, borçlunun asıl borcunun tazammun ettiği taahhütlere riayet etmemesidir. Şuhalde, şartıcezaî, ancak asıl borç muaccel ve istenir (exigible) oldukça tahakkuk edebilir; çünkü ancak o zamandır ki asıl borçlara bir riayetsizlik olup olmadığı anlaşılabilir, yani cezaî şartın muallâk bulunduğu hadise ve şartın tahakkuk edip etmediği ancak o vakit bilinir.

Cezaî şartın bir hükmü de, alacaklı lehinde bir *mütenavip iktidar ve salâhiyet* (*un pouvoir alternatif*) vücuda getirmesidir ; maamafih bu hüküm, tarafların hilâfına mukavele etmeleri ile daima tadil olunabilir. Şartıcezaînin hükümlerini ölçmek için, İsviçre B. K. m. 160 § 2 (T. B. K. m. 158) de mansus olan şu iki hali tefrik etmek iktıza eder:

1^o) Birinci hal, şartıcezaînin, bir aktin ifasızlığı veya eksik ifa olunması nazara alınarak şart edilmiş olmasıdır. Bu takdirde, T. B. K. m. 158 § 1 (İ. B. K. m. 160 § 1) alacaklıya ya borcun ifasını veya cezanın tediyesini istemek hakkını veriyor (kanundan doğrudandoğruya çıkan hüküm budur). Alacaklının bu hakkı, kendisi için muhayyerlik ve intihap hakkını tazammun eder bir mütenavip alacak, T. B. K. nun ifadesi ile, bir birden ziyade şeylere taallük eden alacak değildir [1] ; bu bir mütenavip iktidar ve salâhiyettir. Diğer bir ifade ile, burada alacaklı evveliemirde borcun ifasını talep etmelidir, ve şayet ifa talebi boşa çıkarsa o zaman tâli olarak, şartıcezaînin ifa olunmasını isteyebilir; yoksa kendisinin öyle yekten borcun veya cezaî şartın ifasından istediğini seçmek hakkı yoktur. Birkere şartıcezaînin edasını istemiş olan alacaklı artık bundan feragat edemez, ve dönüp borcun ifasını talep edemez. Bunun sebebi şudur: cezaî şartın edasını istemekle borcun ifasından feragat et-

[1] T. B. K. m. 71 e müracaat ediniz.

miş addolunur. Eger ifa eksik olup ta alacaklı cezaî şartın ödenmesini istemiş bulunursa, bu takdirde ödencin ifaya yetmemiş miktar veya kısmı neden ibaret ise onu borçluya iade ile mükelleftir.

2^o) İkinci hal: şartıcezainin, aktin muayyen yer veya vakitte ifası derpiş olunarak meşrut olmasıdır. Bu takdirde, alacaklı T. B. K. m. 158 § 2 ve İ. B. K. m. 160 § 2 mucibince, *hem* borcun ifasını *hem* meşrut cezanın edasını isteyebilir; sebebi şudur ki burada cezaî şartın yegâne gayesi aktin borçlu tarafından geç veya yanlış ifa olunmasından alacaklı için hasıl olacak zararı telâfi etmektir. Misal :

1 haziranda İstanbul limanında teslim edilmek üzere A bir gemi sipariş ediyor. Bir de cezaî şart koyuyor: Şayet gemi bir hazirandan geç veya İstanbul limanından başka yerde teslim olunduğu taktirde her geciken gün için 100 lira ceza verilecek.. Bu cezaî şartın hükümleri, eğer alacaklı bundan sarahaten ferağat eder, veya borcun geç veya mukarrer olan mahalden başka yerde ifasını bu bapta hiçbir ihtirazî kayıt dermeyan etmeksizin kabul ederse sakıt olur. Şayet alacaklı bu hususta bir ihtirazî kayıt dermeyan etmek istiyorsa bunu bizzat veya mümessili vasıtasıyla derhal yani kabulden evvel veya kabul ederken ve nihayet engeç kabulü müteakip yapmalıdır. Vaktinde kayıt dermeyan edilmezse alacaklı, feragat asla aklından geçmemiş olsa bile, hakkını kaybeder. Geç veya yanlış yerde ifayı bilâkayıit kabul etmekle alacaklının vaki olan feragati, bu kayıtsız ve şartsız kabul aynı zamanda zararuziyandan zımnen feragat hükmünde tutulamadıkça, geçmiş günler faiz ve zararuziyanlarına şamil olmaz; alacaklı bu haklarını muhafaza eder. Mezkûr feragatin, bu ikinci haklardan da zımnen feragat teşkil edip etmediği ise daima muhit ve zurufa göre değişir, ahval ve şeraite bağlıdır.

Türk B. K. m. 158 ve İ. B. K. m. 160 ın bu 2 ci fıkra hükümleri hilâfına şart caizdir; yani bunlar ahkâmı müfessiredendir. Binaberin, âkitler arasındaki mahsusî anlaşmada: alacaklının, hem cezayı hem de aktin ifasını talebe veyahut ta keza cezadan başka ayrıca borcun ifa edilmesinden veya fena ifa edilmesinden dolayı zararuziyan istemeğe hakkı olacağı derpiş ve tasrih olunabilir. Ancak, bu ikiz hak mefruz değildir, karine teşkil etmez; ve alacaklı bunu kullanmak isterse ispat kendisine düşer. Diğer taraftan âkitler arasındaki mezkûr anlaşma borçlu lehine de olabilir; ve alacaklının, borcun ifa edilmemesi veya fena ifa edilmesi ha-

linde ifadan sarfınazarla yalnız cezaî şartı talep etmekle iktifa edeceği ve keza zararıyan da istemiyeceği meşrut olabilir. Bunun gibi, bu anlaşma, borçlunu cezaî şartı ödeyerek akitten rücu edebileceğini mutazammın dahi olabilir; bu takdirde cezaî şart yalnız borçlunun istifade edebileceği bir nevi zamanırücu mahiyetini alır; böyle olduğunu ispat etmek bittabi borçluya terettüp eder. Bunun kanunî bir misaline, B. K. nun rekabet memnuiyetine müteallik maddesinde tesadüf olunur, T. B. K. m' 351 ve İ. B. K. m. 359 a bakınız.

Cezaî şartın miktarı : Şartıcezainin miktarı munhasıran tarafların rıza ve iradelerine bakar. Cezaî şartın gayesi, borçlunun borçlarını ifa etmemesinden veya fena ifa etmesinden dolayı alacaklının yalnız fiilen duçar olduğu zararların tazmininden ibaret değildir; pek âlâ bu zarara faik olabilir. Hatta boaç ancak kısmen ifa olunmuş olsa bile cezaî şartın mecmuu tamamen verilmek iktıza eder; çünkü cezanın talik edilmiş bulunduğu şart tahakkuk etmiştir. Kanuna göre, alacaklı hiçbir zarara uğramasa bile cezaî şartın tamamı lâzım olur (T. B. K. m. 159 ve İ. B. K. m. 161 e bakınız).

Tatbikatta, şartıcezai, alacaklının muhtemel zararını telâfi eden ve ekseriyea onu aşan bir meblâğ üzerinden tesbit edilir. Eğer alacaklı borçlunun ademiifa veya fena ifasından dolayı duçar olduğu zararın hakikatte ceza miktarından fazla olduğunu ispat ederse fazlası için zararıyan hakkı mahfuzdur; fakat alacaklı bunun için, borçlunun bir kusur işlediğini ispat etmekle mükelleftir (T. B. K. m. 159 İ. B. K. m. 161) O zaman beyyine külfeti yer değiştirmiş oluyor, şöyle ki: Mutat olan, borçlu borçlarını yerine getirmedi mi, alacaklı sadece aktin icra edilmediğini ispat ederek zararıyana hak kazanır, meğer ki borçlu kendisine hiçbir kusur isnat olunamayacağını ispat ede; halbuki cezaî şart meşrut olunca beyyine noktasında iş berakis oluyor; alacaklı zararıyana istihkak kesbetmek için hem ifasızlığı hem de borçlunun kusurunu ispat etmek mecburiyetindedir.

Hâkimin tenkis salâhiyeti:

İ. B. K. m. 163 § 1 (T. B. K. m. 161 § 1) kükmüne göre, cezanın miktarı âkitler tarafından serbesçe takdir olunur. Böyle olmakla beraber bu miktar adabın, ahlâkın, ticarî namuskârlığın icaplarına muhalif olmamak

lâzımdır. Cezaî şart adap ve alâka, mürabaha mahiyetinde olduğu, ve çaresiz surette borçlunun iktisadî mahvını, harabîsini müeddi olmak tehlikesini gösterdiği ahvalde münafi olur. Cezaî şart bu suretle ahlâka mugayir olunca B. K. m. 20 mucibince kökünden batıldır.

Lâkin birçok hallerde şartıcezaî, ahlâka mugayeret seciyesini haiz olmaksızın sadece mübalâğalı olabilir. *Meselâ*: taraflar menfaatlerini hatalı surette takdir edebilirler, ve iktisadî ahval ve şeraitin değişmesi neticesinde ceza, borçlunun borçlarına muhtemel bir riayetsizliğinden alacaklının maruz bulunduğu zarar ile artık mütenasip olmaktan çıkar.

Bu ve buna benzer hallerde kanun, hâkime, mukarrer cezanın tenkisi salâhiyetini vermiştir. Bu keyfiyet T. B. K. m. 161 § 3 ve I. B. K. m. 163 § 3 te derpiş ve tasrih olunmuştur. Fakat cezanın tenkisi her zaman kabul değildir; bilfarz borçlu ödemiş bulunursa artık cezanın miktarı tenzil olunamaz. Bu neviden müşkülli halletmek için, hâkim şu fikirden hareket etmelidir ki, taraflar, esas itibariyle, cezanın miktarını diledikleri gibi tesbit edebilirler, ve onların anlaşmalarına imkân yettiği nisbette riayet olunmak ve onu himaye etmek iktıza eder. Şuhalde, hâkim, bir cezaî şartın fahiş olduğunu, ancak bu ceza alacaklının borcun ihtimamla ifasında haiz olduğu menfaatten pek aşırı olmak itibariyle açıkça hakkaniyete muhalif olursa kabul etmelidir. Cezanın fahiş olduğuna hükmetmek için, mahkeme, aktin borçlu tarafından haleldar edilişindeki ağırlığı, vahameti nazarı itibara almalı; borçlunun akti kusurunun derecesine, onun aktin ifasızlığından elde ettiği istifadelere, ve hatta — fakat bu cihete daha istisnaî olmak üzere — tarafların iktisadî noktai nazardan mütekabil vaziyetlerine bakmalıdır.

Bütün bu ahval ve şeraitin hepsini hakkaniyet dairesinde nazarı dikkate almak sayesinde, hâkim, cezanın hakikaten fahiş ve kendisi için kanunun bahsettiği tenkis salâhiyetini kullanmağa mahal olup olmadığını kolaylıkla ayırdetmeğe muvaffak olur.

Kanunun, fahiş cezaî şartların indirilmesine mütedair olan bu hükmü ahkâmı amiredendir; borçlu bundan iptidaen ferağat edemez; alacaklı tarafından karşıtarafa zoraki kabul ettirilmiş bu neviden bir şart hiç mesabesinde tutulmalıdır.