

## ŞART VE MÜKELLEFİYET KAVRAMLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Dr. Turgut AKINTÜRK  
Medenî Hukuk Doçenti

§ 1. Giriş - § 2. Şart kavramı - I. Tarifi - A) Geniş anlamda şart - B) Dar ve teknik anlamda şart - II. Mahiyeti - A) Müstakbel bir olay - B) Vukuu şüpheli bir olay - C) Tarafların anlaşması - III. Benzeri müesseselerden tefriki - A) Kanunî şartlar - B) Önolay veya vasıf - C) Müddet tayini - D) Mükellefiyet - § 3. Mükellefiyet kavramı - I. Tarifi - A) Geniş anlamda mükellefiyet - B) Dar ve teknik anlamda mükellefiyet - II. Mahiyeti - A) Mükellefiyet bir gayenin gerçekleştirilmesine hizmet eder - B) Mükellefiyet bir edimde bulunma mecburiyeti yükler - C) Mükellefiyet faydalananlar lehine bir alacak hakkı doğurmaz - III. Benzeri müesseselerden tefriki - A) Vekâlet akdi - B) Üçüncü şahıs lehine şart - 1) Eksik üçüncü şahıs lehine şart - 2) Tam üçüncü şahıs lehine şart - C) Muayyen mal vasiyeti - § 4. Şart ve mükellefiyetin mukayesesi - § 5. Netice

### Ş 1. GİRİŞ

Bu incelememizde «şart» ve «mükellefiyet» kavramlarını ele alarak bu iki kavramı birbirinden ayırmaya yarayabilecek kıstasları bulmaya gayret edeceğiz.

Bizi bu konuyu incelemeye yönelten sebep, bir hukukî muameleye, daha doğru bir deyimle «bağışlama», «vakıf kurma» ve «ölüme bağlı tasarruflar» gibi ivazsız kazandırıcı muamelelere (ivazsız tevcihlere) eklenmiş olan bir kaydın şart mı, yoksa mükellefiyet mi olduğu hususunda bazan tereddüde düşülebilmekte olmasıdır. Bu ihtimal özellikle, konulmuş olan kaydın «müsbet iradî şart» (*aktive Potestativbedingung*) niteliği gösterdiği hallerde daha da kuvvetlenmektedir<sup>1</sup>. Gerçekten, bir bağışlama akdinde bağışlayan yap-

<sup>1</sup> Bk. Stiefel, G.: Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht, Diss., Aarau 1919, sh. 109.

tığı bağışlamayı bir mükellefiyetle takyid etmek istediği halde, bu isteğini çoğu kez gereği gibi ifade edememekte ve kullanmış olduğu ifade tarzından da ilk bakışta onun arzuladığı neticenin çıkarılması mümkün olamamaktadır; meselâ bir baba, içkiyi bırakması şartıyla oğluna bir apartman katı bağışlamış olsa, acaba bağışlayanın kullanmış olduğu ifade tarzına bakarak bunun bir «şarta bağlı bağışlama» olduğu sonucuna mı varılacaktır, yoksa kullanılmış olan «şart» deyimine rağmen, ortada bir «mükellefiyetli bağışlama» bulunduğu mu kabul edilecektir?

Aynı şekilde muris, vasiyetnamesinde «apartmanımı size bırakıyorum, fakat siz de güzel bir mezar yaptıracaksınız» demiş olsa, acaba burada şart mı, yoksa mükellefiyet mi söz konusudur?

İvazsız bir kazandırıcı muameleye eklenmiş bulunan kaydın, şart mı, mükellefiyet mi olduğu hususunun kesinlikle tesbit edilmesi son derece önemlidir; zira böyle bir kaydın «şart» olarak kabulü halinde doğacak neticeler, aynı kaydın «mükellefiyet» şeklinde tavsif edilmesi halinde doğacak neticelerden farklı ve başkadır. Bu itibardır ki, şart ve mükellefiyet kavramlarını birbirinden ayırmaya yarayabilecek kıstasların aranıp bulunmasında sadece teori açısından değil, fakat uygulama bakımından da büyük faydalar vardır.

Şart ve mükellefiyet kavramlarının birbirinden kesinlikle ayrılması zarureti, ivazsız kazandırıcı muameleler (ivazsız tevcihler) bakımından söz konusu olabilir; zira, ileride de göreceğimiz gibi, şart —bazı istisnalar dışında— bütün hukukî muamelelere eklenbildiği halde, mükellefiyet ancak ivazsız kazandırıcı muamelelere konulabilmektedir<sup>2</sup>. Gerçekten, ikisi Medenî Kanunda, birisi Borçlar Kanununda olmak üzere sadece üç yerde mükellefiyetten<sup>3</sup> söz edilmiştir ki, buralarda söz konusu olan hukukî muamelelerin hepsi de «ivazsız kazandırıcı muamele» mahiyetindedirler :

<sup>2</sup> Bk. Stiefel, age., sh. 110; Gürsoy, K.T.: Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Ank. Huk. Fak. Der., 1953, C. X, S. 1-4, sh. 470; Feyzioğlu, F.N.: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdın Muhtelif Nevileri, C. I, B. 2, İstanbul 1970, sh. 269.

<sup>3</sup> Pek tabii burada «dar ve teknik anlamda mükellefiyet»i kastediyoruz. Oysa genel olarak «mükellefiyet» deyimini her iki kanunun çeşitli maddelerinde, meselâ MK. m. 2/I, 106, 151/III, 264, 281, 315, 354, 355 ve BK. m. 52/II, 150, 151, 211, 256/I, 258, 391/II, 464 ve 466 da kullanılmıştır. Ancak bu maddelerde kullanılmış olan mükellefiyet deyimini, incelemekte olduğumuz teknik anlamdaki mükellefiyetten tamamen farklı anlamları ifade etmektedir: Bk. aşa. mükellefiyet kavramı.

Birinci hal, vakıflarla ilgili MK. m. 80/II hükmüdür. Bu maddede «gayeyi tehlikeye koyan *mükellefiyet* ve şartların kaldırılması veya değiştirilmesi»nden söz edilmektedir.

İkinci hal, «murisin vasiyetinde veya miras mukavelesinde bazı *mükellefiyetler* veya şartlar koyabileceğini» öngören MK. m. 462 hükmüdür.

Nihayet üçüncü ve sonuncu hal de «bağışlama, şartla veya *mükellefiyetle* takyit olunabilir» diyen BK. m. 240 hükmünde görülmektedir.

Zikretmiş olduğumuz ivazsız tevcihler dışında kalan hukukî muamelelere eklenmiş olan bir kaydın, şart mı yoksa mükellefiyet mi olduğu hususunda bir tereddüdün doğması ihtimali yoktur; zira ivazlı muamelelere konulmuş olan bir kaydın «mükellefiyet» olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Başka bir deyimle, ivazlı bir hukukî muamelenin bir «mükellefiyet»le takyit edilmesi hiç bir surette söz konusu olamaz. Bu itibarladır ki, ivazlı bir hukukî muameleye konulmuş bulunan kayıt, eğer gerekli unsurları ihtiva ediyorsa dar ve teknik anlamda bir «şart»tır, etmiyorsa «ehemmiyet derecesi ne olursa olsun mukavelelerin şartlarındandır»<sup>4</sup>.

Şart ve mükellefiyet kavramlarını birbirinden ayırmaya yarayabilecek kıstasları tesbit edebilmek için, önce her iki kavramın ifade etmekte oldukları anlamları, başka bir deyişle bu kavramların hukukî mahiyetlerini incelemek gerekir. Her iki kavramın ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinden sonradır ki, onlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların tesbiti mümkün olabilecek, böylece mukayese imkânı da elde edilmiş olacaktır.

## § 2. ŞART KAVRAMI

### I — TARİFİ

«Şart» kelimesinin gerek konuşma, gerek hukuk dilinde çeşitli anlamları vardır.

*Konuşma dilinde şart*, bir olayın vasıflarını, bir şahsın veya şeyin harici bakımından bulunduğu hali ifade eder. Gerçekten «hava şartlarından», «imtihan şartlarından», «falancanın çok güç şartlar altında bulunduğundan», «hayat şartlarının günden güne ağırlaş-

<sup>4</sup> Gürsoy, agm., sh. 470.

makta olduğundan» ilh. söz edildiği zaman, «şart» kelimesi hep bu anlamda kullanılmış olur. Tabiiyle bu anlamda kullanılan şart sözcüğünün, incelemekte olduğumuz şart kavramı ile bir ilgisi yoktur.

*Hukuk dilinde şart* ise, biri geniş, diğeri dar ve teknik olmak üzere i k i anlamda kullanılır :

#### A) Geniş anlamda şart :

Geniş anlamda şart deyimi, tarafların yaptıkları bir akde koymuş oldukları kayıtları (clause) ifade eder; meselâ kira akdinde kiracının kiralağanın yazılı muvafakatını almaksızın kiralanamı kısmen dahi olsa başkasına kiralayamayacağı, kapıcı ücreti ile kalorifer masraflarının kiracıya ait olacağı, kira bedelinin belli bir kısmının peşin ödeneceği; satım akdinde satıcının satılanı alıcının ikametgâhına göndereceği ve sigorta ettireceği vs. gibi hususları öngören kayıtlarda durum böyledir. Taraflarca konulmuş olan bu nevi kayıtlara «*akdin şartları*» (Geschaeftsbedingungen) denir. Bu anlamda şart, bir borç münasebetinde edimin veya karşı edimin daha açık surette tavsifine yarayan unsurlar demektir. Binaenaleyh bu anlamda şart, akdin muhtevasını tayin edici mahiyette olan her şeyi ifade eder<sup>5</sup>; bu kayıtlar edimlerin daha belirgin hale gelmesini sağlarlar ve âdeta akdi t a m a m l a r l a r. Nitekim bunu, «şukadar ki bu akdi nakz ve tadil etmeyen m ü t e m m i m ve fer'i şartlar .....» diyen BK. m. 12 hükmünden de anlamak mümkündür.

Aynı şekilde BK. m. 18 deki «bir akdin şekil ve şartlarını...» BK. m. 20/II deki «akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının...» ifadelerinde yer alan «şart» deyimi de bu anlamda kullanılmıştır.

Nihayet, «müzayede şartları» (BK. m. 227), «masrafsız (franko) teslim şartı» (BK. m. 186/II), «liman ve gümrük masrafı olmaksızın teslim şartı» (BK. m. 186/III) denildiği zaman da, şart deyimiyle aynı şey ifade edilmek istenir.

Geniş anlamda şart deyimi ile ifade edilmek istenilen bir başka husus da, bir hukukî muamelenin hüküm ifade edebilmesi için kanunî bir hüküm gereğince bazı vakıaların mevcut bulunması lü-

<sup>5</sup> Bk. von Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Halbband, Zürich 1944, sh. 698.

zumudur ki, bu vakıalar o hukukî muamelenin esaslı unsurlarından dandırılar. Bu anlamda olmak üzere «evlenmenin şartlarından», «evlât edinmenin şartlarından», «takasın şartlarından», «mahdut ehli-yetsizlerin kendilerini borç altına sokan hukukî muamelelerine kanunî mümessilin muvafakatı şartından» söz edilir. Bu anlamdaki şartlara «*kanunî şartlar*» ya da «*hukukî şartlar*» (Rechtsbedingung-en, condiciones iuris) denir<sup>6</sup>.

### B) Dar ve teknik anlamda şart :

Hukuk dilinde kullanılan dar ve teknik anlamdaki şart (*Bedingung, Conditio*) ise, Borçlar Kanununun Dördüncü Babının İkinci Fesilinde «Şarta Bağlı Borçlar» başlığı altında düzenlenmiş olan şartları ifade eder.

Borçlar Kanunumuzun 149 ncu maddesinde «mevzuunu teşkil eden borcun mevcudiyeti, meşkûk bir hâdisenin tahakkukuna talik edilmiş olan» akdin, 152 nci maddesinde de «infisahı, meşkûk bir hâdisenin tahakkukuna talik edilmiş olan» akdin «*şarta bağlı akit*» oldukları belirtilmekte, fakat şart açıkca tarif edilmemektedir. Böylece kanun koyucu sözü geçen maddelerde şartın unsurlarını az çok belirtmekle yetinip, şartın tarifini doktrine bırakmış olmaktadır.

Doktrinde dar ve teknik anlamda şart çeşitli yazarlar tarafından az çok birbirine benzer biçimde tarif edilmiştir.

Gerçekten, SCHWARZ'a göre «bir hukukî muamelenin sıhhati kendisine bağlı bulunan müstakbel ve meşkûk hâdiseye şart denilir»<sup>7</sup>.

BİRSEN'e göre şart, «kanundan veya hukukî muameleden doğan hak ve borçların vücut bulmasını sonraya bırakan, veya cereyan etmekte olan hükümlerini sona erdiren gelecekteki ve vukuu şüpheli olaydır»<sup>8</sup>.

SAYMEN/ELBİR ise şartı şöyle tarif etmektedirler: «Şart, tarafların arzularına göre, bir hukukî muamelenin hükümlerini icra

<sup>6</sup> Bk. aşa. «kanunî şartlar».

<sup>7</sup> Schwarz, A.B. (Çev. Davran, B.): Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1948, sh. 405.

<sup>8</sup> Birsen, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, B. 4, İstanbul 1967, sh. 306.

etmesi veya icra etmekte olduğu hükümlerin hitama ermesi keyfiyetinin bağlandığı müstakbel ve vukuu meşkûk hâdisedir»<sup>9</sup>.

Gerek doktrinadaki tariflerden<sup>10</sup>, gerek Borçlar Kanununun yukarıda anılan maddelerinden yararlanarak dar ve teknik anlamdaki şartı şöyle tarif etmek mümkündür :

*Ş a r t, bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasının veya hüküm ve neticelerinin sona ermesinin tarafların iradesi ile bağlanmış olduğu müstakbel ve vukuu şüpheli bir olaydır.*

## II — MAHİYETİ

Yukarıdaki tarifi ışığı altında dar ve teknik anlamdaki şartın mahiyetini, diğer bir deyimle, teknik anlamda bir şartın mevcut olabilmesi için bulunması gerekli olan unsurları şöylece sıralayabiliriz :

### A) Müstakbel bir olay :

Bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasının veya hüküm ve neticelerinin sona ermesinin bağlandığı olay, m ü s t a k b e l bir olay olmalıdır. Olayın «müstakbel olması» zorunluluğu, Borçlar Kanununun 149 ve 152 nci maddelerinin ifade tarzından az çok anlaşılmaktadır. Gerçekten, sözü geçen maddelerde olayın «*tahakkukundan*» söz edilmektedir ki, tahakkuk kelimesi —anlamı itibariyle— ilerideki bir zaman parçası içinde, g e l e c e k t e vuku bulmayı istihdaf etmektedir.

Bu itibarla da geçmişte vuku bulmuş veya halen vuku bulmakta olan bir olay şart olamaz; zira böyle bir durumda artık «*tahakkuktan*» söz etmek mümkün değildir<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Saymen, F. H./Elbir, H.K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C. II, İstanbul 1958, sh. 800.

<sup>10</sup> Diğer tarifler için bk. Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, C. II, İstanbul 1969, sh. 284; Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku, C. I Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 1969, sh. 569; Oser/Schönenberger : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Aufl., Zürich 1929, Vorbem, zu Art. 151-157, Anm. 3; Stiefel, agt., sh. 66; Becker, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abt. Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 1.

<sup>11</sup> Bk. aşa. «Önolay veya vasıf».

**B) Vukuu şüpheli bir olay :**

Bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasının veya hüküm ve neticelerinin sona ermesinin bağlandığı olayın müstakbel olması, onun şart olarak kabul edilmesi için lâzım, fakat kâfi değildir. Aynı zamanda bu müstakbel olayın vukuunun ş ü p h e l i (meşkûk) olması, diğer bir deyişle, onun ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunun önceden bilinmemesi de icap eder.

Bu sebeptir ki, müstakbel olmakla beraber vukuu m u h a k k a k olan bir olay şart olamaz. Müstakbel, fakat vukuu muhakkak olan olaya verilebilecek en klâsik örnek, «ölüm»dür. Gerçekten, ölüm müstakbel bir olaydır, amma vukuu şüpheli değil, muhakkak olan bir olaydır; zira insanın, ne kadar uzun yaşarsa yaşasın, ergeç günün birinde öleceği, herkesce bilinen bir gerçektir. Binaenaley, bir hukukî muamelenin hüküm ve neticelerinin doğması veya sona ermesi herhangi bir kimsenin ölümüne bağlanmış bulunuyorsa, bu hukukî muameleyi «şarta bağlı bir hukukî muamele» olarak tavsif etmek mümkün değildir. Burada dar ve teknik anlamda şart değil, «müddet tayini» ( e c e l ) söz konusudur<sup>12</sup>.

Bununla beraber, ölüm olayının vukuunu belli bir süreye veya belli bir hale inhisar ettirecek olur, meselâ «akit A'nın 1971 yılında ölmesi veya B'nin katıldığı savaşta şehit düşmesi halinde sona erecektir» dersek, burada yapılmış olan akdin «şarta bağlı bir akit» olduğunu kabul etmek lâzımdır; zira akdin hüküm ve neticelerinin ortadan kalkmasının bağlanmış olduğu ölüm olayı artık vukuu şüpheli bir olaydır. Gerçekten, A'nın veya B'nin günün birinde ölecekleri muhakkaktır, amma onların belirtilen sürede veya hâdisede ölüp ölmeyecekleri ancak m u h t e m e l dir; ölüm olayı vuku bulabileceği kadar, vuku bulmayabilecektir de<sup>13</sup>.

Hukukî muamelenin mukadderatının bağlanmış olduğu olay müstakbel olmakla beraber, vukuunun maddî veya hukukî bakımlardan i m k â n s ı z olması halinde de şarttan söz edilemez; zira bu hallerde olayın vukuunun «şüpheli olması» vasfı yoktur. Bu olayın ileride hiç bir surette gerçekleşmeyeceği şimdiden kesinlikle bilinmektedir. Bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurması böyle bir olayın vukuuna bağlanmış bulunuyorsa (*talikî şart*), bu

<sup>12</sup> Bk. Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 6; Schwarz, age., sh. 409; Saymen/Elbir, age., sh. 803; Feyzioğlu, age., sh. 285; Birsen, age., sh. 308.

<sup>13</sup> Bk. yuk. dn. 12 de zikredilen yazarlar.

olay hiç bir zaman vukuu bulmayacağından, yapılmış olan hukukî muamele hükümsüzdür; şayet hukukî muamelenin hükümlerinin sona ermesi bu olayın gerçekleşmesine bağlanmış ise (*infisahî şart*), bu takdirde de sözü geçen hukukî muamele kesin surette muteberdir<sup>14</sup>.

Hukukî muamelenin mukadderatının bağlanmış olduğu olayın şüpheli olması gereğinden, geçmişte vuku bulmuş veya halen vuku bulmakta olan bir olayın da şart olarak kabul edilemeyeceği neticesi çıkar; zira bu gibi hallerde hukukî muamelenin mukadderatının bağlanmış olduğu olayda aranan «şüphelilik» (meşkûkiyet) vasfı yoktur. Daha doğru bir deyişle, burada «objektif şüphelilik» ya da «objektif belirsizlik» değil, fakat sadece taraflar bakımından söz konusu olabilen bir şüphelilik ya da belirsizlik (sübjektif şüphelilik) vardır ki, bu da doktrindeki hâkim görüşe nazaran olayın şart olarak kabulüne kâfi değildir<sup>15</sup>. Aksi görüşü savunanlara göre, hukukî muamele yapıldığı esnada tarafların vuku bulduğunu bilmedikleri bir olay da şart olarak kabul edilebilir; binaenaleyh şüpheliliğin mutlaka da objektif olması gerekmez<sup>16</sup>.

### C) Tarafların anlaşması :

Herhangi bir olayın dar ve teknik anlamda şart olarak kabul edilebilmesi için, yukarıda belirtmiş olduğumuz iki unsura bir üçüncüsünün de eklenmesi gerekir. Bu da, tarafların bu konuda anlaşmış olmaları, yani yaptıkları hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasını veya hüküm ve neticelerinin sona ermesini müstakbel ve vukuu şüpheli bir olaya bağlamak konusunda iradelerini beyan etmiş olmalarıdır. Ancak, bu konudaki anlaşmanın mutlaka sarih olması şart değildir, zımnî de olabilir.

<sup>14</sup> Bk. Saymen/Elbir, age., sh. 803; Schwarz, age., sh. 410; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 7; Stiefel, agt., sh. 131; von Tuhr/Siegmart, age., Bd. II, sh. 703; Becker, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 13; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1969, sh. 260; Fezyoğlu, age., sh. 285.

<sup>15</sup> Bk. Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 8; Tunçomağ, age., sh. 572; Fezyoğlu, age., sh. 285; Birsen, age., sh. 309; Stiefel, agt., sh. 116; Arsebük, E.: Borçlar Hukuku, C. I-II, B. 3, Ankara, 1950, sh. 958; von Tuhr/Siegmart, age, Bd. II, sh. 702; Becker, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 13.

<sup>16</sup> Bk. Saymen/Elbir, age., sh. 803; Rossel, V.: Manuel du droit civil suisse, Code des obligations, t. III, 1911, sh. 191; Vogt: Zur Einbürgerung des schweizerischen Obligationenrechts, besonders im Kanton Bern, Bern 1880, sh. 89 (Stiefel, sh. 62 dn. 44 den naklen).



Bu sonuncu unsur, dar ve teknik anlamdaki şartı, kanunî (hukukî) şarttan ayırır. Gerçekten, kanunî (hukukî) şart, teknik anlamdaki şart gibi tarafların iradesine değil, doğrudan doğruya bir kanun hükmüne istinat eder<sup>17</sup>.

### III — BENZERİ MÜESSESELERDEN TEFRİKİ

Dar ve teknik anlamda şart bazı hukukî müesseselerle benzerlik arzeder. Bu müesseselere örnek olarak «kanunî (hukukî) şartlar», «önölçü veya vasıf», «müddet tayini»ni (ecel)i ve nihayet «mükellefiyet»i zikredebiliriz.

İncelemekte olduğumuz «şart» kavramını daha belirgin bir biçimde ortaya koyabilmek için, onu benzeri hukukî müesseselerden tefrik etmek gerekir.

#### A) Kanunî (hukukî) şartlar :

Daha evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere dar ve teknik anlamda şart, bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasının veya hüküm ve neticelerinin sona ermesinin tarafların iradesiyle bağlandığı müstakbel ve vukuu şüpheli bir olaydır.

Kanunî (hukukî) şartlar<sup>17a</sup> (*Rechtsbedingungen, condiciones iuris*) ise, biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanılır.

*Geniş anlamda kanunî şart*, bir hukukî muamelenin hüküm ifade edebilmesi için kanun hükmü icabı bulunması zarurî olan vakıaları, yani hukukî muamelenin kuruca unsurunu ifade eder. Bu anlamda olmak üzere meselâ takasın söz konusu olabilmesi için, karşılıklı ve benzer iki muaccel alacağın mevcut olması lüzumu (BK. m. 118), kanunî bir şarttır.

*Dar anlamda kanunî şart*'tan ise, bir hukukî muamelenin hüküm ifade edebilmesi için kanun hükmü icabı bulunması zarurî olan müstakbel ve şüpheli tamamlayıcı vakıalar anlaşılır. Bu anlamda olmak üzere meselâ mahdut ehliyetsiz tarafından yapılmış olan ve kendisini borç altına sokan bir hukukî muameleye

<sup>17</sup> Bk. Tunçomağ, age., sh. 571; Arsebük, age., sh. 959; von Tuhr/Slegwart, age, Bd. II, sh. 703; Stiefel, agt., sh. 134 vd; Becker, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 2.

<sup>17a</sup> Feyzioğlu, karşılıklı önlemek üzere bunlara «kanunî kayıtlar» denilmesinin daha doğru olacağını söylüyor: age., sh. 286.

kanunî mümessilin icazet vermesi (MK. m. 394/I) veya yetkisiz mümessil tarafından yapılmış olan bir hukukî muameleye temsil olanın icazet vermesi (BK. m. 38) gereği, birer kanunî şarttır<sup>18</sup>.

Yukarıdaki kısa izahattan da anlaşılacağı üzere, gerçek anlamdaki şart ile aralarında bir benzerlik bulunan kanunî şartlar, dar anlamdaki kanunî şartlardır.

Gerçekten, dar anlamdaki kanunî şartlarda, aynen gerçek anlamdaki şartta olduğu gibi, yapılmış olan hukukî muamelenin hüküm ifade edip etmeyeceği, müstakbel ve vukuu şüpheli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılmış olan hukukî muamelenin hükümleri *a s k ı d a* dır. Buna örnek olarak mahdut ehliyetsizlerin bizzat yaptıkları kendilerini borç altına sokan hukukî muameleleri zikredebiliriz. Gerçekten, mümeyyiz küçükler veya mahcurlar kendilerini borç altına sokan hukukî muameleleri ancak kanunî mümessillerinin muvafakatı ile yapabilirler (MK. m. 16/I). Kanunî mümessilin muvafakatı, daha açık bir deyişle *i z n i* olmadan yapılmış olan bu nevi hukukî muamelelerin müeyyidesi «tek taraflı bağlamazlık»tır<sup>19</sup>; yani böyle bir muamele, meselâ satım akdi, yapıldığı andan itibaren sadece karşı tarafı bağlar, fakat mümeyyiz küçük veya mahcuru bağlamaz. Ancak, karşı tarafın bağlılığı da kesin değildir. Bu bağlılığın kesin hal alabilmesi ve yapılmış olan akdin aynı zamanda mümeyyiz küçük veya mahcur için de hüküm ifade edebilmesi, kanunî mümessilin sonradan muvafakatını bildirmesi, yani *i c a z e t* vermesine bağlıdır (MK. m. 394/I). İcazet verilinceye kadar bu akdin hükümleri askıdadır; satım akdi, yapıldığı andan itibaren total bir muameledir. Fakat bu akdi «şarta bağlı bir akit» olarak tavsif etmek mümkün değildir<sup>20</sup>; zira akdin hükümlerini icra edebilmesi için gerçekleşmesi aranan vakıa, yani kanunî mümessilin icazet vermiş olması gereği, dar anlamda bir kanunî şarttır<sup>21</sup>.

Görüldüğü üzere, yapılmış olan bir hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasının veya hüküm ve neticelerinin sona erme-

<sup>18</sup> Stiefel, agt., sh. 134-135.

<sup>19</sup> Bk. Akipek, J.: Türk Medenî Hukuku, C. I, cz. 2 Şahsın Hukuku, Ankara 1961, sh. 95; Akıntürk, T.: Medenî Hukuk (Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), Ankara 1968, sh. 90.

<sup>20</sup> Akipek (agt., sh. 96) karşı tarafın bu hukukî muamele ile adeta infisahî bir şarta bağlanmış olduğu görüşündedir. Yazara göre infisahî şart, kanunî mümessilin bu muameleye icazet vermemesi halidir.

<sup>21</sup> Bk. Stiefel, agt., sh. 137; Tunçoğlu, agt., sh. 571.

sinin müstakbel ve vukuu şüpheli bir olaya bağlı bulunması bakımından, teknik anlamda şart ile dar anlamdaki kanunî şart arasında büyük bir benzerlik vardır. Ancak, bu bağlılık teknik anlamdaki şartta tarafların iradesinde doğmakta olduğu halde, dar anlamdaki kanunî şartta, doğrudan doğruya kanuna dayanmaktadır; zaten her iki müesseseyi birbirinden ayıran kıstas da budur. Bu itibarla ki, teknik anlamda şarttaki şüpheli durum, yani hukukî muamelenin askı durumu, şarta ilişkin hükümlere, ezcümle BK. m. 149 vd. na göre; dar anlamda kanunî şarttaki şüpheli durum ise, söz konusu olan hukukî müesseseye, meselâ MK. m. 394, BK. m. 38, 39 hükümlerine göre hallolunur. Ancak bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmadığı takdirdedir ki, kanunî şartın mahiyetine de uygun düşmesi kaydıyla şarta ilişkin hükümler (BK. m. 149 vd.) kıyasen uygulanabilir<sup>22</sup>.

Diğer taraftan, teknik anlamdaki şartın gerçekleşmesi makable şâmil netice doğurmadığı halde (BK. m. 149/II), dar anlamdaki kanunî şartın gerçekleşmesi, meselâ kanunî mümessilin veya yetkisiz temsilde temsil olunanın icazet vermesi makable şâmil neticeler doğurur<sup>23</sup>.

### B) Önolay veya vasıf :

Bir hukukî muamelenin hükümlerinin doğması tarafların iradeleriyle geçmişteki veya haldeki bir olaya bağlanmış bulunuyorsa, bu halde de teknik anlamda şartta olduğu gibi bir şüphelilik (meşkükiyet) vardır. Ancak, böyle bir kayıtla yapılmış olan bir hukukî muameleyi «şarta bağlı hukukî muamele» saymak mümkün değildir; zira teknik anlamda şartta söz konusu olan şüphelilik objektif, yani hukukî muamelenin mukadderatının bağlanmış olduğu olayın vuku bulup bulmayacağı hususu herkes için bilinemez olduğu halde, hukukî muamelenin hükümlerini icra etmesinin geçmişteki veya haldeki bir olaya bağlanmış olması halinde söz konusu olan şüphelilik sübjektiftir. Diğer bir deyişle bu halde şüphelilik sadece taraflar bakımından mevcuttur, oysa hukukî muamelenin hükümlerini doğurup doğurmayacağı objektif olarak kesinlikle bellidir.

Doktrinde «Önolay (mukaddem hâdise) veya vasıf» (*Voraussetzung, présupposition*) diye isimlendirilen bu kayıtları, teknik an-

<sup>22</sup> Bk. Stiefel, agt., sh. 137; Tunçomağ, age., sh. 571.

<sup>23</sup> Bk. Akipek, age., sh. 94; von Tuhr/Stegwart, age., Bd. II, sh. 704.

lamdaki şarttan ayıran unsur da, şüpheliliğin birincide sübjektif, ikincide ise objektif olmasıdır<sup>24</sup>. Bu itibarlardır ki, eski eserlere meraklı bir kimsenin kendisine satılmak istenilen kılıcı Fatih Sultan Mehmet'in kullanmış olduğu kılıç olması şartıyla satın aldığı beyan etmesi halinde, açıkça «şart»tan söz edilmiş olmasına rağmen bu satım akdi şarta bağlı satım değildir. Binaenaleyh bu satıma şarta ilişkin hükümler, meselâ nef'i ve hasarın intikaliyle ilgili olarak BK. m. 183/III hükmü uygulanmaz<sup>25</sup>; burada halin icaplarına göre bir «tekeffül» söz konusudur.

### C) Müddet tayini :

Müddet tayini ya da ecel (*Zeitbestimmung, Befristung*), tarafların, yapmış oldukları bir hukukî muamelenin hüküm ve neticelerinin doğmasını veya ortadan kalkmasını müstakbel ve muhakkak bir olayın vukuuna bağlamış olmalarıdır<sup>26</sup>.

Borçlar Kanunumuz bu müesseseyi açıkça düzenlemiş değildir; fakat «akit serbestisi prensibi» gereğince taraflara böyle bir imkânın tanınmakta olduğu kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Müddet tayinini teknik anlamdaki şarttan ayıran özellik, hukukî muamelenin mukadderatının bağlanmış olduğu müstakbel olayın vukuununun şarttaki gibi şüpheli değil, bilâkis m u h a k k a k olmasıdır. Bunun dışında her iki müessese arasında yakın bir benzerlik vardır.

Gerçekten, müddet tayini aynen teknik anlamda şartta olduğu gibi «talikî» veya «infisahî» mahiyette olabilir. Eğer taraflar hukukî muamelenin hüküm ve neticeler *doğurmasını* müstakbel ve vukuu muhakkak bir olaya bağlamışlarsa, burada «talikî mahiyette müddet tayini» (aufschiebende Befristung) veya «başlama vadesi» (Anfangstermin) söz konusudur. Şayet taraflarca hukukî muamelenin hüküm ve neticelerinin *sona ermesi* müstakbel ve vukuu muhakkak bir olaya bağlanmış bulunuyorsa, burada da «infisahî mahiyette müddet tayini» (auflösende Befristung) veya «bitme vadesi» (Endtermin) vardır. Meselâ taraflar 1 Ocak 1971 tarihinde aksettikleri kira mukavelesinin 1 Mart 1971 tarihinden itibaren hü-

<sup>24</sup> Bk. von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C. II, İstanbul 1953, sh. 797; Tunçomağ, age., sh. 572.

<sup>25</sup> Bk. von Tuhr/Siegwart, age., Bd. II, sh. 704; Tunçomağ, age., sh. 572.

<sup>26</sup> Bk. Stiefel, agt., sh. 139; Schwarz, age., sh. 418; Birsen, age., sh. 325.

<sup>27</sup> Bk. Stiefel, agt., sh. 138.

küm ifade etmesini kararlaştırmışlarsa, buradaki müddet tayini «talikî» mahiyettedir; eğer kira akdi kiracının ölümüne kadar devam etmek üzere yapılmışsa, bu halde de «infisahî» mahiyette müddet tayini söz konusudur.

Yukarıdaki misalden de anlaşılacağı üzere, tayin edilen müddet, dolayısıyla de vade muayyen olabileceği gibi (1 Mart 1971 tarihi), gayri muayyen de olabilir (kiracının ölüm tarihi). Tayin edilen müddetin sona erdiği ana «vade» denir ve bu sebeple de «muayyen vadeli borçlardan» veya «gayrimuayyen vadeli borçlardan» söz edilir.

Teknik anlamdaki şart ile arasındaki yakın benzerlik dolayısıyla müddet tayinine de şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanunumuz bu konuda açık bir hüküm ihtiva etmemekte, bu sorunun halini doktrine bırakmaktadır. Oysa Alman Medenî Kanunu (BGB) şarta ilişkin hükümlerin uygun düştükleri nisbette müddet tayinine de uygulanacağını açıkça belirtmektedir (§ 163).

İsviçre ve Türk doktrininde savunulan bir görüşe göre<sup>28</sup>, şarta ilişkin hükümlerin müddet tayinine kıyasen uygulanabilmesi için, her müşahhas olayda uygulama şartlarının mevcut bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır; meselâ infisahî şartın gerçekleşmesi halinde hukukî muamelenin kendiliğinden (ipso iure) ortadan kalkacağını öngören BK. m. 154/I hükmünün, infisahî mahiyetteki müddet tayinine de uygulanabilmesi kabul edilmelidir<sup>29</sup>.

#### D) Mükellefiyet :

Dar ve teknik anlamdaki şart, özellikle «müsbet iradî şart» (*aktive Potestativbedingung*) ile büyük bir benzerlik arzeden müesseselerden biri de «mükellefiyet»tir. Ancak, incelememizin konusu bu iki kavramı birbirinden ayırmaya yarayabilecek kıstasları aramak olduğuna göre, bu meseleyi mükellefiyet kavramının incelenmesinden sonra ele almayı uygun buluyoruz.

### § 3. MÜKELLEFIYET KAVRAMI

#### I — TARİFİ

«Şart» kelimesi gibi «mükellefiyet» kelimesinin de çeşitli anlamları vardır. Gerçekten, hukuk dilinde mükellefiyet biri geniş, diğeri dar ve teknik olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.

<sup>28</sup> Stiefel, agt., sh. 141 vd.; Schwarz, age., sh. 418; Birsen, age., sh. 325.

<sup>29</sup> Stiefel, agt., sh. 142.

### A) Geniş anlamda mükellefiyet :

Geniş anlamda mükellefiyet deyimi ile, bir hukukî vazifenin (*Rechtspflicht*) yerine getirilmesi zorunluluğu ifade edilmek istenmektedir. Hukukî vazife ise, «hukuk nizamı tarafından bir kimseye verilen ve bu kimsece riayeti mecburî olan bir emirdir»<sup>30</sup>.

Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu bir çok maddelerinde «mükellefiyet»i bu geniş anlamda kullanmaktadırlar. Gerçekten, mese-lâ MK. m. 2/I de «herkes haklarını kullanmakta veya borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle *mükelleftir*», m. 151/III de «karı koca, birbirine sadakat ve müzaheretle *mükelleftir*», m. 264/II de «ana ve baba, kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alil veya akıl zayıfı ise haline münasip bir terbiye vermekle *mükelleftirler*» denilmektedir ki, bu maddelerde yer almış olan «mükellefiyet» deyimi hep bu anlamda kullanılmıştır. Bu anlamda mükellefiyetin temelinde çoğu kez ahlâkî mülâhazalar bulunmaktadır. Bu, MK. m. 315 de düzenlenmiş olan «nafaka *mükellefiyeti*»nde en açık şekilde görülmektedir.

Borçlar Kanununda da mükellefiyet deyiminin bu anlamda kullanılmış olduğu haller çoktur. Bunlara örnek olarak, «şart tahakkuk edinceye kadar borçlu, borcun lâyıkı veçhile edasına mâni olacak her nevi tasarruftan içtinap etmekle *mükelleftir*» diyen m. 150/II, «kiracı, kiralananı kullanırken tam bir ihtimam dairesinde hareket ve apartman kiralınmasında bina dahilinde oturanlara karşı icap eden vazifeleri ifa ile *mükelleftir*» diyen m. 256/I, «müdi müstevdie akdin icrasıyla zarurî irtibatı olan bütün masrafları tediyetle *mükelleftir*» diyen m. 464/I hükümlerini zikredebiliriz.

Hemen belirtelim ki, incelemekte olduğumuz mükellefiyet kavramı, yukarıda gördüğümüz mükellefiyetten tamamen başka bir anlamı ifade etmektedir ki, bunu aşağıda «dar ve teknik anlamda mükellefiyet» başlığı altında inceliyeceğiz.

### B) Dar ve teknik anlamda mükellefiyet :

Dar ve teknik anlamda mükellefiyet (*Auflage, Modus*) deyimi, ikisi Medenî Kanunda, birisi de Borçlar Kanununda olmak üzere başlıca üç yerde kullanılmıştır ki, buralarda söz konusu olan hukukî muamelelerin hepsi de «ivazsız kazandırıcı muamele» (ivazsız tevcih) mahiyetindedirler. Bunlar, Medenî Kanunun vakıf-

<sup>30</sup> von Tuhr/Siegwart, age., Bd. I, sh. 10. Ayrıca bk. Gürsoy, agm., sh. 474.

larla ilgili 80/II ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin 462 nci maddeleri ile Borçlar Kanununun bağışlamayla ilgili 240 ncı maddesidir. Ancak, bu maddelerde mükellefiyette söz edilmiş olmakla beraber, dar ve teknik anlamdaki mükellefiyetin tarifi verilmediği gibi, mahiyeti hakkında da bir şey söylenmiş değildir. Oysa dar ve teknik anlamdaki şartta —yukarıda da görmüş olduğumuz üzere— kanun şartı tarife yarayacak unsurları az çok belirtmiştir (BK. m. 149, 152). Böylece teknik anlamda mükellefiyetin tarifi ve hukukî mahiyetinin tesbiti doktrin ve uygulamaya bırakılmış olmaktadır.

Dar ve teknik anlamdaki mükellefiyet doktrinde az çok birbirine benzer şekillerde tarif edilmektedir :

GÜRSOY'a göre mükellefiyet, «sureti umumiyede ivazsız bir tevcihte (teberruda) bulunan (vahip veya muris) tarafından o muameleye ilâve olunan öyle bir kayıttır ki, buna göre, tevcihi alan bir edada bulunmak mecburiyetindedir»<sup>31</sup>

OSER/SCHÖNENBERGER ise mükellefiyeti «bir teberrua (ivazsız tevcihe) eklenen fer'i bir kayıttır ki, bununla kendisine teberuda bulunan kimse muayyen bir gaye için (her zaman olmamakla beraber çoğu kez verilen meblâğdan sarfedilen) bir edimde bulunmak yükümlülüğü altına sokulmuş olur» şeklinde tarif ediyorlar.

Ölüme bağlı tasarruflarla ilgili olarak mükellefiyeti gerek TUOR, gerek ESCHER hemen hemen aynı şekilde tarif etmektedirler : «Mükellefiyet, ölüme bağlı bir tasarrufla kanunî veya mansup bir mirasçıya yahut bir musalehe yükletilmiş olan bir şey yapma veya yapmama vazifesidir ki, bundan bir ifa alacağı değil, fakat ifayı talep hakkı doğar»<sup>32</sup>

Yukarıdaki tarifler ve doktrindeki diğer tariflerden<sup>34</sup> de yararlanarak dar ve teknik anlamdaki mükellefiyetin ne olduğunu şöylece ifade edebiliriz :

*M ü k e l l e f i y e t, ivazsız tevcihlere tevcihte bulunan tarafından eklenmiş olan ve tevcihi kabul edeni, tevcihte bulunan kim-*

<sup>31</sup> Gürsoy, agm., sh. 468.

<sup>32</sup> Oser/Schönenberger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 245, Anm. 3.

<sup>33</sup> Bk. Tuor, P.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III Erbrecht, 1. Abt., 2. Aufl., Bern 1952, Art. 482, Anm. 6; Escher, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III Erbrecht, 1. Abt., 3. Aufl., Zürich 1959, Art. 482, Anm. 13.

*se veya üçüncü şahısların menfaatına olmak üzere belli bir edimde bulunmak mecburiyeti altına sokan fer'i bir kayıttır.*

## II — MAHIYETİ

Dar ve teknik anlamdaki mükellefiyetin mahiyetini yukarıdaki tarifden çıkarmak mümkündür. Şöyle ki :

### A) Mükellefiyet bir gayenin gerçekleştirilmesine hizmet eder :

İvazsız bir tevcihte bulunan kimse, bu arada bir gayesinin gerçekleştirilmesini de arzu edebilir. Meselâ meslekten ayrılmış olan yaşlı bir avukat zengin kitaplığını yeğeni genç avukata bağışlamayı veya vasiyet etmeyi düşünmekte, fakat bu kitaptan Ankara Hukuk Fakültesi öğretim üye ve yardımcılarının da faydalanmasını arzulamaktadır. Avukata bu arzusunun gerçekleştirilmesi yolunda hizmet edecek olan hukukî müessese, mükellefiyettir. Gerçekten, bu avukat yapacağı bağışlama veya vasiyete, kitaptan Ankara Hukuk Fakültesinin bütün öğretim üye ve yardımcılarının her zaman faydalanacağı kaydını ilâve eder, yani yaptığı tevcihi bir mükellefiyetle takyit ederse, arzusunu gerçekleştirmiş olur.

İvazsız kazandırıcı muamelede bulunan kimsenin, muamelesine eklediği mükellefiyet yardımıyla gerçekleştirilmesini arzuladığı gaye; hayrî, ilmî, dinî, insanî, ailevî ve hatta şahsî de olabilir. Meselâ apartmanını tahsis etmek suretiyle fakir öğrencilerin barındırılmaları gayesiyle bir vakıf kuran kimse, vakıf senedine «her yıl vakfın safî gelirlerinden ayrılacak % 3 oranındaki bir meblâğ yüksek öğrenimini bitirinceye kadar kızım A'ya ödenecektir» şeklinde bir hüküm koyarsa, böyle ivazsız tevcihini ailevî gayeli bir mükellefiyetle takyit etmiş olur.

Hatta gaye, doğrudan doğruya kendisine teberruda bulunulan kimsenin menfaatını istihdaf eden bir gaye de olabilir. Gerçekten, bir malını vasiyet yoluyla yeğenine bırakan muris, vasiyetine yeğenin kumarı bırakması veya yüksek öğrenimini mutlaka tamamlaması kaydını ilâve ederse, burada doğrudan doğruya, musaleh olan yeğenin menfaatına konulmuş bir mükellefiyet söz konusudur<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Bk. İmre, Z.: Türk Miras Hukuku, B. 2, İstanbul 1968, sh. 200; Fyezioğlu, F.N.: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, B. 2, İstanbul 1970, sh. 269; Tandoğan, H.: age., sh. 259; İnan, A.N.: Miras Hukuku, Ankara 1969, sh. 145; Ayiter, N.: Miras Hukuku, B. 2, Ankara 1971, sh. 76.

<sup>35</sup> Bk. İmre, age., sh. 203.



Görüldüğü üzere mükellefiyet, ivazsız kazandırıcı muamelelerde tevcihte bulunan kimseye, hukuka, ahlâk ve âdaba aykırı olmayan herhangi bir gayesini gerçekleştirme imkânını sağlamaktadır.

**B) Mükellefiyet bir edimde bulunmak mecburiyeti yükler :**

Mükellefiyet, kendisine teberruda bulunulan kimseye bir edimde bulunmak mecburiyetini yükler. Bu, esasen mükellefiyetin bir gayenin gerçekleştirilmesine hizmet etme fonksiyonu ile de tutarlıdır. Gerçekten, ivazsız tevcihte bulunan bir kimse bu tevcihini bir mükellefiyetle takyit ettiği zaman, bununla belli bir gayesinin gerçekleştirilmesini arzuladığını ifade etmiş olmaktadır. Bu arzusunun tahakkuku ise, teberruda bulunulan kimsenin kendisinden istenen hareket tarzını ihtiyar etmesi, başka bir deyimle, «edimini yerine getirmesi» ile mümkündür. Kendisine teberruda bulunulan kimse edimini ifa etmediği sürece tevcihte bulunanın gayesinin gerçekleşmiş olmasından söz edilemez.

Mükellefiyetin, kendisine teberruda bulunulan kimseye bir edimde bulunmak mecburiyeti yüklediği, kanundan da açıkça anlaşılmaktadır.

Gerçekten, BK. m. 241/I de «bağışlayan, mukavele mucibince bağışlanan tarafından kabul edilmiş olan mükellefiyetin icrasını talep edebilir» denildikten sonra, teberruda bulunulan kimsenin edimini yerine getirmemesinin neticesi de m. 244 b. 3 de gösterilmiştir: «Bağışlanan, bağışlamayı takyit eden mükellefiyeti haklı bir sebep olmaksızın icra etmezse, bağışlayan, yaptığı bağışlamadan veya tenfiz ettiği taahhüdünden rücu ve bağışlananın elinde hâlen ne kalmış ise onun iadesini dava edebilir».

Ölüme bağlı tasarruflarla ilgili mükellefiyetler bakımından buna benzer bir hükme de MK. m. 462 de rastlıyoruz. Sözü geçen maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde «miras mukavelenamesinin veya vasiyetin infazından itibaren alâkadarlardan herbiri bu mükellefiyetlerin ... icrasını isteyebilirler» denilmekle, mükellefiyetin kendisine tevcihte bulunulan kimseye, bir edimde bulunmak mecburiyeti yüklediği ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, ivazsız tevcihlere tevcihte bulunanlar tarafından eklenmiş olan mükellefiyetler, teberruda bulunulan kimseye, bir edimde bulunmak mecburiyeti yüklerler. Yoksa bu kayıtlar tevcihte bulunanın sadece «temenni ve nasihatları»ndan ibaret değildirlir; zira temenni ve nasihat şeklindeki irade beyanlarının

teberruda bulunulan kimseyi bağlayıcı nitelikleri yoktur. Diğer bir deyimle, bunların müeyyidesi hukukî değil, fakat ahlâkîdir<sup>36</sup>.

Mamafih hemen belirtelim ki, mükellefiyet, kendisine teberruda bulunulan kimsenin bir «karşı edimi» de değildir. Aksi kabul edildiği takdirde, mükellefiyetle takyit edilmiş bulunan hukukî muamelenin mahiyeti de değişecektir. Gerçekten, bir bağışlama akdine eklenmiş olan mükellefiyet, bağışlayanın ediminin illetini teşkil ediyorsa, bu takdirde mükellefiyet, bağışlananın bir karşı edimi mahiyetini alır<sup>37</sup>. Böylece de yapılmış olan bağışlama artık «mükellefiyetli bağışlama» olmaktan çıkarak «karma akit mahiyetindeki bağışlama» olur. Meselâ bir kimse «sana bu apartman daire-sini bağışlıyorum, fakat sen de çocuklarıma öğrenimlerini bitirinceye kadar ingilizce dersi vereceksin» der ve bağışlanan da bunu kabul ederse, durum böyledir.

**C) Mükellefiyet faydalananlar lehine bir alacak hakkı doğurmaz :**

Yukarıda gördüğümüz gibi mükellefiyet, kendisine teberruda bulunulan kimseyi bir edimde bulunmaya zorlar, fakat bundan faydalanacak olanlara bir «alacak hakkı» bahşetmez. Faydalanacak olanların ve ilgililerin sadece mükellefiyetin yerine getirilmesini dava etme hakları vardır<sup>38</sup>. Bu özellik mükellefiyeti muayyen mal vasiyetinden ayırır; zira muayyen mal vasiyetinde musaleh lehine bir alacak hakkı doğmaktadır.

Mükellefiyetten faydalanacak olanlar lehine bir alacak hakkı doğmadığı içindir ki, bunlar mükellefiyetin kendisine teberruda bulunulan kimse tarafından yerine getirilmemesi halinde ademi ifa sebebiyle tazminat talep edemezler<sup>39</sup>.

Mükellefiyetten faydalanacak olanlar bir alacak hakkına sahip değil iseler de, bunların ve ilgililerin mükellefiyetin ifasını talep hususunda dava hakları vardır. Nitekim ölüme bağlı tasarruflarla ilgili olarak MK. m. 462/I bunu açıkça belirtmektedir. Mükellefiyetli bağışlamalarda ise, kanun bu hakkı evveleminde bağışlayana tanımış, ancak bağışlayan ölmüş olduğu ve mükellefiyetin icrası da

<sup>36</sup> Gürsoy, agm., sh. 469.

<sup>37</sup> Bk. Tandoğan, age., sh. 261; Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. II Özel Borç ilişkileri, İstanbul 1967, sh. 190.

<sup>38</sup> Tuor, Art. 482, Anm. 6; Escher, Art. 482, Anm. 13.

<sup>39</sup> Tuor, Art. 482, Anm. 18; Escher, Art. 482, Anm. 22; Gürsoy, agm., sh. 537.

kamunun menfaati ile ilgili bulunduğu takdirde ki, bu hakkın yetkili mercilere intikalini öngörmüştür (BK. m. 241/I, II). Mükellefiyetten faydalanların ise böyle bir hakkı yoktur.

### III — BENZERİ MÜESSESELERDEN TEFRİKİ

Yukarıda incelediğimiz dar ve teknik anlamdaki mükellefiyet ile benzerlik arzeden bazı hukukî müesseseler vardır. Bunlara örnek olarak «vekâlet akdi»ni, «üçüncü şahıs lehine şart»ı, «muayyen mal vasiyeti»ni ve nihayet «dar ve teknik anlamdaki şart»ı zikredebiliriz.

Mükellefiyet ile şartın mukayesesini daha sonra ayrı bir paragrafta ele alacağımız için, aşağıda mükellefiyetin, şartın dışındaki diğer benzeri müesseselerle münasebetini inceliyeceğiz.

#### A) Vekâlet akdi :

Dar ve teknik anlamdaki mükellefiyet ile vekâlet akdi arasında bir benzerlik vardır. Bu benzerlik daha ziyade mükellefiyetin teberruda bulunulan kimseye yüklediği edimin, aynı zamanda bir vekâlet akdine de konu olabileceği hallerde ortaya çıkar.

Gerçekten, mükellefiyetin yüklediği edim, «bir işin görülmesi» veya «bir hizmetin ifası»na matuf bulunuyorsa, durum böyledir; zira bilindiği üzere vekâlet akdinin de konusu «bir işin idaresi veya bir hizmetin ifası»ndan ibarettir (BK. m. 386/I). Meselâ bir bağışlama akdinde bağışlayan, bağışlamasına «beş yıl müddetle her yıl 23 Nisanda bağışlananın on fakir çocuğa elbise yaptırtıp dağıtması» kaydını eklemiş bulunuyorsa, acaba bağışlayan bu suretle bir «mükellefiyetli bağışlama» mı yapmıştır, yoksa bağışlama ile birlikte bağışlanana belirttiği işin görülmesi konusunda bir vekâlet mi vermiştir?

Vekâlet bir «akit» olduğuna göre, her iki müessese arasında bir benzerlik, ancak mükellefiyetin eklenmiş bulunduğu ivazsız kazandırıcı muamelenin de bir «akit» olduğu hallerde söz konusu olabilecektir. Bu itibardır ki, «vakıf kurma»ya veya «vasiyet»e eklenmiş olan bu nevi bir kayıt, vakfeden veya muris ile vakıf tüzel kişiliği veya musaleh arasında bir «vekâlet münasebeti» doğurmaz; zira gerek «vakıf kurma», gerek «vasiyet» tek taraflı hukukî muamelelerdendir. O halde bu benzerlik «bağışlama» ve «miras mukavelesi»ne eklenen kayıtlar dolayısıyla ortaya çıkabilecektir.

Aralarındaki bu benzerliği rağmen, mükellefiyeti vekâlet akdinden ayırmaya yarayacak bir takım kıstaslar da yok değildir.

Gerçekten, vekâlet akdinde vekilin borcu bir müddet tayin edilmediği veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde hemen muaccel olur, yani burada BK. m. 74 hükmü uygulanır. Oysa mükellefiyetle takyit edilmiş olan bir kazandırıcı muamelede, meselâ mükellefiyetli bir bağışlamada, bağışlananın mükellefiyeti ifa borcu hemen değil, fakat bağışlayanın kendi edimini yerine getirmesinden sonra muaccel olur<sup>40</sup>.

Diğer taraftan, vekâlet akdinde vekil istifa etmek suretiyle her zaman akitten rücu edebilme imkânına sahip iken, kendisine yapılan tevcihi kabul etmiş olan kimse, meselâ bağışlanan, bu tevcihe bağlanmış olan mükellefiyeti ifadan kaçınmaz<sup>41</sup>; kendisini mükellefiyetin ifası konusunda zorlamak mümkündür. Gerçekten, mükellefiyetli bağışlamada bağışlayan, gerektiğinde bağışlamadan rücu suretiyle (BK. m. 244 b. 3) bağışlanana mükellefiyeti ifa etmeye zorlanabilir<sup>42</sup>.

### B) Üçüncü şahıs lehine şart :

Borçlar Kanunumuzun 111 nci maddesinde düzenlenen «üçüncü şahıs lehine şart» ya da «üçüncü şahıs lehine mukavele»<sup>43</sup> nin başlıca iki nev'i vardır :

#### 1) Eksik (gayri hakiki) üçüncü şahıs lehine şart :

Bu nevi üçüncü şahıs lehine şartta, vaad eden vaad ettirene karşı vaad ettiği edimi üçüncü şahsa ifa etmeyi taahhüt eder. Buradan üçüncü şahıs lehine bir alacak hakkı doğmaz, üçüncü şahıs sadece vaad eden tarafından kendisine yapılacak olan ifayı kabul etmeye yetkilidir (BK. m. 111/I). Üçüncü şahıs bir alacak hakkına sahip bulunmadığı içindir ki, edimin kendisine yapılmasını vaad edenden talep edemez; keza bu yüzden uğrayacağı zararları da vaad eden istiyemez.

Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, eksik üçüncü şahıs lehine şart ile mükellefiyet arasında bir benzerlik vardır. Gerçekten, mükellefiyette de bundan faydalanacak olan üçüncü şahısların bir «alacak hakkı» yoktur, onlar ancak teberruda bulunulan kim-

<sup>40</sup> Stiefel, F.: Die privatrechtliche Auflage, insbesondere nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1933, sh. 59 (Gürsoy, agm., sh. 508 den naklen).

<sup>41</sup> Gürsoy, agm., sh. 508.

<sup>42</sup> Tandoğan, age., sh. 261; Becker, Art. 246, Anm. 7.

<sup>43</sup> Kanunda «başkası lehine şart» denilmekte ise de doktrinde genellikle kullanılan olan «üçüncü şahıs lehine şart» deyimini tercih ediyoruz.

se tarafından kendilerine yapılacak olan edimi kabule yetkili kimselerdir. Kendileri lehine bir alacak hakkı mevcut olmadığı içindir ki, bu kimseler teberruda bulunulan tarafından mükellefiyetin ifa edilmemesi halinde ademi ifa sebebiyle tazminat da talep edemezler<sup>44</sup>.

2) *Tam (hakiki) üçüncü şahıs lehine şart :*

Tam üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahıs sadece kendisine vaad eden tarafından yapılacak edimi kabule değil, fakat aynı zamanda edimi ondan talep etmeye de yetkilidir. Diğer bir deyişle, bu nevi üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahıs bir alacaklı durumundadır, bir «alacak hakkı»na sahip bulunmaktadır.

Tam üçüncü şahıs lehine şart ile mükellefiyet arasında bir benzerlik bulunmadığı açıktır; zira tam üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahıs bir «alacak hakkı» kazandığı halde, mükellefiyette bundan faydalanacak olanlar lehine böyle bir hak doğmaz. Marnafih mükellefiyetli bağışlamada taraflar mükellefiyetten faydalanacak olan kimseye böyle bir hak tanırılsa, bu takdirde o kimse tam üçüncü şahıs lehine şarttaki üçüncü şahsın durumuna getirilmiş olur<sup>45</sup>. Doktrinde genellikle kabul edilen bir görüşe göre, şayet mükellefiyetten doğan edim b e l l i bir kimseye karşı ifa edilecekse, bu kimseye bir «alacak hakkı» tanınmalıdır<sup>46</sup>.

C) *Muayyen mal vasiyeti :*

Medenî Kanunumuzun 464 ncü maddesinde «Muayyen bir malda tasarruf» başlığı altında düzenlenen muayyen mal vasiyeti, «murisin ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye, mirasçı nasbını tazammun etmeyen mamelekî bir menfaat tevcihidir»<sup>47</sup>.

Muayyen mal vasiyeti ile ölüme bağlı tasarruflara eklenen mükellefiyetler arasında, her ikisinin de «edim mecburiyeti» doğurması bakımından bir benzerlik vardır. Gerçekten muris, muayyen mal vasiyetinde mirasçılara, mükellefiyetli ölüme bağlı tasarruflarda ise yerine göre mirasçılara veya musalehe bir külfet yüklemektedir.

<sup>44</sup> Bk. yuk dn. 39.

<sup>45</sup> Gürsoy, agm., sh. 509.

<sup>46</sup> Oser/Schönenberger, Art. 112, Anm. 19; Art. 246, Anm. 6; von Tuhr/Siebart, age., Bd. II, sh. 685; Tunçomağ, age., sh. 560.

<sup>47</sup> İnan, age., sh. 154.

Ölüme bağlı tasarruflara eklenen mükellefiyetleri muayyen mal vasiyetinden ayıran özellik, mükellefiyetten istifade edecekler lehine bir alacak hakkının doğmamasıdır. Oysa muayyen mal vasiyetinde musaleh lehine bir alacak hakkı doğmaktadır<sup>48</sup>.

#### § 4. ŞART VE MÜKELLEFIYETİN MUKAYESESİ

Şart ve mükellefiyet kavramlarını, pek fazla genişletmeksizin ana hatlarıyla incelemiş bulunuyoruz. Her iki kavram arasında, özellikle mükellefiyet ile iradî şart arasında büyük bir benzerlik bulunduğuna daha önce Giriş bölümünde işaret etmiştik.

Aşağıda bu iki kavram arasında gerek mahiyetleri gerek hukukî neticeleri bakımından tesbit edebildiğimiz farkları belirteceğiz.

1) *Şart*, kaideten her türlü hukukî muamelelere eklenebilen bir kayıttır. Gerçi BK. m. 149 ve 152 de «akit»ten söz edilmekte ve dolayısıyla sadece akitlerin şarta bağlanabileceği gibi bir netice çıkmakta ise de, doktrinde hâkim olan görüşe göre, sadece akitler değil, diğer hukukî muameleler dahi şarta bağlı olarak yapılabilir<sup>49</sup>.

Kaide böyle olmakla beraber, şarta bağlanamayacak bazı hukukî muameleler de vardır ki, bunlara «şarta düşman hukukî muameleler» (*bedingungsfeindliche Geschäfte*) denilmektedir. Bunlara örnek olarak evlenme, evlât edinme, tanıma, nesebin tashihi gibi aile hukuku ile ilgili muameleleri, mirasın kabulü ve reddini, tapu siciline yapılacak tescil işlemlerini, feshi ihbar ve takas beyanı gibi yenilik doğuran hakların kullanılmasını zikredebiliriz.

*Mükellefiyet* ise, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere<sup>50</sup>, her türlü hukukî muamelelere değil, sadece *ivazsız* kazandırmaya eklenebilen bir kayıttır. Nitekim gerek Medenî Kanunda gerek Borçlar Kanununda dar ve teknik anlamdaki mükellefiyetten söz edilen üç halde de (MK. m. 80/II, 462; BK. m. 240) mükellefiyetle takyit edilebilecek olan muameleler *ivazsız kazandırıcı muamele mahiyetindedirler*.

<sup>48</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bk. Gürsoy, agm., sh. 501-507.

<sup>49</sup> Bk. Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 16; Becker, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 1. von Tuhr/Siegwart, age., Bd. II, sh. 704; Tunçomağ, age., sh. 576; İmre, age., sh. 193.

<sup>50</sup> Bk. yuk. dn. 2.

2) *Şart*, bağlanmış olduğu hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasını t a l i k eder. Gerçekten, yapılmış olan hukukî muamelenin hüküm ve neticelerinin doğması, şartın gerçekleşmesine bağlıdır (talikî şart). Şart gerçekleşinceye kadar bu hukukî muamelenin hükümleri askıdadır.

*Mükellefiyet* ise, eklenmiş bulunduğu hukukî muamelenin hüküm ve neticeler doğurmasını t a l i k e t m e z. Diğer bir deyişle, bu hukukî muamelenin hükümlerinin doğması, mükellefiyetin ifa edilmesine veya edilmemesine bağlı değildir. Bilâkis mükellefiyetin ifası, ivazsız kazandırıcı muameleden doğan edimin yerine getirilmesine bağlıdır; meselâ mükellefiyetli bir bağışlamada bağışlananın kendisine yükletilmiş olan mükellefiyeti ifa edebilmesi için, önce bağışlayanın kendi edimini yerine getirmesi, yani tevcihin vâki olması lâzımdır.

3) *Şart i l z a m e t m e z*. Başka bir deyişle, karşı taraftan şartı gerçekleştirilmesi istenemez. Bu, tabiiyle şart olarak öngörölmüş olan olayın vukuunun, taraflardan birinin bir fiiline bağlı bulunması, yani hukukî muamelenin «iradî şart»la yapılmış olması halinde söz konusu olabilir. İradî şart kendisinin fiiliyle gerçekleşecek olan taraf, karşı tarafça bu fiilde bulunmaya zorlanamaz<sup>51</sup>.

*Mükellefiyet* ise, i l z a m e d e r; yani ivazsız bir kazandırıcı muameleyle kendisine mükellefiyet yükletilmiş olan kimseden bu mükellefiyeti yerine getirmesi istenebilir; zira mükellefiyet, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, ivazsız tevcihi kabul etmiş olan kimseye bir edimde bulunma mecburiyeti yükler. Nitekim bu, BK. m. 241 ve MK. m. 462 hükümlerinden de anlaşılmaktadır.

Şart ile mükellefiyet arasındaki yukarıda 2) ve 3) de belirttiğimiz bu farkları SAVIGNY âdeta bir vecize şeklinde şöyle belirtmektedir: «*Die Bedingung naemlich suspendiert, zwingt aber nicht;*

<sup>51</sup> Ölüme bağlı tasarruflarda şart ve mükellefiyeti birlikte düzenleyen MK. m. 462 de «Miras mukavelenamesinin veya vasiyetin infazından itibaren alakadarlardan herbiri bu mükellefiyetlerin ve şartların icrasını istiyebilirler» denilmekte ise de, doktrindeki hâkim görüşe göre, bu hüküm münhasıran mükellefiyet hakkında öngörölmek gerekirken, bir hata eseri şartları da kapsama alacak şekilde ifade edilmiştir. Bu hata mehaz İsviçre Medenî Kanununda da mevcuttur. Binaenaleyh sadece mükellefiyetin ifası istenebilir, şartın ifası istenemez: İmre, age., sh. 192/193; Tuor, Art. 482, Anm. 22/23; Escher, Art. 482, Anm. 18; Gürsoy, agm., sh. 500; İnan, age., 150; Ayiter, N.: age., sh. 79.

*der Modus zwingt, suspendiert aber nicht*» (Şart talik eder, fakat ilzam etmez; mükellefiyet ilzam eder, fakat talik etmez)<sup>52</sup>.

4) *Şart fer'î* mahiyette bir kayıttır; yani ancak bir esas (ana) hukukî muameleye eklenebilir ve böylece de esas muamele «şarta bağlı hukukî muamele» olur. Bu itibarıdır ki, şart tek başına müstakil bir irade beyanının muhtevası olamaz. Binaenaleyh ortada bir hukukî muamele mevcut olmadıkça şart da yoktur<sup>53</sup>. Hattâ şartın da, eklendiği hukukî muamelenin tâbi bulunduğu şekle uygun olarak kararlaştırılması gerekir; meselâ bir bağışlama taahhüdünde şart da esas muamele gibi yazılı şekilde kararlaştırılmış olmalıdır.

*Mükellefiyet* ise, münhasıran fer'î mahiyette *değildir*. Gerçekten, mükellefiyet ivazsız bir kazandırıcı muameleye eklenen fer'î bir kayıt olabileceği gibi, ölüme bağlı tasarruflarda tasarrufun yegâne muhtevasını da teşkil edebilir; meselâ muris, vasiyetnamesinde sadece ölümü halinde cesedinin ilmi incelemelere konu olmak üzere Ankara Tıp Fakültesine verilmesini belirtmişse, durum böyledir. Buna doktrinde «*müstakil mükellefiyet*» denilmektedir. Müstakil mükellefiyette sadece mükellefiyet mevcut olup, bunun yanında ivazsız bir tevcih yoktur; bu mükellefiyet doğrudan doğruya kanunî mirasçılara yükletilmiştir<sup>54</sup>.

5) *Şart*, eklenmiş olduğu hukukî muameleye sıkı sıkıya *bağlıdır*. Diğer bir deyimle, şart ile şartın kendisine eklenmiş bulunduğu ana hukukî muamele bir «bütün» teşkil ederler. Binaenaleyh şartın muteber olup olmaması veya gerçekleşip gerçekleşmemesi, ana muamelenin mukadderatına tesir eder. Nitekim ana muameleye eklenen şart hükümsüz ise, ana muamele de hükümsüzdür (BK. m. 155; MK. m. 462/II). Burada BK. m. 20/II hükmünün kıyasen uygulanması da söz konusu olmaz<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Savigny, F.C.: System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, sh. 231. Ayrıca bk. Escher, Art. 482, Anm. 4; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 22; İmre, age., sh. 192; İnan, age., sh. 150; Gürsoy, agm., sh. 500.

<sup>53</sup> Bk. Gürsoy, agm., sh. 499; Tuor, Art. 482, Anm. 8; İnan, age. sh. 149; İmre, age., sh. 193.

<sup>54</sup> Bk. Tuor, Art. 482, Anm. 8 a; Escher, Art. 482, Anm. 15; İmre, age., sh. 203; Gürsoy, agm., sh. 499; İnan, age., sh. 149. Ayiter, N.: age., sh. 79; Stiefel, agt., sh. 110.

<sup>55</sup> Becker, Vorbem. zu Art. 151-157, Anm. 23; Oser/Schönenberger, Art. 157, Anm. 4, Stiefel, agt., sh. 218. Aksi fik. Bilge, N.: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, B. 3, Ankara 1971, sh. 129; Tunçomağ, age., sh. 578.



Diğer taraftan, ana muamelenin hüküm ve neticelerinin doğması veya ortadan kalkması da şartın gerçekleşip gerçekleşmeme sine sıkı surette bağlıdır. Şart gerçekleşinceye kadar ana muamele- nin hükümleri askıdadır. Şart gerçekleşince ya ana muamelenin hüküm ve neticeleri doğar (talikî şart) (BK. m. 149/II) veya daha önce doğmuş olan hüküm ve neticeleri o andan itibaren kendiliğinden ortadan kalkar (infisahî şart) (BK. m. 152/I).

*Mükellefiyet* ile mükellefiyetin eklenmiş bulunduğu esas (ana) muamele arasında böyle bir bağlılık y o k t u r. Diğer bir deyişle, gerek bağışlamaya gerek ölüme bağlı tasarruflara eklenmiş olan mükellefiyetler, bağışlama veya ölüme bağlı tasarrufun mukadde- ratına tesir etmezler; zira gerek mükellefiyet gerek esas muamele birbirlerinden müstakil birer varlığa sahiptirler. Binaenaleyh mü- kellefiyetin ifa edilmemiş olması, esas muamelenin kendiliğinden ortadan kalkmasına müncer olmaz; mükellefiyet borçlusu kendi- sine vâki tevcihi iktisap eder, musaleh veya mansup mirasçı sıfat- larını kazanır<sup>56</sup>.

6) *Şartta*, özellikle «iradî şartta» şartın gerçekleştirilmesi bir tarafça diğer taraftan istenemeyeceği, başka bir deyişle karşı ta- rafı bu konuda zorlama imkânı mevcut olmadığı içindir ki, şartın gerçekleştirilmemesinin müeyyidesi, i k t i s a p t a n m a h r u m i y e t (talikî şartta) veya i k t i s a b ı n k a y b ı (infisahî şart- ta) dır. Gerçi taraflar, yaptıkları hukukî muameleyi bir iradî şarta bağlamak hususunda anlaşmışlardır, fakat bu anlaşmadan taraf- lar için bir edimde bulunma mecburiyeti, yani şartın gerçekleştiri- lmesi bakımından belli bir hareket tarzı ihtiyar etme mükellefi- yeti doğmaz. Şartın gerçekleştirilmesi taraflardan birinin iradesine, —tâbir caizse— «keyfine» kalmıştır<sup>57</sup>. Bu taraf, kendisine taahhüt olunan tevcihi iktisaptan mahrum kalmayı veya vâki iktisabını kay- betmeyi göze aldığı sürece, şartın gerçekleştirilmesi için kendisin- den beklenen hareket tarzını ihtiyar etmiyebilecektir.

Oysa *mükellefiyette* durum tamamen aksinedir. Gerçekten mü- kellefiyet, kendisine teberruda bulunulan kimseye, belli bir edimde bulunma mecburiyeti yüklediğinden, bu kimsenin (mükellefiyet borçlusunun) mükellefiyeti yerine getirmemesinin müeyyidesi, vâ- ki iktisabın kendiliğinden kaybedilmesi değil, mükellefiyet borç- lusunun i f a y a z o r l a n m a s ı dır. Nitekim BK. m. 241 bağış-

<sup>56</sup> Bk. Gürsoy, agm., sh. 499; İnan, age., sh. 149; Tandoğan, age., sh. 261; Ayiter, N.: age., sh. 79.

<sup>57</sup> Bk. Tuor, Art. 482, Anm. 8 b; Gürsoy, agm., sh. 500.

layana ve onun ölümü halinde bazı şartlarla yetkili mercilere, MK. m. 462 ise ilgililere bu konuda bir «dâva hakkı» bahsetmişlerdir.

7) *Şartta*, şartın gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine göre şarta bağlı hukukî muamele k e n d i l i ğ i n d e n hüküm ve neticeler doğurur (talikî şartta) veya hüküm ve neticeleri ortadan kalkar (infisahî şartta); bunun için ayrıca bir irade beyanında bulunmaya lüzum ve ihtiyaç yoktur.

*Mükellefiyette* ise, mükellefiyet borçlusunun mükellefiyeti yerine getirmemesi halinde mükellefiyetle takyit olunmuş bulunan ivazsız kazandırıcı muamele kendiliğinden ortadan k a l k m a z. Mükellefiyetli bağışlamalarda Borçlar Kanunumuz bu gibi hallerde bağışlayana bağışlamasından r ü c u imkânını tanımıştır. Gerçekten, EK. m. 244 b. 3 uyarınca bağışlayan, bağışlanan mükellefiyeti haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmedeği takdirde bağışlamadan rücu edebilir.

Ölüme bağlı tasarruflara eklenmiş olan mükellefiyetlerin ifa edilmemiş olması halinde de aynı neticenin doğacağı söylenemez; zira Medenî Kanunumuz bu konuda BK. m. 244 b. 3 hükmüne benzer bir hüküm ihtiva etmemektedir.

Bu konu ile ilgili olarak GÜRsoy<sup>58</sup> çeşitli ihtimaller üzerinde durduktan sonra «mükellefiyetin bazı ahvalde hukukumuzda ciddi bir müeyyideden mahrum olduğu» neticesine varıyor.

## § 5. N E T İ C E

Şart ve mükellefiyet kavramlarının mahiyetlerini ve aralarındaki farkları belirttikten sonra neticede, ivazsız bir kazandırıcı muameleye tarafların anlaşmasıyla konulmuş olan bir kaydın «şart» mı yoksa «mükellefiyet» mi olduğu hususunun nasıl tesbit edileceği meselesine gelmiş bulunuyoruz.

Yukarıda belirttiğimiz farklılıklara rağmen her iki kavram arasında büyük bir benzerliğin bulunması, meselenin çözümünü oldukça güçleştirmektedir. Bu, özellikle ivazsız tevcihte bulunan kimsenin kazandırıcı muameleye eklediği kaydın, kendisine teberruda bulunulan kimsenin belli bir hareket tarzını gerektirdiği hallerde daha belirgin bir hal almaktadır.

Gerçekten, ivazsız tevcihte bulunan kimse, meselâ bağışlayan yaptığı bağışlamaya bağışlananın yüksek tahsilini mutlaka bitir-

<sup>58</sup> Gürsoy, agm., sh. 537-541.

mesi kaydını ilâve etse, acaba burada «infisahî şarta bağlı bir bağışlama» mı, yoksa «mükellefiyetli bir bağışlama» mı söz konusu olacaktır? Aynı şekilde muris, vasiyetnamesinde bağını oğluna bıraktığını, fakat oğlunun da içkiyi terketmesini veya en kısa zamanda evlenmesini istediğini beyan etmiş olsa, acaba bu suretle vasiyetini bir şarta mı bağlamak istemiştir, yoksa mükellefiyetli bir vasiyet mi yapmıştır?

Yukarıda verdiğimiz misallerde gerek bağışlamanın gerek muayyen mal vasiyetinin «şarta bağlı» olduğu neticesine varılabileceği kadar, bunların «mükellefiyetli» bir bağışlama veya muayyen mal vasiyeti oldukları da kabul edilebilir; zira her iki misalde de tevcihte bulunan, bunu iktisap edecek olanın belli bir hareket tarzında bulunmasını istemektedir.

İvazsız bir kazandırıcı muameleye eklenmiş olan bir kaydın şart mı, yoksa mükellefiyet mi olduğunu tayinde, kullanılmış olan ifadeler ve deyimlere göre netice çıkarmak doğru değildir; zira taraflar ya da böyle bir kaydı ilâve eden taraf, çoğu kez tecrübesizlik veya bilgisizlikten dolayı yanlış ve ters ifadeler kullanırlar. Meselâ bir baba uyuşturucu maddelere müptelâ olan oğlunu bu kötü ve tehlikeli alışkanlıktan kurtarmak gayesiyle ona bir malını bağışlarken, «uyuşturucu maddeleri kullanmaktan vazgeçmen ş a r t ı ile sana bu bağışta bulunuyorum» demiş ve oğlu da bunu kabul etmiş olsa, akitte kullanılmış olan deyim'e göre bu bağışlamayı «şarta bağlı bir bağışlama» olarak tavsif etmek gerekecektir. Oysa, tarafların kullanmış oldukları ifade tarzına bağlı kalmıyarak onların, amma özellikle bağışlayan babanın h a k i k î i r a d e s i n i vorum yoluyla tesbit cihetine gidersek, bu bağışlamayı «mükellefiyetli bir bağışlama» saymamız mümkün olabilecektir.

O halde, ivazsız bir kazandırıcı muameleye eklenmiş olan kayıtların şart ya da mükellefiyet olup olmadıklarının tesbitinde netice, kullanılmış olan deyimlere bakılmaksızın bu nevi bir kaydın muameleye ilâve eden kimsenin veya tarafların hakikî iradelerinin araştırılmasına bağlı bulunmaktadır<sup>59</sup>. Tarafların hakikî iradeleri

<sup>59</sup> Bk. Tuor, Art. 482, Anm. 12; Gürsoy, agm., sh. 501; Bilge, age., sh. 130; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, sh. 191.

Açıkça ifade etmemesine rağmen İmre'nin aksi fikirde olduğu söylenebilir; zira yazar verdiği misalde doğrudan doğruya ivazsız tevcihte bulunmanın kullandığı ifadeye göre netice çıkarmaktadır. Gerçekten, yazara göre, «Eserimi yayınlaması şartı ile (A) ya yirmi bin lira vasiyet ediyorum, şeklinde tanzim olunan tasarruf, şarta bağlı bir mal vasiyeti mahiyetindedir. Buna karşılık, (A) ya yirmi bin lira vasiyet ediyorum, (A) da benim ese

y o r u m yoluyla tesbit edildikten sonra, onların açıkça «şart» şeklinde nitelendirdikleri bir kayıt, bir «mükellefiyet» olarak tavsif edilebileceği gibi, şarttan hiç söz edilmediği halde, konulmuş olan kaydın bir «şart» olduğu da kabul edilebilir.

Tarafların hakikî iradelerini yorum yoluyla tesbit ederken, bazı esaslardan da faydalanılabilir. Şöyle ki :

1) Kendisine teberruda bulunulan kimseden beklenen şey, zorla yaptırılmıyacak mahiyette bir hareket tarzı ise, bunu tazammun eden kaydın bir «şart» olarak kabulü gerekir<sup>60</sup>; meselâ yukarıda verdiğimiz misallerden birinde babanın en kısa zamanda evlenmesi kaydıyla oğlu lehine yaptığı muayyen mal vasiyeti, şarta bağlı bir vasiyet sayılacaktır<sup>61</sup>.

2) Halin icabına göre, ivazsız tevcihte bulunanın önce kendi edimini yerine getirmesi gerektiği kabul edilebilecek hallerde, muameleye eklenmiş olan kayıt «mükellefiyet» olarak nitelendirilmelidir; meselâ «her yıl 23 Nisanda on fakir çocuğu giydirmen şartıyla sana yüz bin lira bağışlıyorum» şeklindeki bir bağışlamada durum böyledir. Zira bağışlananın, bağışlayanın isteğini yerine getirebilmesi, ancak onun kendi edimini ifa etmiş bulunması halinde mümkündür. Gerçi bu misalde «infisahî şarta bağlı bir bağışlama»nın söz konusu olabileceği de söylenebilir. Lâkin bağışlanana yükletilmiş olan edimin zorla yaptırılacak mahiyette olduğu da nazarı dikkate alınır, bunu «mükellefiyetli bağışlama» olarak kabul etmenin pek de yanlış olmayacağı neticesine varılabilir.

3) Buna karşılık, eğer önce teberruda bulunulanın kendisinden beklenen hareket tarzını ihtiyar etmesinin gerektiği kabul edilebiliyorsa, bu takdirde, hukukî muameleye eklenmiş bulunan kayıt «şart» olarak nitelendirilmelidir<sup>62</sup>; meselâ bir babanın kumarı bırakması kaydıyla oğluna yaptığı bağışlama, «talikî şarta bağlı bir bağışlama» sayılmalıdır.

---

rimi neşredecektir tarzındaki tasarruf ise, mükellefiyet yüklü bir mal vasiyetidir»: age., sh. 192.

<sup>60</sup> Bk. Tandoğan, age., sh. 260; Bilge, age., sh. 130; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, sh. 191; Oser/Schönenberger, Art. 245, Anm. 7; Becker, Art. 245, Anm. 6.

<sup>61</sup> Yargıtay ise bağışlayanın akrabasından biri ile evlenmek kaydıyla yapılan bağışlamayı «mükellefiyetli bağışlama» saymıştır: 1. HD. 13.1.1935, E 43/K. 39, Tepeci, K.: Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, B. 3, Ankara 1959, sh. 525/526. Yargıtayın bu görüşü haklı olarak tenkit edilmektedir: Tandoğan, age., sh. 260, dn. 34; Bilge, age., sh. 130.

Görüldüğü üzere, ivazsız bir kazandırıcı muameleye eklenmiş olan kayıtların şart ya da mükellefiyet olup olmadığı hususunun tesbiti son derece güç olup, bu konuda kesin kıstaslar vermek mümkün değildir. Söylenebilecek son söz, meselenin çözümlenmesinde hareket noktasının, tarafların (veya böyle bir kaydı koyanın) kullanmış oldukları ifade tarzı ve deyimler değil, onların h a k i k î i r a d e l e r i n i n titiz ve dikkatli bir yorumla ortaya çıkarılması olduğudur.