

172946

**Roma Hukukunda Şart
Duygu Özer Sarıtaş
(Yüksek Lisans Tezi)**

Eskişehir, 2003

**Anadolu Üniversitesi
Merkez Kütüphane**

ROMA HUKUKUNDA ŞART

Duygu ÖZER SARITAŞ

YŐKSEK LİSANS TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
DanıŐman: Doç. Dr. A. Nadi GŪNAL

Eskişehir
Anadolu Őniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temmuz 2003

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ

ROMA HUKUKUNDA ŞART

Duygu ÖZER SARITAŞ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2003-06-11

Danışman: Doç. Dr. A. Nadi GÜNAL

Hukukî işlemlerle ilgili genel kural yapıldıkları anda hukukî sonuç doğurmalarıdır. Ancak bazen hukukî işlemlerin hukukî sonuç doğurması veya geçerliliği ileride ortaya çıkacak bazı olaylara bağlanmak istenebilir. Şart, kişilere bu imkanı veren ve hukukî işleme eklenen özel bir unsurdur. Şart sayesinde işlemin geçerliliği, gelecekteki ve belirsiz bir olayın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak yapılır. Şartlar “bozucu” (*conditio suspensiva*) ve “erteleyici” (*conditio resolutive*) olarak ikiye ayrılır. Erteleyici ve bozucu şartlar yapılmış bir sözleşmenin kurulmasını, feshedilmesini, tamamlanmasını ya askıda bırakır ya da geciktirirler. Başka bir deyişle erteleyici şarta bağlanmış bir sözleşmede sözleşmenin gerçekleşmesi için şartın gerçekleşmesi gerekirken, bozucu şarta bağlı sözleşme hemen bağlayıcı olur, şartın gerçekleşmediği durumlarda şartın hiçbir bağlayıcı gücü kalmaz. Roma hukukunda sadece erteleyici şart türü bilinmektedir.

“*Sub condicionem*” terimi Romalı hukukçular için erteleyici şarta bağlı işlemlerin sonucunun etkisi ile eşdeğerdir. Ayrıca şartın, olumlu ve olumsuz şart, iradi şart, tesadüfi şart ve karma şart olmak üzere çeşitleri vardır. Şartın her çeşidi imkansız ve kanuna aykırı olmadığı sürece tarafların istekleri doğrultusunda sözleşmeye eklenebilir.

ABSTRACT**CONDICIO IN ROMAN LAW****Duygu ÖZER SARITAŞ****Department of Private Law****Anadolu University Social Sciences Institute, July 2003-06-11****Advisor: Assc. Prof. A. Nadi GÜNAL**

The general principle is that at the moment a legal transaction is made it constitutes legal consequences. However sometimes the validity and legal consequences of a legal transactions may be bound to a future and uncertain event. A condition is a special element that provides a person with insert it to a legal transaction. A condition is a clause by means of which the effectiveness of a transaction is made dependent upon the occurrence or non-occurrences of a future and uncertain event. Conditions are said to be either “suspensive” (*conditio suspensiva*) or “resolutive” (*conditio resolutive*), that is, they either suspend or delay the actual beginning or formation of a contract or dissolve or put an end to a contract already formed. In other words a contract subject to a suspensive condition is binding only in case the condition is first fulfilled, while a contract having a resolutive condition attached to it is binding immediately but will cease to have any binding force upon the breach of the condition. In Roman Law only suspensive condition was known.

The phrase “*sub condicionem*” was for them tantamount to effecting a transaction under a suspensive condition. Furthermore conditions may be positive and negative, casuales and potestativa and mixed. Conditions of any sort may the pleasure of the parties be attached to a contract, providing the condition imposed is not something illegal or impossible.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Duyfu ÖZER SARITAŞ'ın "Roma Hukukunda Şart" başlıklı tezi 4 Temmuz 2003 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza _____

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Nadi GÜNAL
Üye : Doç.Dr.Ayşe YÜRÜK
Üye : Doç.Dr.Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof.Dr.Nurhan AYDIN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

1. HUKUKİ OLAYLAR.....	3
2. HUKUKİ İŞLEM	7
3. HUKUKÎ İŞLEM KAVRAMINI BELİRLEYEN NİTELİKLER	8
3.1. Taraf İradesi	8
3.2. İrade Açıklaması	9
3.2.1. İrade Açıklamasını Meydana Getiren Unsurlar.....	9
3.2.2.1. Temel Unsurlar.....	10
3.2.2.2. Tabîi (Doğal) Unsurlar	11
3.2.2.3. Talî Unsurlar (İkinci Derecede)	11
3.2.2. İrade Açıklamasının Geçerli Olmasını Sağlayan Unsurlar.....	13
4. HUKUKÎ İŞLEM KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ.....	13

5. ŞARTA BAĞLANABİLEN HUKUKİ İŞLEMLER	44
5.1. Şarta Bağlanabilen Hukukî İşlemlerin Çeşitleri.....	44
5.2. Alım-Satım Sözleşmesinde Söz Konusu Olabilecek Şartlar	45
5.2.1. Lex Commissaria	45
5.2.2. Pactum Displicentiae	47
5.2.3. In Diem Addictio	49
6. ŞARTIN BAZI KURUMLARDAN FARKI	52
6.1. Şart-Vade.....	52
6.2. Şart- Mükellefiyet.....	54

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞARTA BAĞLI İŞLEMLERİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. ŞARTA BAĞLI HUKUKİ İŞLEMİN ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİNDEN ÖNCEKİ (HUKUKİ İŞLEMİN ASKIDA BULUNDUĞU SÜREÇTEKİ) HÜKÜM VE SONUÇLARI	57
1.1. Erteleyici Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Önceki (Hukukî İşlemin Askıda Bulunduğu Süreçteki) Hüküm ve Sonuçları	57
1.2. Bozucu Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Önceki (Hukukî İşlemin Askıda Bulunduğu Süreçteki) Hüküm ve Sonuçları	66
2. ŞARTA BAĞLI HUKUKİ İŞLEMİN ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİNDEN SONRAKİ HÜKÜM VE SONUÇLARI	68
2.1. Şartın Gerçekleşmesi	69
2.1.1. Erteleyici Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Sonraki Hüküm ve Sonuçları.....	69

2.1.2. Bozucu Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Sonraki Hüküm ve Sonuçları.....	71
2.2. Şartın Gerçekleşmiş Sayılması	74
2.3. Şartın Gerçekleşme İhtimalinin Ortadan Kalkması Veya Gerçekleşmeyeceğinin Kesinleşmesi	75
SONUÇ	76
KAYNAKÇA.....	80

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
A.Ü.H.F.D	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.:	: Bakınız
C.	: Codex Iustinianus
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta, Iustiniani
D.E.Ü.H.F.D	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
Gai.	: Gaius
Inst.	: Institutiones
Iust.	: Iustinianus
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.Ü.H.F.D.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İ.Ü.Y.	: İstanbul Üniversitesi Yayınları
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra

MK.	:	Medeni Kanun
pr.	:	Principium
s.	:	Sayfa
T.B.K.	:	Türk Borçlar Kanunu
vd..	:	ve devamı
yy.	:	Yüzyıl

GİRİŞ

İsviçre, Türk ve Alman Hukuk sistemlerinde yer alan şart kurumuna ilişkin tartışmaların tarihsel kökeni Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Kişiler yaptıkları hukukî işlemlerin, ileride meydana gelebilecek belirsiz olaylar sonucunda, istedikleri hukukî sonucu doğurmasını ancak şart kurumu ile sağlayabilirler. Şart, hukukî işlemlerin tamamlayıcısı niteliğindedir ve şart kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle hukukî işlem kavramının bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle ilk önce hukukî işlemler hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Bilindiği üzere hukukî işlemlerin irade beyanı ve bu irade beyanına hukuk düzeni tarafından hukukî sonuç bağlanması olmak üzere iki temel unsuru bulunmaktadır. Bazı işlemler irade beyanından hemen sonra hukukî sonuç doğururlar. Bazı durumlarda ise irade beyanının hukukî sonuç doğurması hemen istenmeyebilir ve bu nedenle hukukî işlemin sonuç doğurması geleceğe ilişkin ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmış olabilir. Hukuk kaynaklarında bu tür işlemlere şarta bağlı hukukî işlemler adı verilmektedir. Tezimizin konusu ve amacı da Roma Hukuku'ndan günümüze şarta bağlı hukukî işlemlerin ve bu tür işlemlerin zaman içinde geçirdiği değişimlerin incelenmesidir.

Konuyla ilgili Roma Hukuku ilkeleri ve kuralları incelenirken, bunların modern hukuk sistemlerini ve özellikle İsviçre, Türk Hukuku'nu nasıl etkilediği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle, yeri geldikçe modern hukuktaki ve Türk Hukuku'ndaki prensipler dipnotlarda açıklanmaya çalışılmıştır. Bu şekilde, Roma Hukuku'nun vardığı sonuçlarla, modern hukukumuzun sonuçları arasındaki hukukî kavram ve düşünce bakımından ortaya çıkan paralellik üzerinde durulmuştur. Roma Hukuku'nun Türk Hukuku'na etkisi görülmeye çalışılmıştır.

Romalılar üstün bir hukuk anlayışına sahiptirler. Romalılar hukuk kavramını geliştirmişler, hukuk kavramlarını ve kurallarını açıklayan sistematik eserler yazmışlardır.

Hukukun genel prensiplerini ortaya koymuşlardır. Roma Hukuk sisteminin özelliği; devamlı olarak gelişebilme, değişen toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilme yeteneğini gösterebilmesi ve bu nedenlerle, canlılığını devamlı olarak koruyabilmesidir. Çiftçi-asker kökenli olan ve salt eyleme, pratik yaşama önem veren Romalılar, dünyanın en büyük imparatorluklarından birini kurmuşlardır. Roma, gerçekleştirdiği çok karmaşık siyasal örgütlenmesini (daha doğrusu örgütlenmelerini) hukuksal bir yapı içine oturtmuştur¹. Eylemlerin haklılığının, adilliğinin daha işe başlamadan kolayca ortaya konulabileceği bir sisteme gereksinim duyması, Romalı Hukukçuların, etkileri günümüze dek süregelen bir hukuk anlayışını oturtup geliştirmesine yol açmıştır. Dolayısıyla hukuk, Romalının kabul ettiği tek soyutlamadır. Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki Roma Hukuku doğrudan doğruya eylemle bağlantılıdır ya da daha doğrusu eylemin alanını çizmeye yaramıştır. Romalı olguları, hukuksal kavramlarla düşünmüştür. Roma'da “kılıcın çözüme kavuşturamadığı sorunları hukuk çözmüştür”².

¹Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, **İmparatorluktan Tanrı Devletine (Siyasal Düşünceler)** (Birinci basım. Ankara: İmge Kitabevi, 1991), s.13-14.

²Aynı, s. 23.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

1. HUKUKİ OLAYLAR

Her hak, bir hak sahibine, hukuken kişi olarak tanınan bir varlığa bağlıdır, sahibi olmayan bir hak düşünülemez. Ancak haklar daima aynı kişilere bağlı kalmazlar. Kişiler sahip oldukları hakları kaybedebilirler, yeni haklar kazanabilirler veya hakları bazı değişikliklere uğrayabilir³.

Hakların kazanılması, kaybedilmesi veya değişmesi, bazı olayların meydana getirdiği hukukî sonuçlardır. Genellikle bu çeşit olaylara “hukukî olay” denmektedir. Hayat içindeki olayların hepsi hukukî sonuç doğurmadığı için, hukuk sadece hukukî olaylarla ilgilenir. Hangi olayların ne gibi koşullar altında hukukî sonuç doğuracağını hukuk düzenleri belirler. Özel ve bireysel olaylardan yola çıkılarak genel ve soyut kurallar konur. Eğer bir olay genel ve soyut kuralın kapsamı içerisine giriyorsa, hukukî olay olur. Örneğin, ifa ile borcun ortadan kalkacağı, soyut bir hukuk kuralıdır. Eğer bir kişi, diğer kişiye olan 100 lira borcunu öderse, o zaman o kuralın kapsamına giren somut olay gerçekleşmiş olur ve kuralın tanıdığı sonuç, yani borcun ortadan kalkması alacaklı ve borçlunun şahıslarında gerçekleşmiş olur. Hukukî sonucu doğuran, olayın kendisi değil, doğan sonuçları o olaya bağlayan hukuk düzenidir. Bu nedenle hukukî olayı, “hukukî sonuç doğuran olay” olarak değil, “hukuk düzeninin, hukukî

³Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku** (Yedinci basım. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 2000), s. 185; Ziya Umur, **Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi)**, (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1982), s. 405.

bir sonuca bağladığı olay” olarak tanımlamak daha doğru olur⁴. Hukukî olay kavramı, içinde bir çok alt kavramı barındıran bir kavramdır. Çok farklı niteliklere sahip olan hukukî olaylar, değişik açılardan çeşitli biçimlerde sınıflandırılırlar. Hukukî olayın sınıflandırılması bakımından yapılan en önemli ayırım, hukukî olayların insan iradesinden doğup doğmadıklarına göre yapılan ayırımdır. Hukuk düzenince kendisine bazı sonuçlar bağlanan olaylar, kendiliklerinden, yani doğal biçimde oluşabildiği gibi insan eylem ve iradesiyle de ortaya çıkabilirler ve çoğu zaman bir hakkı doğurabilirler⁵. Bu açıdan hukukî olay geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki grupta toplanır.

Hukuk düzeninin, kişinin eylem ve iradesinin sonucu olup olmadığına bakmaksızın hüküm ve sonuç bağladığı olaylar geniş anlamda hukukî olaylardır. İnsan eylem ve iradesi dışında, doğal biçimde oluşan olaylardan hukukî sonuç doğuranlara ise hukukî olgu denilir. İnsan eylem ve iradesi dışında oluşan her doğal olay, hukukî olgu niteliğinde değildir. Bunlar içerisinde bir kısmı, aynı zamanda bazı hukukî sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Örneğin doğum ve ölüm doğal bir olaydır. Doğumla kişilik başlar, kişi haklara ve borçlara sahip olan bir varlık haline gelir (MK. m. 28). Ölüm olayı ile de kişilik sona erer ve ölen kişinin malvarlığı mirasçılara geçer (MK. m. 28, MK. m. 575). Yıldırım düşmesi, sel baskını gibi doğal olaylar da belli şartlar altında hukukî sonuçlar doğururlar ve bunun sonucunda hukukî olgu niteliği kazanırlar⁶.

İnsan eylem ve iradesi sonucu olan ve hukuk düzeni tarafından kendisine hukukî sonuç bağlanan olaylara ise dar anlamda hukukî olaylar denir. Bunlar aynı zamanda hukukî fiiller olarak da adlandırılırlar⁷. Hukukî fiiller hukukî olayların en önemli ve en kapsamlı kısmını oluştururlar. Hukuk düzeni kişilerin her davranışına değil, ancak bir kısmına bir

⁴Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 185; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 405.

⁵Aydın Zevkliler, **Medeni Hukuk** (Altıncı. basım. Ankara: Seçkin, 2000), s.118.

⁶Öztañ Bilge, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları (Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku)** (Onuncu basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s.79.

⁷Aynı, s.79.

hukukî sonuç bağlamıştır. Ayrıca, kişilerin davranışlarına (fiillerine), böyle bir sonucun bağlanmasını istemiş olup olmamaları önemli değildir. Kişiler böyle bir sonucun bağlanmasını istemiş olsalar da olmasalar da hukuk düzeni o iradi davranışa belli bir hukukî sonuç bağlamıştır⁸. Bu nedenle “hukukî fiiller”, bir kişinin hukuk düzenince bir hukukî sonuca bağlanmış, iradi (istemli) hareketleridir.⁹ Ancak kişilerin hukukî sonuçlar doğuran eylem ve iradelerinin hepsi de hukuk düzenine uygun değildir. Bazı eylem ve iradeler hukuk düzenine uygun olarak hukukî sonuçlar doğurdıkları halde, bazı eylem ve iradeler de, hukuk düzenine aykırı olmasına rağmen hukukî sonuçlar doğurur. Bu nedenle, hukukî fiilleri kendi içinde “hukuka uygun fiiller” ve “hukuka aykırı fiiller” olmak üzere iki bölüme ayırarak incelemek gerekir.

Kişilerin hukukî sonuçlar doğuran eylem ve iradeleri hukuk düzenine, yasa kurallarına aykırılık oluşturmuyorsa, hukuka uygun eylemlerden söz edilir¹⁰. Hukuka uygun eylemler de başlıca üç bölüme ayrılır. Bunlar, “bilgi ve haber verme açıklamaları”, “duygu açıklamaları”, “irade veya iş ve emek açıklamaları”dır. Bilgi ve haber verme açıklamalarının konusunu, daha önce meydana gelmiş bir olayın, ilgili kişi ya da kişilere duyurulması sonucu bazı hukukî sonuçlar doğuran eylemler oluşturur¹¹. Kişilerin duyguları ve bunu açıklamaları her zaman hukukî bir sonuç doğurmaz. Fakat duygu açıklamalarına hukuk düzeni bazı durumlarda hüküm ve sonuç bağlamıştır¹². “İrade veya iş ve emek açıklamaları” da kendi

⁸Örneğin (A)’nın yerleşmek niyeti ile Eskişehir’de oturması durumunda, Eskişehir onun yerleşim yeridir (MK m. 19/1). Hukuk düzeni, (A)’nın fiiline (A), istese de istemese de bir sonuç bağlamıştır. Öztan, **a.g.e.**, s. 79.

⁹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁰Öztan, **a.g.e.**, s. 81.

¹¹Satılan şeyin ayıplı (özürlü) çıkması durumunda, alıcının bunu satıcıya gecikmeksizin bildirmesi ile doğacak sonuçlar (BK. m. 189) veya satılan şeyin, üçüncü kişilerce zaptı (üzerinde hak ileri sürmesi) durumunda, alıcının bu durumu satıcıya zamanında haber vermesiyle doğan hukukî sonuçlar (BK. m.190) buna örnek gösterilebilir.

¹²Örneğin, (A) eşi (B)’ye artık seninle birlikte yaşamak istemiyorum ve senden nefret ediyorum derse bu hukukî sonuç doğurmaya elverişli bir duygu açıklamasıdır. Çünkü, eşler bir arada yaşayamayacak kadar birbirlerinden nefret ediyorlarsa, bu bir boşanma nedeni olarak Medeni Kanunumuz tarafından hükme bağlanmıştır (MK. m.166). Yine aynı şekilde (A)’yı mirasçısı (B) öldürmeye teşebbüs etse, fakat (A), (B)’yi daha sonra affetse, (B) mirastan mahrum edilemez. Çünkü, normal zamanda hukukî bir sonuç

“irade açıklamaları” ve “iş ve emek açıklaması (maddî fiil)” olmak üzere iki bölüme ayrılır. İş ve emek açıklamalarında başka bir deyişle maddî fiillerde bir irade açıklaması niteliği taşımasına ve bir irade açıklamasına yönelik olmamasına rağmen, bir iş yapma, maddî bir eylemde bulunma bazı durumlarda hukukî sonuçlar doğurabilir. Maddî fiilde bir irade açıklaması yoktur. Fakat yapılan faaliyet ve harcanan emek sonucu ortaya fiili bir durum çıkar ve dış dünyada, maddî alanda bir değişiklik meydana gelir¹³. İrade açıklamalarının kapsamında ise “hukukî işlemler” ve “hukukî işlem benzerleri” yer alır. “Kişilerin belirli bir sonuca yönelen ve hukuk düzenince kendisine sonuç bağlanan irade açıklamaları” hukukî işlemleri oluşturur. Hukukî işlemlerin en önemli unsuru, “irade açıklaması”dır. İrade açıklaması, bir hukukî sonuca yönelmiş olmalıdır. Ayrıca yönelinen sonucun, hukuk düzeni tarafından korunması gereklidir¹⁴. Hukukî işlemlere benzeyen hukukî işlem benzerlerinde de bir irade açıklaması vardır ama hukukî işlemlerde olduğu gibi irade açıklamasının bir hukukî sonuca yönelmesi zorunluluğu yoktur. Kişinin iradesi pratik sonuca yöneliktir. Hukukî sonuç ise irade açıklamasında bulunanın iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkar¹⁵.

Hukuka uygun olmayan fiiller, herkese veya sadece belirli kişilere genel veya özel nitelikte ödevler yükleyen bir hukuk normunun ihlal edilmesi şeklinde tanımlanır¹⁶; ve kendi içinde haksız fiiller ve borca aykırı fiiller (akde aykırı fiil, borca aykırı davranış) olarak ayrılırlar. Bir kimse, hukuk düzeninin izin vermediği, kusurlu bir eylemi sonucunda bir başkasına zarar veriyorsa, yapılan hareket haksız fiil oluşturur. Kişi bu eylemi sonucunda

doğurmayacak olan affetmeye yönelik duygu açıklaması miras hukuku alanında hüküm ifade etmiştir (MK. m. 578).

¹³Örneğin (A) bir ağaç parçasını yontarak değerli bir heykel yapmışsa, belirli koşullarla o şeyin mülkiyetini kazanabilir (MK. m. 775).

¹⁴Zevkliler, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁵Örneğin ihtar, hukukî işlem benzeri bir fiildir (BK. m. 101). Pratik sonuç olarak ihtarda bulunma, borçlunun borcunu ödemesine yöneliktir. Hukukî sonuç ise; borçlunun temerrüde düşmesinde, akdin feshinde, tazminat ödemediği gibi; ihtarda bulunanın iradesinden bağımsız olarak doğar (BK. m. 107). İhtarda bulunan belki bu sonuçları istememiş olabilir. Fakat hukuk düzeni, kişinin isteğine bağlı olmadan, ihtarda bulunmaya bazı sonuçlar bağlamıştır.

¹⁶Öztañ, **a.g.e.**, s. 80.

verdiği zararlardan sorumludur¹⁷. Borca aykırılık ise kişilerin tarafı oldukları önceden mevcut bir ilişkiye aykırı davranışlarıdır. Bir kişi tarafı bulunduğu bir borç ilişkisine uygun davranmak zorundadır. Borç ilişkisinin gereği olarak kişi, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmek, borç ilişkisinin öngördüğü zamanda, yerde, biçimde, kapsam ve nitelikte borcunu ödemek zorundadır. Böyle davranmadığı zaman borca aykırı davranışta bulunmuştur ve doğacak hukukî sonuçlardan da sorumludur¹⁸.

2. HUKUKİ İŞLEM

Kişiler bazı hukukî sonuçlar elde etmek için iradelerini açıklarlar. Örneğin, bir kira sözleşmesi yapıldığı zaman taraflar, belli bir takım sonuçların doğmasını istemektedirler. Açıklanan iradelere göre taraflardan birisi, kullanmak üzere malını diğer tarafa verecek, bunun sonucunda diğer taraf da maldan yararlanmasına karşılık olarak bir ücret ödeyecektir. Fakat hukukî işlemin varolabilmesi, açıklanan iradenin istenilen sonuçları doğurabilmesi, o iradeyi onaylayan ve koruyan bir hukuk kuralı bulunmasına bağlıdır. Ayrıca kişiler hukukî sonuçların bağlandığı fiilleri iradi olarak yapmalıdırlar. Kişilerin fiilleri “iradi olarak” yapmasından kastedilen şey, hukukî işlem sonucu ortaya çıkabilecek hukukî meselelerin ayrıntı ve inceliklerini bilmek değildir; önemli olan hukukî bir sonucun doğacağını kavramaktır. Kesin olan şudur ki, işlemi yapan her kişi, bir hukukî sonucun doğduğunu bilir ve hisseder. Bazı işlemlerde bu bilgi oldukça kuvvetli ve açıktır. Örneğin, bir vasiyetname düzenleyen kişinin, bu işlem sonucunda ortaya çıkacak hukukî meselelerin hepsini bilmesi

¹⁷ Bir kimsenin, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemi sonucunda ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmasını BK m 41 vd maddelerinde hükme bağlanmıştır. Örneğin (A)'nın (B)'ye tokat atarak yaralaması, (A)'nın iradî bir davranışına dayanmaktadır ve (A)'nın bu davranışı hukuka aykırıdır. Çünkü hukuk düzeni, bir başkasına zarar vermeyi yasaklamaktadır. Bu yasağa uymadan, yani hukuka aykırı biçimde davranan kişi bunun hukukî sonucuna katlanmak zorundadır.

¹⁸Borca aykırılık olarak adlandırılan bu gibi durumlarda, sorumluluğun ne olacağı ve kapsamı kural olarak Borçlar kanunumuzun 96-101. ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. Örneğin (A) ile (B) arasındaki bir satım sözleşmesinin varlığına rağmen (A) sözleşmenin konusunu oluşturan malı (B)'ye teslim etmiyorsa, veya (B) bir alıcı olarak kararlaştırılan semeni (A)'ya ödemiyeceyse, taraflar aralarında önceden mevcut olan borç ilişkisine aykırı davranmış olurlar ve böylece her birinin davranışı borca aykırı bir davranış oluşturur.

beklenemez. Fakat atadığı kişinin mirasçısı olacağından emin olarak işlemi yapmıştır. Bu nedenle, çoğu kez “hukukî işlem”, “hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade beyanı” olarak tanımlanmaktadır¹⁹. En geniş anlamda ifade etmek gerekirse, “Hukukî işlem, hukuk düzeninin, belirlediği koşullar ve sınırlar içinde, kişinin ya da kişilerin istedikleri amaçlara uygun hukukî sonuçlar doğuracağını kabul ettiği istem (irade) beyanından oluşur²⁰.”

3. HUKUKÎ İŞLEM KAVRAMINI BELİRLEYEN NİTELİKLER

3.1. Taraf İradesi

Hukukî işlemin özünü hukukî sonuca yönelmiş taraf iradesi meydana getirir²¹. Hukukî işlem, iki ve çok taraflı irade açıklamalarına dayanabileceği gibi, tek taraflı bir irade açıklamasına da dayanabilir. Fakat kişilerin her irade açıklaması, hukukî işlem niteliğinde değildir. Kişilerin belirli bir sonuca yönelik irade açıklamalarının hukukî işlem sayılabilmesi için, hukuk düzeninin de bu sonucu tanıması, koruması gerekir. Hukukî sonuçları doğuran asıl sebep (*causa*) hukuk düzenidir. Eğer hukuk düzeni izin vermezse, tarafların istediği sonuçlar gerçekleşmez. Bütün bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, hukukî işlemi, tarafın veya tarafların isteklerini belirten “irade beyanı” ve hukuk düzeninin onayladığı ve koruduğu oranda gerçekleşen hukukî sonuç (Romalıların terimiyle, “*iusta causa*” “hukukî sebep”) meydana getirir²². Örneğin, bir kişi diğerinin malını çalarak o malı kendi tasarrufunda bulundurmaya amaçlamıştır, oysa hukuk düzeni ona, çalınmış mal üzerinde böyle bir yetki tanımamaktadır. Hatta malı çalan kişinin niyetinden ve amacından fazla sonuçlar bağlamıştır.

¹⁹Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 415.

²⁰Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 118; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 414.

²¹Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart** (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992), s. 7.

²²Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 416.

Örneğin malın iadesini veya tazminini, Roma Hukukunda değerinden fazlasını ödemesini emretmiştir. Hukukî sonuç, iradenin açıklanması ile istenen bir hakkın veya hukukî işlemin kurulmasının, değiştirilmesinin veya sona erdirilmesinin kararlaştırılmasıdır²³. Örneğin, (A) ve (B) hukukî bir işlem olan satım sözleşmesi yapmışlardır. Bu sözleşmeyi (A), malı (B)'ye teslim ederek (B)'den malın bedelini almak için, (B) ise bedeli ödeyerek mala sahip olmak için yapmışlardır. Hukuk düzeni de bu taraf iradelerine ve bu iradeler sonucu ortaya çıkan işleme hukukî sonuç bağlamıştır (BK m. 182)²⁴.

3.2. İrade Açıklaması

Hukukî sonuçların harekete geçebilmesi için taraf iradesinin varlığı yeterli olmaz. İradenin dışa karşı açıklanması (beyan edilmesi) gerekir. İrade beyanı açık veya örtülü olabilir. Kişinin sözle, yazıyla ya da her hangi bir davranış biçimiyle ortaya koyduğu belirli bir sonuca yönelen irade açıklaması ile bir hakkın veya bir hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi istenir²⁵.

3.2.1. İrade Açıklamasını Meydana Getiren Unsurlar

İrade açıklaması, bir hukuki işlemin en temel ve asgari unsuru olmakla beraber tek başına istenilen hukukî sonucu doğurmaya yetmez. Bu nedenle hukukî bir işlem yapmak ve dolayısıyla bir hukukî sonuç elde etmek isteyen kimsenin irade açıklaması bazı unsurları

²³Öztan, **a.g.e.**, s. 81.

²⁴Öztan, **a.g.e.**, s. 82.

²⁵**Aynı**, s. 81.

içermelidir²⁶. Roma Hukuku'nda yapılan bir ayırımı göre irade açıklamasında bulunması gereken unsurlar üç kısımda toplanır.

3.2.2.1. Temel Unsurlar

Temel unsurlar (*essentialia negotii*) bir hukukî işlemde mutlaka bulunması gereken, bulunmadıkları zaman işlemin sonuç doğurmasına engel olan unsurlardır. *Essentialia negotii* terimi, *Glassator*'lar ve modern hukukçular tarafından hukukî işlemlerde temel olan unsurları (irade, sebep) göstermek üzere kullanılır. Sözleşmenin, örneğin zapta veya maldaki ayıplara karşı teminat gibi normal olarak kendiliğinden doğan unsurları ile (*naturalis*), normal unsurlarını değiştirmek için konan, şart ve vade gibi tâli (*accidentalia*) unsurları birbirinden ayırmak için kullanılan bir terimdir²⁷. Örneğin, A, B'ye kölesi *Stichus*'u 3 altın karşılığında satmıştır. Alım satım akdi (*emptio venditio*) A ile B'nin "*Stichus*'un 3 altına alınıp satıldığı konusunda anlaşmışlar anda kurulmuştur. Çünkü A ve B alım satım akdinin esaslı unsurları (*essentialia negotii*) olan semen (şeyin bedeli) ve mebi (alım satım sözleşmesine konu olan şey) üzerinde irade birliğine varmışlardır²⁸.

D. 18. 1. 9: "In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est."

D. 18. 1. 9: "Alım satımlarda irade uyuşmasının bulunması gerektiği açıktır eğer taraflar alım satımda semende veya diğer bir noktada anlaşamamışlarsa, alım satım geçerli olamaz²⁹."

²⁶Kemal Tahir Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet," *A.Ü.H.F.D.*, Cilt no 11, Sayı no 1-2, Kısım II: 371-477, 1953, s. 372.

²⁷Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı* (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1975).

²⁸Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Meseleleri* (İstanbul: Der Yayınları, 1999), s.118.

²⁹Türkçe metin için bkz. Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 1999, *a.g.e.*, s.118.

Temel unsurlar yapılmak istenilen hukukî işlemin çeşidini belirler. Taraflar yapmış oldukları hukukî işlemin adını koymuş olsalar bile, o işlem için hukuk düzeni tarafından belirlenen temel unsurlar üzerinde anlaşmamışlarsa ve hukukî işlem temel unsurları içermiyorsa, o hukuki işlem yapılmak istenilen hukukî işlem olarak ortaya çıkmamıştır ve sonuç olarak işlem hükümsüz olur³⁰.

3.2.2.2. Tabii (Doğal) Unsurlar

Tabii unsurlar (*naturalia negotii*) hukukî işlemler için hukuk düzeninin kendiliğinden (*ipso iure*) gerekli gördüğü, hukukî işleme dahil ettiği ve hukukî işlemlere hukuk düzenindeki haliyle uygulanan ve tarafların kararlaştırmalarını gerektirmeyen unsurlardır³¹. Örneğin alacaklının geçmiş günler faizini (temerrüt faizi) veya borçlunun kusuru halinde zararın tazminini şart olarak belirlememiş olmasının önemi yoktur. Çünkü bunlar zaten yasal olarak belirlenmiştir³². Tabii unsurlar *ius dispositivum* denilen yedek hukuk kurallarına ilişkin oldukları için taraflar bu unsurların aksini kararlaştırabilirler.

3.2.2.3. Tali Unsurlar (İkinci Derecede)

Tali unsurlar (*accidentalia negotii*) hukukî işlemin varlığı için zorunlu olmayan, Sözleşmenin normal sonuçlarını değiştirmek için tarafların hukukî işleme eklemelerine de bir engel bulunmayan, hukukî işlemin ikinci derecedeki unsurlarıdır³³. Kural olarak, bir hukukî

³⁰Gürsoy, **a.g.e.**, s.372.

³¹Gürsoy, **a.g.e.**, s.372; Belgin Erdoğmuş ve Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukuku Dersleri (Hukuka Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku)** (İstanbul: Der Yayınları, 2000), s. 122.

³²Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları** (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.) s. 144.

³³Gürsoy, **a.g.e.**, s. 373.

3.2.2. İrade Açıklamasının Geçerli Olmasını Sağlayan Unsurlar

Hukukî işlem, hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade açıklaması (veya açıklamaları) olduğuna göre, her hukukî işlemin temel unsurunu irade açıklaması oluşturur. Fakat yapılan irade açıklamasının istenilen hukukî sonucu doğurması için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bunlara hukukî işlemin kurucu ve tamamlayıcı unsurları denir. Kurucu unsurlar tamam olmadıkça, hukukî işlemin varlığından bahsedilemez. Tamamlayıcı unsurlar gerçekleşmedikçe ise işlemde eksiklik vardır, işlem istenen hukukî sonucu sağlamaz, yani hüküm ifade etmez³⁹.

Diğer taraftan bir hukukî işlemin istenilen hukukî sonucu sağlaması için geçerlik koşullarının bulunması gereklidir. Bu koşullar gerçekleşmedikçe hukukî işlem geçerli değildir. Bunlar; irade beyanında bulunanın fiil ehliyetine sahip olması (MK. m. 9 vd.) İrade beyanının bir şekle uyularak yapılması gerekiyorsa, o şekilde yapılması (BK. m. 11 vd.). İrade beyanının konusunun mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması, doğacak sonuçların gerçekten istenmiş olması ve irade beyanının hata (yanılma), hile (yanıltma), ikrah (korku uyandırma) yüzünden sakatlanmamış olması gereklidir.⁴⁰

4. HUKUKÎ İŞLEM KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

Romalı hukukçular hukukun soyut kavramlarıyla ilgilenmek yerine günlük yaşamın pratikliğine ve somut kavramlara daha çok ilgi göstermişlerdir. Bu nedenle “hukukî işlem” kavramı, kuramsal (teorik) olarak Romalı hukukçuların kullandıkları bir kavram değildir. Romalı hukukçular şart, vade, hile, ikrah gibi hukukî işlemlerin hepsi üzerinde hüküm ifade eden bir çok meseleyi (her bir hukukî işlem çeşidinin geçerlik şartlarını, özelliklerini) ayrıntılı

³⁹M. Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)** (Yedinci basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s. 106.

⁴⁰Oğuzman,1994, **a.g.e.**, s. 112-113.

olarak incelemişler ve hukukî işlemlerde ortak olan noktaları belirleyip ayrıntılı olarak işlemişlerdir⁴¹. Roma Hukuku kaynaklarında “hukukî işlem” kavramını karşılayan açık ve duraksamaya yer vermeyecek bir terime rastlanmamaktadır⁴². Fakat Romalı Hukukçuların teknik anlamda olmasa bile, hukukî işlem için *actus* ve *negotium* kelimelerini kullandıkları ve *negotium gerere* ve *negotium contrahere* kavramlarına yer verdikleri görülmektedir⁴³. Ancak kaynaklarda rastlanan “*Negotium*” (Çoğulu: *Negotia*). terimi daha çok teknik hukukî anlamda işlemi değil, ekonomik anlamda “iş”i (faaliyeti) belirtmek için kullanılmıştır⁴⁴. Romalı hukukçuların özellikle akit tipleri için ortaya koydukları esaslardan hareket eden modern doktrin ise, hukukî işlem kavramını bütün incelikleri ile işlemiştir ve hukukî işlem kavramı yerine Latince olan “*negotium*” kelimesini kullanmaktadır⁴⁵. Hukukî işlem kavramı ilk kez 18. yüzyılın **Tabû Hukuk Doktrini** tarafından toplumun tarihi, ekonomik ve sosyal sınırlamalarından kurtulması süreci içinde irade özerkliğini gerçekleştirmek amacıyla hazırlanmış ve ortaya atılmıştır. Daha sonra 19. yüzyılda **Alman Romanist Pandekt Hukukçular**’ı, Roma hukukunu sistemleştirmek istemişlerdir. Bu çabaları sonucunda, Romalı hukukçuların uygulamada yerleştirdikleri hukukî işlem çeşitlerini incelerken saptadıkları genel kavram ve kuralları, belli bir sistem içinde toplamış ve sistematiklerini kurdukları hukukî işlem kavramı için, “*negotium iuris*” terimini yerleştirmişlerdir. Modern batı Avrupa hukuk sisteminin hukukî işlem kurumu açısından temelini, bazı değişiklikler ve yeniden düzenlemelerle, Roma hukuku oluşturmaktadır⁴⁶. Bugünkü hukukî sistem borcun doğumu için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini yeterli görmüştür. Roma hukukunda ise borcun doğumu için, taraf iradelerinin uyuşmasından daha önemlisi belirli bir

⁴¹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 191; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 414.

⁴²Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 191; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 119, Schwarz, **a.g.e.**, s. 259.

⁴³Tahiroğlu ve Erdoğan, **a.g.e.**, s. 119; Schwarz, **a.g.e.**, s. 259.

⁴⁴Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, 191; Umur, 1975, **a.g.e.**, s.139.

⁴⁵ Schwarz, **a.g.e.**, s. 260; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 119.

⁴⁶Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 192; Sirmen, **a.g.e.**, s. 6; Schwarz, **a.g.e.**, s. 259; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)** (Altıncı basım. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), s. 99; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 260.

şeklin yerine getirilmesidir⁴⁷. Taraflar ancak belirli şekillere uyarak iradelerini açıklayabilirler. Çünkü *Ius Civile*'ye göre, bir borcun doğumunun sebebi (*causa*'sı) belirli bir şekle tabidir⁴⁸. Tarafları birbirine bağlayan, her şeyden önce alacaklıya sözleşmenin karşı tarafı olan sorumlu kişiye “el uzatmak” hakkını veren ve sorumlulukla ilgili hukukî ilişkiye “*obligatio*” denilmekteydi. *Obligatio*, alacaklının borçlusunun belli bir şeyi ifa etmesini veya belli bir şekilde hareket etmesini isteme hakkına sahip olduğu iki taraflı bir hukukî ilişkidir⁴⁹. Nitelikleri gereği *obligatio*’ların belirli bir şekile uyularak yapılması gereklidir⁵⁰. Belli şekillere uyularak ortaya çıkan *obligatio*’lar ise *contractus* (sözleşme) sistemini meydana getirmektedir. *Contractus* sisteminin temelini, sorumlulukla ilgili bulunan “*nexum*” kelimesinin kökenini oluşturan “*nectere*” (bağlamak, insani bir bağlama) oluşturmaktadır⁵¹. Bu da *obligatio*’ya benzer bir anlamı içermektedir⁵² Roma hukuku kaynaklarında borç ilişkisinin tanımının yapıldığı çeşitli metinlerde de borcun, borçluyu alacaklıya bağlayan bir hukukî zincire (*iuris vinculum*) benzetildiğini görüyoruz (örneğin, *Iust. Inst. 3. 13*). *Obligatio* kelimesinin kökeni, bağlamak, raptetmek anlamına gelen *ligare*’dir. Borcun ifası için kullanılan *solvere* ve *solutio* kelimeleri de bir bağın bir düğümün çözülmesi anlamındadır. Borç ilişkisi borçluyu alacaklıya bağladığı gibi borcun ifası da bu bağı çözmekte, borçluyu kurtarmaktadır⁵³.

⁴⁷Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları** (İzmir: D.E.Ü.H.F.Y., 1993), s. 204; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 99.

⁴⁸Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 99.

⁴⁹Rado Türkan, **Borçlar Hukuku**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992) s. 13.

⁵⁰Borçlar kanunumuzun 19. maddesi kişilerin kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde serbestçe sözleşme yapabileceklerini, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamak şartıyla her türlü anlaşmanın geçerli olduğunu açıkça ifade eder. Buna “**akit serbestisi**” prensibi denir. Roma hukuk anlayışında “**akit serbestisi**” prensibi bulunmamaktadır. Bu nedenle kişiler yapmak istedikleri hukukî işlemleri, hukuk düzeninin belirlediği belli şekillere uyarak yapmak mecburiyetindedirler. Bu eğilim özellikle Roma borçlar hukukunda akitler sistemini ortaya çıkarmıştır. Bu sistem dışında kalan şekle bağlı olmayan diğer her türlü irade uyuşmaları, geçerli bir borç olarak dava edilebilme olanağından mahrum bulunan *pactum* (anlaşma)’lara dahil edilmekteydi. Ancak bunların bir kısmı zamanla praetorlar tarafından dava edilebilir hale getirilmişlerdir (Koschaker ve Ayiter, **a.g.e.**, s. 207, Pulaşlı, **a.g.e.**, s.100, Umur, 1982, **a.g.e.**, s.414.

⁵¹Pulaşlı, **a.g.e.**, 99.

⁵²Koschaker ve Ayiter, **a.g.e.**, s. 205.

⁵³Rado, **a.g.e.**, s. 14.

Roma Hukukunda tek taraflı hukukî işlemler iki taraflı işlemler kadar fazla sayıda değildir. Bu nedenle Romalı hukukçular daha çok *contractus* (akit, sözleşme) üzerinde inceleme yapmışlardır. Roma Hukukunda, yapılmış olan hukukî işlemlerdeki değişiklik istekleri normal karşılanmış ve uygun hukukî vasıtalarla desteklenmişlerdir. Bu hukukî vasıtalar içerisinde en önemlisi ise sözleşmelerdir.⁵⁴

Roma hukuku sözleşmeler sistemi genel olarak dört sözleşme (*contractus*) grubuna ayrılarak incelenebilir. Bunlar; Aynî sözleşmeler (*re contrahitur*), yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*), sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*) ve rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur*)dir. Bu sözleşmelerden şarta bağlanmaya en uygun olanı rızai sözleşmelerdir. Özellikle rızai bir sözleşme çeşidi olan alım satım (*emptio venditi*) sözleşmesi şarta bağlanmaya en elverişli olanıdır. Romalı hukukçular şarta bağlı işlemlerden doğan problemleri çözmek için büyük bir dikkat göstermişlerdir ve Roma Borçlar Hukukuna ait ayrıntılı sonuçlar elde etmişlerdir⁵⁵.

⁵⁴Reinhard Zimmermann. **The Law Of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition** (Oxford: Oxford University Press, 1996), s. 716.

⁵⁵Aynı, s. 717.

AYDINLIK
KURUMU
1996

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞARTA BAĞLANMASI

1. GENEL OLARAK ŞART KAVRAMI

Şart (*Condicio*) sözcüğü, sadece hukukî bir terim değildir. Bu sözcük genel dil alanına girer ve bu nedenle diğer bilim dallarında olduğu kadar, konuşma dilinde de kullanılır ve kullanıldığı yere göre ayrı bir anlam taşır⁵⁶. Konuşma dilinde şart, bir olayın niteliklerini, bir kişinin veya şeyin içinde bulunduğu durumu ifade eder. Gerçekten “hava şartlarından”, “sınav şartlarından”, “bir kişinin çok güç şartlar altında bulunduğundan” söz edildiği zaman, “şart” kelimesi hep bu anlamda kullanılmış olur⁵⁷. Konuşma dili dışında bazen de gereklilik ve zorunluluk durumunu, bazen de sebep durumunu ifade etmek için şart kullanılır. Örneğin, “sorumluluk için kusur şarttır” dediğimiz zaman gereklilik ve zorunluluk; “filin hukuka aykırı olması, tazmin yükünün şartıdır.” dediğimiz zaman da daha çok sebep durumunu ifade eden bir kavram olarak kullanılmıştır⁵⁸: Yukarıdaki anlamlarda kullanılan şart sözcüğünün, incelemekte olduğumuz şart kavramı ile bir ilgisi yoktur. Hukuk dilinde şart biri geniş, diğeri dar ve teknik olmak üzere iki anlamda anlaşılır.

⁵⁶Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 991.

⁵⁷Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde İnceleme,” **A.Ü.H.F.D.**, Cilt no 27, Sayı no 3-4: 219-247, 1970, s. 222.

⁵⁸Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1971), s. 265.

1.1. Geniş Anlamda Şart

Geniş anlamda şart veya başka bir ifadeyle teknik olmayan anlamda şart ; hukukî işlemin konusunu oluşturan bütün hükümleri nitelemede kullanılır. Örneğin satım veya kira sözleşmesinin koşulları, müzayede koşulları gibi. Burada teknik ve dar anlamda bir şart (*condicio*) değil, tarafların yaptıkları sözleşmeye koymuş oldukları bir takım kayıtlar (*clause*) söz konusudur⁵⁹.

1.2. Dar ve Teknik Anlamda Şart

Şart kelimesi, hukuk alanında bazen bir hukukî işlem ile bir hukukî sonucun gelecekteki bir hukukî olaya bağlanması; bazen de bir hukukî sonucun meydana gelmesi için hukukî işleme eklenmesi gereken, gelecekteki olay anlaşılır. Birinci hal için şarta bağlı işlem; ikincisi için de şart kelimesini kullanmak daha doğru olacaktır.

Biz burada dar ve teknik anlamı ile şarta bağlı hukukî işlemleri inceleyeceğiz. Bu anlamda şart, bir hukukî işlemin hükümlerinin gelecekteki, gerçekleşmesi şüpheli olaylara bağlanmasıdır⁶⁰. Dar ve teknik anlamdaki şartın mutlaka; gelecekte ve gerçekleşmesi şüpheli olay şeklinde iki unsuru taşıması gereklidir. Bunlardan birinin yokluğu o olayı şart olarak kabul etmemize engel oluşturur⁶¹. Şart kurumu, kişiye hukuk alanında tanınmış serbestinin önemli ölçüde genişletilmesine yardım eder. Şart sayesinde taraflar iradelerinin etkilerini gelecekteki çeşitli durumlara uydurabilmekte ve gerçekleşmesi şüpheli olaylar nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar karşısında borç ilişkisinin sonucunu yönlendirme olanağı elde

⁵⁹Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 991; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 222.

⁶⁰Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 243; Schwarzw, **a.g.e.**, s. 278.

⁶¹Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, Cilt no 2, (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1969), s. 284.

edebilmektedir. Yani şart kurumu, yarına etkili bir takım sorunları bugünden endişesiz bir şekilde kabul etmek yolunu açmıştır⁶².

1.3. Hukukî İşlemin Bir Unsuru Olarak Şart

Hukukî işlemin içeriği, irade beyanından ve bu irade beyanının yöneldiği hukukî sonuçtan oluşur⁶³. Hukukî işlemin zorunlu şartlarından olan bu iki unsurdan birisi bulunmazsa hukukî işlem yoktur. Şart ise hukukî işleme eklenmiş özel bir unsurdur⁶⁴. Taraf iradesine göre, sonuçları gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlı hukukî işlem, şartlı yapılmış bir hukukî işlemdir⁶⁵. İrade beyanında ifade edilen gelecekteki ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olayın kendisine de şart denir⁶⁶. Örneğin “Beş altın vermeği taahhüt ediyor musun? Ediyorum.” şeklinde yapılmış bir *stipulatio* şartsız olarak yapılmıştır.

Iust. Inst. 3. 15. 2: “Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. Pure veluti “quinque aureos dare spondes?” idque confestim peti potest.”

Iust. Inst. 3. 15. 2: “Her stipulatio, ya kayıtsız şartsız (katkısız, saf, pure), ya vadeli veya şartlı olur. Kayıtsız şartsız olarak, örneğin, “beş altın vermeyi taahhüt ediyormusun?”; bu durumda hemen talepte bulunulabilir⁶⁷.”

⁶²Sirmen, **a.g.e.**, s. 1.

⁶³Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 434.

⁶⁴Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 137.

⁶⁵Aynı, s. 137.

⁶⁶Marzo, **a.g.e.**, s. 77.

⁶⁷ Türkçe metin için bkz.: Iustinianus, **Institutiones** (Çev. Ziya Umur), (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968), s. 245.

Klasik Roma Hukukunun en önemli, verilen söze bağlılığı (*fides*) ifade eden *stipulatio* akdi, belli kelimelerin soruda (*spondes*- taahhüt ediyor musun?, *promittes*- söz veriyormusun?) ve hemen soruyu takip etmesi gereken cevapta (*spondeo* –taahhüt ediyorum, *promitto* –söz veriyorum) kullanılmasıyla yapılan sözlü akittir (*verbis contrahitur*). Bu özellikleri yüzünden ancak hazırlar arasında (*Gai. 3. 136*), işleme ara verilmeden yapılması gerekir (*D. 45. 1. 37*). *Stipulatio*'ya sağır, dilsiz, akıl hastaları ve çocuklar gerekli kelimeleri söylemedikleri, duyamadıkları ve anlamını anlayamadıkları için taraf olamazlar (*D. 45. 1. 1. pr.*). *Stipulatio*'lar tek taraflı bağlayıcılığı olan sözleşmelerdir, fakat şart ekleyerek kira, alım satım ve trampa gibi iki taraflı işlemlerin fonksiyonuna hizmet edebilir⁶⁸. Örneğin “*Si Titius consul factus fuerit, centum dari spondes?*” “Eğer Titius konsül olacak olursa yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?” “*Spondeo*” “Ediyorum” veya “*Si navis ex Asia non venerit, centum dari spondes?*” “Eğer gemi Asya'dan gelmezse yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?”. Burada sebebe bağlı olmayan, mücerret ve şartlı bir *stipulatio* taahhüdü vardır ve şart; *Titius*'un Konsül olup olmayacağı veya geminin Asya'dan gelip gelemeyeceği olayındadır⁶⁹.

2. ŞART OLARAK BELİRLENEN OLAYIN NİTELİKLERİ

Şart, hukukî işlemin sonuç doğurmasının veya doğurduğu sonucun ortadan kalkmasının kendisine bağlandığı, gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli , geleceğe ilişkin olaydır. Şartın bazı unsurları bulunmaktadır. Öncelikle şart olarak kabul edilen olay geleceğe ilişkin olmalıdır. İkinci olarak şart olarak kabul edilen olayın gerçekleşmesinin objektif bakımdan şüpheli olması gerekir. Olayın taraflarca bilinmemesi onu şüpheli hale getirmez. Önemli olan olayın objektif olarak şüpheli olmasıdır. Bu anlamda gerçekleşmesi kesin olan olaylar “şart” değil “vade” adını alırlar. Örneğin, A bu yıl içinde ölürse şeklindeki belirleme de objektif anlamda şüphelilik olduğu için “şart”; buna karşılık A öldüğünde ifadesinde

⁶⁸Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 1999, *a.g.e.*, s. 201; Zimmermann, *a.g.e.*, s. 717.

⁶⁹Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 436.

kesinlik olduğu için “vade” söz konusu olmaktadır. Şartın varlığından söz edebilmek için gerekli olan bu iki unsurun yanında, şart olarak belirlenecek olayın gerçekleşme imkanının bulunması ve hukuka aykırı olmaması gerekir. Ayrıca, hukuk düzeninin hukukî işlemin geçerliliği için öngördüğü unsurlar da şart olarak belirlenemezler⁷⁰. Şartın tanımından da anlaşılacağı üzere, şart olarak saptanabilecek olan olayların nitelikleri şu şekilde olmalıdır.

2.1. Şart, Taraf İradesine Dayanmalıdır

Şarta bağlı bir hukukî işlem ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri sonucunda meydana gelebilir. Hukukî işlemler (vasiyetname, *stipulatio*, mülkiyetin nakli vs.) mutlaka en az bir irade açıklaması içerir, bu açıklama aracılığıyla hukuk düzeninin izin verdiği sonuca yönelmiş irade dış dünyaya yansır⁷¹. Taraflar istemedikçe şarta bağlı bir işlem söz konusu olamaz. Taraflar hukukî işlemleri iradeleri ile gelecekteki gerçekleşmesi şüpheli olaylara bağlayabilirler⁷². Şart hukukî işlemin bir parçasıdır ve şarta bağlı işlem şartla birlikte bir bütün oluşturur⁷³.

2.2. Şart Olarak Belirlenen Olayın Gerçekleşmesi Belirsiz ve Geleceğe İlişkin Olmalıdır

Şartın geçerli olabilmesi için, şartın tanıma uygun olarak şart olarak belirlenen olayın, ilerde gerçekleşmesinin şüpheli ve belirsiz olması gereklidir. *Papinian* şartın geleceğe ilişkin olduğunu (*D.12. 1. 39*) söyler, *Iustinianus* (*Inst.3. 15. 4*) ise “*stipulatio* ancak

⁷⁰Zimmermann, *a.g.e.*, s. 719.

⁷¹Koschaker ve Ayiter, *a.g.e.*, s. 204, Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 99; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 120.

⁷²William L. Burdick, *The Principles Of Roman Law And Their Relation To Modern Law* (Newyork, 1938), s. 407.

⁷³Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt no 2, (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), s. 1154.

gerçekleşmesi belirsiz gelecekteki olan bazı olaylara bağlı olduğunda koşullu olur ve şart gerçekleştiğinde veya gerçekleşmediğinde dava edilebilir” der⁷⁴.

D. 12. 1. 39: “Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur.”

D. 12. 1. 39: “Koşullar geleceğe ilişkin oldukları zaman etkisini gerçekten hissettirebilir”

Iust., Inst. 3. 15. 4: “Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur...”

Iust., Inst. 3. 15. 4: “Stipulatio’nun hükmü, belirsiz bir olayın gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine bağlanmışsa, şarta bağlı bir stipulatio söz konusudur⁷⁵.”

Bazen hukukî işlem yapıldığı zaman şart gibi görünen kayıtlar gerçek bir şart olmayabilir. Eğer “*si*” kaydı geçmişteki veya şimdiki bir olaya ilişkinse, belirsizlik durumunun karakteristiği yoktur. Taraflar, şimdiki veya geçmişteki bir olayı, gelecekteymiş gibi söz konusu etmişlerse şart yoktur. Geçmişe veya şimdiki zamana ilişkin şartların söz konusu olduğu durumlarda ortada gerçek bir şarta bağlı hukukî işlem yoktur. Bu nedenle “şimdiki zamana veya geçmişe ilişkin şartlar’ın” (*condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*) söz konusu olduğu hukukî işlemlerde *Papinian*’a göre (*D. 12. 1. 37*) hukukî işlemin yapıldığı zaman taraflar, hukukî işlemin bağlayıcı olduğunu bilmeseler bile gerçek

⁷⁴Burdick, **a.g.e.**, s. 407.

⁷⁵Türkçe metin için bkz.: Iustinianus, **a.g.e.**, s. 245.

duruma göre hukukî işlemin bağlayıcı olup olmadığı tarafsız bir bakış açısı ile hemen belirlenebilir⁷⁶.

D. 12. 1. 37: "Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti " si rex parthorum vivit, centum mihi dari spondes?" eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur."

D.12. 1. 37: "Şart şimdiki zamana ilişkin olduğunda, *stipulatio* askıda değildir ve eğer şart gerçek ise, sözleşmenin tarafları sonucu bilmiyor olsalar bile *stipulatio* bağlayıcıdır. Örneğin, Parthians'ın kralı yaşıyorsa 100 vermeği taahhüt ediyor musun? Şart geçmişe ilişkin olduğunda da aynı görüşlere başvurulur."

Taraflarca durumun bilinmemesi, şart olarak belirlenen olayın gerçekleşme veya gerçekleşmemesindeki objektif belirsizliği tek başına sağlayamadığı için, şart olarak belirlenen olayı şüpheli duruma sokmaz⁷⁷. Eğer *Titius* gerçekten konsül olduysa veya *Parthians*'ın kralı yaşıyorsa, vaad hemen geçerlidir⁷⁸.

D. 45. 1. 120: "Si ita stipulatus fuero: " hanc summam centum aureorum dari spondes?", etsi maxime ita exaudiatur ille sermo: " si modo centum aureorum est", non facit condicionem haec adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est: nec placuit instar habere condicionis sermonem, qui non ad futurum,

⁷⁶Burdick, *a.g.e.*, s. 408; Zimmermann, *a.g.e.*, s. 718.

⁷⁷Marzo, *a.g.e.*, s. 77; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 248; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 140; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 345; Zimmermann, *a.g.e.*, s. 719.

⁷⁸"...*si condicio vera sit, stipulatio tenet.*" D. 12. 1. 37.

sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.”

D. 45. 1. 120: “Eğer ‘100 sesterz tutarındaki bu borcu ödemeyi taahhüt ediyor musun’ şeklinde bir stipulatio yaparsam ve ‘gerçekten 100 sesterz olması şartıyla’ şeklindeki bir ek açıkça anlaşılıyorsa bir şart söz konusu olmaz. Çünkü, paranın miktarı 100 sesterz değilse stipulatio geçersizdir. Gelecekteki bir zamana değil de şimdiki zamana ilişkin ifadelerin, taraflar gerçeği bilmeseler bile, şart olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir.”

Geçmişe veya şimdiki zamana ait bir durum söz konusu olduğunda, objektif olarak bu olay gerçekleşmiştir veya gerçekleşmemiştir. Bu nedenle hukukî işlem daha başlangıçtan beri geçerli veya geçersizdir ve gerçekte olay şüpheli olmadığından hukukî işlemin askıda olduğundan bahsedemeyiz. *Titius* göz diktiği mevkiye sahip olamadığında veya yabancı kral henüz ölmüş olsaydı, vaadin hiçbir zaman geçerli olmayacağı söylenebilirdi ve sonuç olarak “*nihil valet stipulatio*”⁷⁹ yani *stipulatio* geçersiz olurdu⁸⁰.

Iust., Inst. 3. 15. 6: “Conditiones quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt: veluti si titius consul fuit vel si maevius vivit, dare spondes? nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valent. quae enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.”

⁷⁹*Iust. Inst. 3.15.6.*

⁸⁰Zimmerman, a.g.e., s. 719.

Iust., Inst. 3. 15. 6: “Geçmişe ve şimdiki zaman ilişkin şartlar, ya borcu hemen iptal ederler veya ertelemezler; örneğin, ‘Titius consul olduysa’, veya ‘Maevius yaşıyorsa, vermeyi taahhüt ediyor musun?’. Çünkü bunlar doğru değilse, stipulatio geçersizdir, doğru iseler, stipulatio geçerlidir. Nitelikleri gereği belli olan şeyler taraflarca belirli olmasalar bile borcu ertelemezler. Borç şartsız olarak doğar ve bu nitelikteki şartlar borcu ertelemezler yani askıda bırakmazlar⁸¹.”

Bu metinde de belirtildiği gibi, “*Si titius consul fuit vel si maevius vivit, dare spondes?*” “*Titius* konsül olduysa” veya “*Maevius* yaşıyorsa, vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde bir *stipulatio* yapıldığında, taraflar arasında *Titius*’un konsül olup olmadığı sübjektif bakımdan şüpheli olsa bile, *Titius*’un konsül olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı anda objektif bakımdan belli olduğu için *stipulatio* nun şarta bağlı olduğundan bahsedemeyiz. Ya da “*si rex parthorum vivit*”, “*si navis in portu stat*”. “eğer Parthian kralı yaşıyorsa, gemi limanda demirliyse” gibi şartlar geçmişe veya şimdiki zamana ilişkin olduklarından dolayı geçersizdirler. Çünkü tarafların sübjektif olarak olayın gerçekleşmiş olup olmadığını bilmeleri onu şart olarak kabul etmemiz için yeterli değildir⁸².

D. 28. 7. 10. 1: “Si quem ita institutum ponamus: ” ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto”, valet institutio etiam in filio qui in potestate est, cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti ” si rex parthorum vivit”, ” si navis in portu stat.”

D. 28. 7. 10. 1: “Bir kimsenin “eğer onu codicillum ile mirasçı tayin etmişsem mirasçı olsun” şeklinde mirasçı olarak tayin edildiğini varsayarsak, bu mirasçı tayin etme baba egemenliği altında bulunan

⁸¹Türkçe metin için bkz.: Iustinianus, **a.g.e.**, s.247.

⁸²Koschaker ve Ayiter, **a.g.e.**, s. 64.

aile evladı bakımından da geçerlidir. Buna karşılık, geçmişe veya şimdiki zaman ilişkin bir şart, örneğin “eğer Parthian kralı yaşıyorsa, gemi limanda demirliyse” gibi şartlar geçersizdir.”

2.3. Şart Olarak Belirlenen Olayın Gelecekte Gerçekleşmesi Kesin Olmamalı

Gelecekte gerçekleşmesi kesin olan bir olay şart olamaz⁸³. Bir olayın şart olarak saptanabilmesi için, o olayın geleceğe ilişkin olması yeterli değildir. Geleceğe ilişkin olmaları, olayların gerçekleşmesini objektif bakımdan zorunlu olarak şüpheli kılmaz. Çünkü geleceğe ilişkin bazı olayların gerçekleşmesi objektif bakımdan şüpheli değildir⁸⁴. Örneğin, “*Dabo tibi centum si Titius morietur.*” “*Titius* ölürse sana 100 vereceğim.” şeklindeki bir bağış, şartlı bir bağış sayılmaz. Ölüm, geleceğe ilişkin bir olay olarak düşünüldüğünde, gerçekleşmesi objektif bakımdan şüpheli bir olay değildir. Bu nedenle, “*Titius* ölürse” gibi bir kayıt, hukukî bakımdan şart olarak kabul edilemez. Böyle bir ifade ancak “vade”ye örnek olabilir. Tarafların *Titius*’un ne zaman öleceğini bilmemelerine rağmen *Titius*’un öleceği kesindir. Çünkü ölüm, gelecekteki bir olaydır, ama gerçekleşmesi şüpheli bir olay değildir. Aksine ölüm, herkes için bir gün gerçekleşmesi kesin olan bir olaydır. Ancak böyle bir şartın geçerli olabilmesi belli bir tarih gösterilirse mümkün olur. Tarih belirtilmezse “vadeli bir hukuki işlem” den bahsedilebilir. Bu nedenle, “*Titius*, bu yıl içinde ölürse” bir şarttır. Çünkü, *Titius*’un öleceği kesindir. Ama bu yıl içinde ölüp ölmeyeceği tamamen belirsiz bir olaydır⁸⁵. Vade, gelecekteki gerçekleşmesi kesin olan bir olaydır; şart ise gelecekteki, fakat gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır⁸⁶.

⁸³Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 437; Marzo, **a.g.e.**, s. 77.

⁸⁴Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 249.

⁸⁵Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 249; Marzo, **a.g.e.**, s. 77; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 437.

⁸⁶Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 345.

2.4. Şart Olarak Belirlenen Olay Hukuk Düzeni Tarafından Öngörülmemelidir

İşlemin tamamlanması için hukuk düzeninin öngördüğü bir unsur şart olarak saptanamaz ve geçerli olamaz Şartın taraflarca belirlenmesi gereklidir.⁸⁷ Örneğin, *Titius Maevius*'a kızı ile evlenirse *dos* vereceğini vaad ettiğinde, bu geçerli bir şart değildir. “Cihaz sebebiyle yapılan *stipulatio*'nun içinde şu şart bulunur: arkasından evlenme takip ederse.” Çünkü, cihazın tesis edilebilmesi için evlenme yapılması hukukî bir zorunluluktur. Aksi takdirde cihaz kurulmuş olmaz. Bu nedenle “evlenme şartıyla” cihaz tesis edilemez. Çünkü bu durumda zaten irade beyanının içinde bulunan bir konunun tekrarlanmasından başka bir şey yapılmamış olmaktadır⁸⁸

D. 23. 3. 21: “Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc ” si nuptiae fuerint secutae”, et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae, constat: quare si nuntius remittatur, defecisse condicio stipulationis videtur.”

D. 23. 3. 21: “Dos tesis etmek üzere yapılan ve “eğer evlilik gerçekleşirse” şartını içeren bir stipulatio, bir evlilik mevcut olduğu takdirde, şart dile getirilmese bile, sadece bir davanın açılabilmesini sağlar. Bu nedenle eğer boşanma ihbar edilirse, stipulatio'da öngörülen şartın gerçekleşmediği söylenir.”

⁸⁷Koschaker ve Ayiter, **a.g.e.**, s. 64.

⁸⁸Marzo, **a.g.e.**, s. 77.

Aynı şekilde “karşı taraf fiil ehliyetine sahipse” diye şart koşularak, hukukî işlemin yapılabilmesi için zaten gerekli olan bir unsur şart olarak gösterilemez⁸⁹. Bu gibi şartlara kanunî (yasal) şartlar (*condicione iuris*) ismi verilir⁹⁰.

2.5. Şart Olarak Belirlenen Olay İmkansız Olmamalıdır

İmkansız bir şart, eğer erteleyici şart ise *stipulatio*'yu geçersiz kılar. *Justinianus (Iust. Inst.3. 19. 11)* “doğanın gerçekleşmesine imkan vermediği şartlar, imkansız şart olarak tanımlanır” der⁹¹. Örneğin, bir kimse şöyle söylesse, “parmağımın gökyüzüne dokunursam vermeyi taahhüt ediyormusun?” fakat eğer *stipulatio* “Gökyüzüne parmağımın değemezssem vermeyi vaadediyormusun?” şeklinde yapılmış olursa bu durumda *Justinianus*'a göre şart yokmuş gibi *stipulatio* düşünülürdü ve sonuç olarak anlaşma hemen dava edilebilirdi. Diğer bir deyişle olumlu fiziksel imkansızlık sözleşmenin kurulmasını engeller. Ama eğer sözleşmede belirlenmiş olumsuz bir şekil varsa şartsız göz önünde bulundurulur⁹².

Iust. Inst. 3. 19. 11: “Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: si digito caelum attigero, dare spondes? at si ita stipuletur, si digito caelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intellegitur, ideoque statim petere potest.”

⁸⁹Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 437.

⁹⁰Kanuni kayıtlar, işlemin geçerliliği için uyulması kanunca öngörülen unsurlardır. Örneğin, Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yaptıkları borçlandırıcı işlemlerin geçerli ve hukuka uygun olması için yasal temsilcisinin izin veya icazeti şart görülür. Buradaki şart teknik anlamdaki şart değildir, kanunî bir gereklilik ve zorunluluktur. Karışıklığı önlemek için de bunlara “kanunî şartlar” yerine “kanunî kayıtlar” demek daha doğru olur. “Kanunî kayıtlar” işlemin geçerliliği için uyulması kanunen öngörülen unsurlardır. Ve bu tip kayıtlar hakkında, Borçlar Kanunumuzun şartlara ilişkin hükümleri değil, o kuruma ilişkin kurallar uygulanır. Bkz.: Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 347.

⁹¹Burdick, *a.g.e.*, s. 408.

⁹²Burdick, s. 409.

Iust. Inst. 3. 19. 11: “Borçlara, imkansız bir şart eklenmişse, stipulatio geçersizdir. İmkansız bir şart, gerçekleşmesine tabiatın imkan vermediği zaman mevcut olur, örneğin bir kimse şöyle söylese: “parmağımınla göğze dokunursam vermeği taahhüt ediyor musun?”. Fakat özellikle stipulatio şöyle yapılmışsa:” göğze parmağımınla dokunmazsam vermeği taahhüt ediyor musun?”, borcun şartsız olarak ortaya çıktığı ve ifanın hemen istenebileceği anlaşılır.⁹³”

Gelecekte, fakat gerçekleşmesi imkansız olaylar şart sayılamaz. Şart fiziken ve hukuken mümkün olmalıdır⁹⁴. Teknik anlamıyla şart, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli, fakat “olası” olaylardır. İmkansız şartlarda ise, olayın gerçekleşmesi olası bile değildir. Bu nedenle olayın imkansız olmaması da gereklidir.

D. 46. 2. 9. 1: “Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari”.

D. 46. 2. 9. 1: “Mevcut olmamasına imkan olmayan bir şartla stipulatio yapan, şartsız stipulatio yapmış sayılır.”

Örneğin, “Jüpiter gezegeninde bir ev yaptırdığın zaman aramızdaki sözleşme hükümsüz olacaktır” denmiş olsaydı, bugünkü teknik bilgilere göre henüz imkansız bir şeyin gerçekleşmesinin istenmiş olurdu. Gerçekleşme olasılığı olmayan bir duruma işlemin hükümlerini bağlamak ise, o işlemin kesin olarak hüküm taşımayacağını ya da örnekteki gibi imkansız olayın gerçekleşmesi eğer bozucu bir şart olarak öngörülmüş ise o işlemin kesin ve

⁹³Türkçe metin için bkz.: Iustinianus, **a.g.e.**,s. 255.

⁹⁴John Spencer Murhead, **An Outline Of Roman Law**, (Second Edition, London: William Hodge and Company Limited, 1947), s. 133.

geçerli biçimde hükümlerinin işleyeceğini peşin olarak kabul etmek demektir. Olayın gerçekleşmesinde imkansızlık ister maddi olsun ister hukukî sonuç aynıdır⁹⁵. Şartın her çeşidi imkansız ve kanuna aykırı olmadığı sürece tarafların istekleri doğrultusunda sözleşmeye eklenebilir⁹⁶.

Gerçekleşmesine asla imkan olmayan bir olayın şart koşulduğu işlemi, mantiken geçersiz saymak gerekir. Örneğin Romalılar arasındaki “aya gidersen veya “kız kardeşinle evlenirsen” gibi şartlar. Bu gibi şartların yaşayanlar arasındaki (*inter vivos*) işlemleri batıl kılacağı kesindir⁹⁷. Roma Hukukunda ölüme bağlı (*mortis causa*) tasarruflarda bu çeşit şartlar üzerinde tereddüt ve tartışma vardı. *Gaius*'un söylediğine göre (*Gai. 2. 98*) imkansız bir şarta bağlı muayyen mal vasiyeti halinde, *Sabinus*'lara göre şart, yazılmamış sayılırdı ve muayyen mal vasiyeti geçerli olurdu⁹⁸.

Iust. Inst. 2. 14. 10: “Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

Iust. Inst. 2. 14. 10: “İmkansız şart, gerek mirasçı nasbında, gerek muayyen mal vasiyetinde, gerek fideicommissum (bir nevi muayyen mal vasiyeti) ve gerekse azat etmelerde yazılmamış (konulmamış) sayılır⁹⁹.”

Proculianus'lara göre ise, muayyen mal vasiyeti hükümsüzdür. Iustinianus hukukunda, *Sabinus Mektebi* taraftarlarının bakış açısına uygun olarak, mirasçı nasbı,

⁹⁵Feyzioğlu, a.g.e., s. 346.

⁹⁶Burdick, a.g.e., s. 408.

⁹⁷Umur, 1982, a.g.e., s. 437; W.W. Buckland, *A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian*, (Cambridge: At The University Press, 1950), s. 425

⁹⁸Umur, 1982, a.g.e., s. 437.

muayyen mal vasiyet etme, vasiyetle azat etme gibi hallerde, imkansız şart hiç konulmamış sayılarak¹⁰⁰ işlemler geçerli bırakılmıştır¹⁰¹.

Gaius, Inst. 3. 98: “Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, uelut ‘si digito caelum tetigerit’, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde putant, ac si sine condicione relictum esset; diuersae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane uix idonea diuersitatis ratio reddi potest.”

Gaius, Inst. 3. 98: “Aynı şekilde bir kimse “parmağımla gökyüzüne dokunabilirsem” gibi gerçekleşmesi imkansız bir şarta bağlı stipulatio yapmış ise, stipulatio hükümsüzdür (*unitilis*). Fakat imkansız bir şarta bağlı olarak bir mal vasiyet edilmiş ise, üstadlarımıza göre, hiçbir şart konulmadan bırakılmış gibi hareket etmek gereklidir; diğer mektebin müellifleri ise, mal vasiyetinin de (*legatum*) stipulatio gibi hükümsüz olduğu kanaatinde idirler. Aradaki hüküm farkına makul bir sebep göstermek de güçtür.¹⁰²”

⁹⁹Türkçe metin için bkz.: Justinianus, **a.g.e.**, s. 139.

¹⁰⁰Fransız Medeni Kanunu m. 900, Roma hukukuna benzer şekilde, ölüme bağlı tasarruflarda imkansız şartları hiç konulmamış sayarak işlemi şartsız geçerli saymıştır. Oysa Türk-İsviçre Hukukunda bu tarz benimsenmiştir. Çünkü şart, borç ilişkisinin bütünleyici parçası gibidir, ondan ayrı düşünülemez. Hatta MK 515/ II' ye göre, “Hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler içeren (ölüme bağlı) tasarrufları (dahi) geçersiz kılar. Sadece anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır. BK. m. 155 de de “memnû (yasak) şartlar “ kenar başlığıyla “Şart olarak Kanuna veya ahlaka (adaba) aykırı bir eylem veya ihmal kararlaştırılmış ise, bu şarta bağlı borç hükümsüz olur.” denilerek aynı prensip daha genel bir şekilde ifade edilmiştir. Fakat eğer taraflar, bu şart olmaksızın da o sözleşmeyi yapacakları söyleniyor ise BK m. 20/II' ye göre, sadece şart yok ve işlem geçerli sayılabilir. Ancak- şartlı borçlarda hemen daima taraflar şartın geçerli olduğu kanısıyla sözleşmeye rıza gösterdiklerinden, BK m. 20/ II, kendisine bu alanda pek az uygulama alanı bulur. bkz.: Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 346 (dipnot 67).

¹⁰¹Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 438.

¹⁰²Türkçe metin için bkz.: Gaius, **Institutiones, (Borçlar Kısmı)** (Çev. Türkan Rado), (İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları, 1953), s. 17.

Modern hukukun, yaşayanlar arasında yapılan hukukî işlemler (*inter vivos*) ile ölüme bağlı (*mortis causa*) olarak yapılan hukukî işlemler arasında kesin bir ayrım yaparak takip ettiği Roma Hukuku, mirasçı nasbında, muayyen mal vasiyetlerinde, vasiyetname ile azat etmelerde, bu çeşit imkansız şartları sanki koşulmamış sayarak, geçerliliklerini kabul etmişti¹⁰³. Oysaki imkansız şartlara bağlanmış olan anlaşmaların butlanı prensibi mevcut bırakılmıştır (*Iust. Inst.2. 14. 10, Iust. Inst. 3. 19. 11*). Bu prensibe aykırı görünen bazı metinler varsa da (*D. 35. 1. 58*)¹⁰⁴, *Iustinianus Hukuku*'nun bu konudaki ana kuralının bu olduğunda şüphe yoktur¹⁰⁵. Ayrıca ölüme bağlı bir tasarrufu kendi yararına çevirmeyi amaçlamış hileli şartlar. Örneğin, “*Si Titius me heredem instituerit, Titius heres esto Titius*” beni kendisine mirasçı atarsa, *Titius* mirasçım olsun” şeklindeki şartlar Roma hukukunda da bu tasarrufları geçersiz kılarlardı¹⁰⁶.

D. 30. 64: “Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent.”

D. 30. 64: “Miras avcılarını tarafından sağlanmış yazılı belgeler muayyen mal vasiyetlerinde ve mirasda geçersizdir.”

Maddi bakımdan veya hukuken gerçekleşme olanağı bulunmayan olaylar da “şart” olarak saptanamaz¹⁰⁷. Örneğin, “ayın bu gece tutulmasını sağlarsan”, ya da “balık kavağa

¹⁰³Marzo, *a.g.e.*, s. 78.

¹⁰⁴*D. 35. 1. 58: “Si ancillae alienae, cum ea nupsisset, legatum sit, proculus ait utile legatum esse, quia possit manumissa nubere.”*

D. 35.1.58: “Evlendiği zaman kaydı ile bir başkasının köle kadını lehine vasiyette bulunulmuştur.” Proculus, köle kadın önce azat edilip daha sonra evlenmiş olacağı için bu vasiyetnamenin geçerli olacağını söyler.

¹⁰⁵Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 438.

¹⁰⁶Marzo, *a.g.e.*, s. 79.

¹⁰⁷Karadeniz ve Çelebican, *a.g.e.*, s. 249.

çıkarsa” geçerli şart olamaz. Romalıların bu konudaki tipik örneği, “gökyüzüne parmağını değdirirsen” idi. Örneğin “*Si in caelum non ascenderis (D. 45. 1. 7)*” “eğer göğe çıkamazsan” veya “*Si intra kalendas digito caelum non tetigeris (D. 45. 1. 8)*” “filan tarihe kadar parmağını göğe değdirmezsen gibi¹⁰⁸.

2.6. Şart Olarak Belirlenen Olay Hukuka Aykırı Olmamalıdır

Şartın geçerli olabilmesi için hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gereklidir.¹⁰⁹

D. 28. 5. 71: “Captatorias institutiones non eas senatus improbat, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis.”

D. 28. 5. 71: “Karşılıklı etkileşime dayalı düzeni gerektiren kurumlar gibi olmayan, fakat diğer insanların özel dileklerini ihlal eden şart içeren çıkarları senato ayıplar.”

Şart, meşru olmalıdır. “Birine suç işlemesi şartıyla ödül vaad etmek” veya (Klasik Hukukta) birinin evlenmemesi için ödül vaadedilmesi hukuk düzeni tarafından korunmaz¹¹⁰. *Iust. Inst. 3. 19. 24*’da da belirtildiği üzere, ahlaka aykırı bir nedenle, örneğin adam öldürmek veya dine aykırı bir şey yapmak üzere yapılan vaat geçerli değildir¹¹¹.

¹⁰⁸Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 437.

¹⁰⁹Borçlar kanunumuzun 155. maddesinde, bu gibi ‘yasak şartlar’a bağlı olarak kurulan borç ilişkilerinin. hükümsüz oldukları belirtilmektedir.

¹¹⁰Murhead, **a.g.e.**,s. 133; Buckland, **a.g.e.**, s. 424.

¹¹¹Türkçe metin için bkz.: Iustinianus, **a.g.e.**, s. 259.

Iust Inst. 3. 19. 24: “Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.”

Roma hukuku ile modern hukukumuz arasında hukukî işlemin, yaşayanlar arasında (*inter vivos*) ve ölüm sebebiyle (*mortis causa*) yapılmış olmasına göre fark vardır. Bugünkü İsviçre-Türk hukukunda bu gibi şartlar, her iki halde de işlemi hükümsüz duruma getirir¹¹². Roma hukukunda ise, yaşayanlar arasında yapılan hukukî işlemler hükümsüz duruma gelmekte, fakat ölüm sebebiyle yapılan hukukî işleme konmuş olan, hukuka veya ahlaka aykırı şart tıpkı imkansız şartlar da olduğu gibi yok farz edilerek (*pro non scripta*, yazılmamış gibi) işlem geçerli bırakılmaktaydı¹¹³.

3. ŞART TÜRLERİ

Şart, olayın konusuna ve sonuçlarına göre çeşitli türlere ayrılır. Olayın konusuna göre şart, olumlu şart, olumsuz şart, iradi şart, tesadüfi şart ve karma şart olmak üzere beşe ayrılır. Olayın doğurduğu sonuçlara göre ise şart, erteleyici şart (*condictio suspensiva*), bozucu şart (*condictio resolutive*) olmak üzere ikiye ayrılır. Erteleyici ve bozucu şartlar yapılmış bir sözleşmenin kurulmasını, feshedilmesini, tamamlanmasını ya askıda bırakır ya da geciktirirler. Erteleyici şarta bağlanmış bir sözleşmede, sözleşmenin gerçekleşmesi için şartın gerçekleşmesi gerekirken, bozucu şarta bağlı sözleşme hemen bağlayıcı olur ve şartın ihlal edildiği durumlarda şartın hiçbir bağlayıcı gücü kalmaz¹¹⁴.

Hukukî işlemin sonuç doğurması, olumlu bir olaya bağlanmış ise “olumlu şart”, olumsuz bir olaya bağlanmış ise, “olumsuz şart” söz konusu olur. Şartın gerçekleşmesi

¹¹²BK. m. 155.

¹¹³Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 438.

¹¹⁴Burdick, **a.g.e.**, s. 408.

alacaklının veya borçlunun iradesine bağlı ise “iradi şart”, şartın gerçekleşmesi üçüncü bir kişinin iradesine veya tamamen dış etkenlere bağlı ise “tesadüfi şart” ve şartın gerçekleşmesi hem taraflardan birinin hem de üçüncü bir kişinin iradesine veya dış etkenlere bağlı ise “karma şart” ortaya çıkar. Şartların iradi, karma ve tesadüfi şeklindeki ayırımı *Iustinianus*’a aittir¹¹⁵.

C. 6. 51. 1. 7: “Sin aliquid sub condicione relinquatur vel casuali vel ptestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae persona voluntatae vel ex utroque pendeat...”

C. 6. 51. 1. 7: “Aksine bir şey tesadüfi, iradi veya karma bir şarta bağlanırsa, bu şartların gerçekleşmesi ya tesadüfe, ya şerefli bir kimsenin iradesine veya her ikisine bağlıdır¹¹⁶.”

¹¹⁵Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 140.

¹¹⁶Türkçe metin için bkz.: **Aynı**, s. 140.

3.1. Hukukî İşlemin Bağlandığı Olayın Konusuna Göre Şartın Çeşitleri

3.1.1. Olumlu ve Olumsuz Şartlar

Şart olarak belirlenen, gelecekteki ve objektif olarak belirsiz bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine göre, olumlu şart veya olumsuz şart ayrımı yapılır. Hukuki işlemin sonuçları belirsiz ve gelecekteki olayın gerçekleşmesine bağlanmışsa, olumlu şart; gerçekleşmemesine bağlanmışsa veya gerçekleşmesi artık imkansız ise, olumsuz şart söz konusudur¹¹⁷. Olumlu şarta örnek olarak, “*Si navis ex Asia venerit*” (eğer gemi Asya’dan gelecek olursa); olumsuz şarta ise, “*Si servum non manumiserit*” (eğer köleyi azadetmeyecek olursa) gösterilebilir¹¹⁸.

Olumlu şart ve olumsuz şart ayrımı, erteleyici ve bozucu şart ayrımı ile karıştırılabilir. Çünkü, erteleyici şart veya bozucu şart olumlu veya olumsuz bir şekilde olabilir¹¹⁹. Örneğin, A ile B arasında bir alım satım sözleşmesi yapıldığını düşünelim. A, B’ye; “Bir ay içinde gemi gelirse senden buğday satın alacağım” derse, olumlu erteleyici şart; “Bir ay içinde gemi gelmezse senden buğday satın alacağım” derse, olumsuz erteleyici şart söz konusu olur. İlk örnekte, yapılan alım satım sözleşmesi olumlu bir olaya; geminin gelmesi olayına bağlanmış, sözleşmenin geçerli olması da bu olayın ortaya çıkmasına (geminin gelmesine) kadar ertelenmiştir. İkinci örnekte ise, alım-satım sözleşmesi olumsuz bir olaya, geminin gelmemesine bağlanmış, sözleşmenin geçerli olması da bu durumun ortaya çıkmasına kadar ertelenmiştir. A, B’ye, “ Bir ay içinde gemi gelirse senden buğday almayacağım” derse, burada olumlu bozucu şart söz konusu olur. Çünkü, yapılan alım-satım sözleşmesi olumlu bir olaya, geminin gelmesi olayına bağlanmış ve bu olayın gerçekleşmesi (geminin gelmesi) durumunda, sözleşmenin feshedilmesi (ortadan kalkması) öngörülmüştür. Eğer, A, B’ye,

¹¹⁷Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 440; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 246.

¹¹⁸Murhead, **a.g.e.**, s. 133.

¹¹⁹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 246.

“Bir ay içinde gemi gelmezse senden buğday almayacağım” derse, burada olumsuz bozucu şart söz konusudur. Çünkü yapılan sözleşme olumsuz bir olaya, geminin gelmemesine bağlanmış, bu durumda (geminin gelmemesi durumunda) yapılan sözleşmenin feshedilmesi öngörülmüştür¹²⁰.

3.1.2. İradi Şart

Şart olarak belirlenen olayın gerçekleşmesi alacaklının ya da borçlunun iradesine bağlı ise, iradi şart (*Conditio Potestativa*) söz konusudur¹²¹. Örneğin, A, kardeşi B’ye, “bu sınavımı kazanırsam seni tatile götüreceğim” derse, burada gerçekleşmesi A’nın yani borçlunun iradesine bağlı bir şart söz konusu olur. Fakat, şartın gerçekleşmesi borç altına girecek olan kişinin iradesine bırakılması durumunda kişinin keyfi davranışlarına olanak verdiğinden tereddüt uyandırabilir. Borçlunun iradesine dayanan iradi şart sözleşmeyi hükümsüz kılar (*D. 45. 1. 108. 1*)¹²². Bu keyfilik iyi niyet kuralları uygulanarak giderilebilir. Örneğin, A, bütün çabasına çalışmasına rağmen sınavı kazanamazsa sorun yoktur. Ancak A sınava girmezse ya da hiç çalışmadan girerse, iyiniyet kurallarına uymadığından, gerçekleşmemiş olan şart gerçekleşmiş saymak gerekir¹²³. İradi şartın gerçekleşmesi alacaklının iradesine bırakılmışsa sorun yoktur. Fakat borçluya bırakılmışsa, o zaman hukukî işlemin sonucu borçlunun takdirine kalmış olmaktadır. Ancak borçlu, bu durumda yükümlülüğünden tamamen kurtulmuş olamaz. Çünkü, her ne kadar iradi şart borçluya borcundan kurtulmak olanağını vermekte ise de, onun hareket tarzı iyi bir aile reisininki (*arbitrium boni viri*) gibi olmalıdır. Eğer şart, iyi bir aile reisi gibi hareket etmediği için gerçekleşmemişse, borcunu ifaya zorlanabilir¹²⁴. Örneğin, A’nın B’ye, “Duvarımı boyarsan sana elli lira veririm” demesi, B’nin de bunu kabul etmesi durumunda, yapılan anlaşmada

¹²⁰Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 246

¹²¹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 246; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 440.

¹²²Murhead, **a.g.e.**, s. 133.

¹²³Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 247.

¹²⁴Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 440.

B'nin iradesine bağlı erteleyici bir şart söz konusu olur. Burada şartın gerçekleşmesi alacaklıya, yani elli liranın alacaklısı olan B'ye bağlıdır

3.1.3. Tesadüfi Şart

Hukukî işlemin taraflarından birinin iradesi dışındaki olaylara bağlanan şarta, tesadüfi (*Conditio Casualis*) şart denir¹²⁵. Tarafların iradesi dışındaki bir olay üçüncü bir kişinin iradesi veya fiili olabileceği gibi dış etkenlere de bağlı olabilir¹²⁶. “*Si Maeviam nupseris*”, “*Maevia* ile evlenecek olursan.” “*Si Titius Capitolium ascenderit*”: “*Titius Capitolium*’a çıkarsa” gibi. Örneğin, A arkadaşı B ye “babam bana aybaşımda yeni bir saat alırsa eskisini sana veririm” derse, B de bunu kabul etse, bu durumda tesadüfi (*causalis*) bir erteleyici (*suspensiva*) şarta bağlı bağış söz konusu olur. A arkadaşı B ye; “at yarışlarında kazandığım paranın yarısını sana vereceğim” dese, B de bunu kabul etse, burada da tesadüfi erteleyici bir şarta bağlı bağış vardır.

3.1.4. Karma Şart

Gerçekleşmesi hem hukuki işlemin taraflarından birinin iradesine hem de üçüncü bir kişinin iradesine veya dış etkenlere bağlı olan şarta “karma şart” (*conditio mixta*) denir¹²⁷. A'nın oğlu B'ye; “K ile evlenirsen sana bir ev alırım.” demesi ve B'nin bunu kabul etmesi durumunda, karma erteleyici şarta bağlı bir bağış söz konusu olur. Çünkü B'nin K ile evlenmesi sadece B'nin iradesine bağlı değildir hem K'nin iradesine, hem de dış etkenlere bağlıdır. “*Titius* kendisine vasiyet edilen kitabı *Seia* ile evlendiği zaman alabilir.” Evlenme

¹²⁵Muirhead, *a.g.e.*, s. 133.

¹²⁶Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 247; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 440; Marzo, *a.g.e.*, s. 80.

¹²⁷Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 246; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 440; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 139.

için *Titius*'un iradesinin yetmediği, buna *Seia*'nın da razı olması gerektiği için karma bir şart söz konusudur.”

3.2. Hukukî İşlemin Bağlandığı Olayın Sonuçlarına Göre Şartın Çeşitleri

Taraflar hukukî işlemin etkisinin başlamasını ya da sona ermesini gelecekteki gerçekleşmesi belirsiz olayın gerçekleşmesine bağlayabilirler. Eğer taraflar yaptıkları hukukî işlemde istedikleri etkilerin gerçekleşmesini ertelerlerse “erteleyici şart”, eğer başlangıçta geçerli olarak yürürlüğe konmuş işlemin hukukî etki ve sonuçlarının devam etmemesini, sona ermesini belirsiz olayın gerçekleşmesine bağlamışlarsa “bozucu şart” söz konusudur.

3.2.1. Erteleyici Şart

Taraflar, hukukî işlemin sonuçlarını meydana getirmesini, gelecekteki ve gerçekleşmesi objektif olarak belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlarsa, “erteleyici şart (*condicio suspensiva*)” söz konusu olur¹²⁸. “[S]i *Titius consul factus fuerit, quinque aureous dare spondes?*”¹²⁹. Bu erteleyici şartın tipik örneğidir. Erteleyici şartla yapılan işlem, kural olarak belirsiz olayın gerçekleştiği anda hukukî etkisini göstermeye, sonuçlarını doğurmaya başlar¹³⁰. Erteleyici şarta bağlanmış işlemin sonuç doğurması, olayın gerçekleşmesine kadar ertelenmektedir¹³¹. Şart olarak belirlenen olay gerçekleşmezse, hukukî işlem hukukî sonuç doğurmaz. Örneğin, “sınıfını geçersen sana bisiklet alacağım” şeklinde bir işlem yapılmışsa, sınıfın geçilmesi işlemin geciktirici şartıdır. Ancak bu kurallar, birer emredici hüküm olmayıp, tamamlayıcı kural niteliğinde olduklarından taraflar bunun

¹²⁸Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 244; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 439; BK. m. 149/I.

¹²⁹*Iust. Inst. 3. 15. 4.*

¹³⁰BK. m. 149/II.

¹³¹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 244, Marzo, **a.g.e.**, s. 79, Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 138.

aksini kararlaştırabilirler¹³². “*Titius* konsül seçilirse sana yüz vermeyi taahhüt ediyorum” şeklinde borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir *stipulatio*’dan sonra, borçlu yüzü ancak *Titius* konsül seçildiği zaman ödemek zorunda kalacaktır. Başlangıçta taahhütte bulunanın gerçekte böyle bir yükümlülüğünün ortaya çıkıp çıkmayacağı kesin değildir. *Titius* konsül asla seçilmeyebilir¹³³. Gelecekteki bir olay olması nedeniyle şart, hukukî işlemi askıda bırakır; sonuç doğurup doğurmayacağı veya doğurduğu sonuçların sona erip ermeyeceği konusunda tereddüt vardır. Çünkü bu durumda *Titius*’un ileriki bir zamanda konsül olup olmayacağı belli değildir. Şartlı işlemin sonuç doğurup doğurmayacağı veya doğurduğu sonuçların sona erip ermeyeceği konusunda tereddüt bulunduğu sürece, şartlı işlem askıdadır (*condicio pendet*). Yapılan hukukî işlemlerin geçerli olması için şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi gerekir. Eğer şart gerçekleşirse, yapılan hukuki işlemler hüküm ifade eder; gerçekleşme ya da gerçekleşme olanağı ortadan kalkarsa hukuki işlemlerin hukuki sonuç doğurmayacakları anlaşılır ve böylece tereddüt hali ortadan kalkmış olur¹³⁴. XII Levha hukukunda da bilinen erteleyici şartlar, tarihsel olarak çeşitlilik açısından en eski olma özelliğindedirler ve kendi türünün en iyisi konumunu elinde bulundurmışlardır¹³⁵.

3.2.2. Bozucu şart

Geçerli olarak yapılmış hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarının sona ermesinin gerçekleşmesini, gelecekteki belirsiz olaya bağlayan irade beyanına “*condicio resolutive*” denir¹³⁶.

¹³²Sirmen, *a.g.e.*, s. 53, Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 58.

¹³³Zimmermann, *a.g.e.*, 718.

¹³⁴Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 436; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 243.

¹³⁵Zimmermann, *a.g.e.*, s. 717.

¹³⁶Marzo, *a.g.e.*, s. 79; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 138; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 245; Umur, 1975, *a.g.e.*, s. 43.

Bozucu şart söz konusu olduğunda yapılan hukukî işlem geçerlidir ve hemen hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Şart olarak belirlenmiş olayın gerçekleşmesi durumunda ise, hukukî işlemin hükümleri sona erer.

Ortaçağda saptanan şartın bu iki türü, çağdaş hukuklarda da varlığını sürdürmektedir¹³⁷. Modern hukuk sistemlerine özgü olan bu ayırım, Roma hukukuna ait değildir. Çünkü, Roma hukukunda şart (*condicio*) olarak sadece erteleyici şart türü biliniyordu. Ve hukukî etkisinin doğumu belirsiz bir olguya bağlanmış işlem şartlı (*condicionole*) olarak nitelendiriliyordu¹³⁸. Bizim bozucu şartta askıda dediğimiz işlemde Romalılar, ek olarak şarta bağlı karşı bir anlaşmanın da mevcut bulunduğu şartsız (*pura*) bir işlem görürlerdi. İşlem yapıldığı andan itibaren sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu nedenle de tam ve tereddütsüz bir işlem haline gelirdi¹³⁹. Romalıların şart hakkında yaptıkları ayırım, hukukumuzda erteleyici şarta karşılık gelen “*condicio*” ile, bozucu şarta karşılık gelen “şartlı fesih veya rücu anlaşması” şeklindedir. Buna rağmen “erteleyici şart” (*condicio suspensive*) ve “bozucu şart” (*condicio resolutive*) tanımlarının kullanımları ifade kolaylığı sağlaması bakımından sakıncalı değildir. Romalılara göre, sadece erteleyici şartta hukukî işlem askıda (*condicio pendet*) dir ve hükümlerini hemen doğurmaz. Erteleyici şartın gerçekleşmesine kadar hüküm ifade etmez¹⁴⁰. Bozucu şart, hukukî işlemi askıda bırakmadığı için (*condicio pendente*), yani hükümlerini hemen doğurduğu için, hukukî işlemin gelecekteki olayın gerçekleşmesi ile ortadan kalkması isteniyorsa, erteleyici şarta bağlı bir rücu anlaşması yapılması gerekir (*pactum adiectum*, ek anlaşmalar)¹⁴¹. Şartın gerçekleşmesi durumunda

¹³⁷BK. m. 149-151da erteleyici şart, BK. m. 152 da ise bozucu şart hükme bağlanmıştır.

¹³⁸Marzo, *a.g.e.*, s. 79; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 138; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 439; Sirmen, *a.g.e.*, s. 54.

¹³⁹Marzo, *a.g.e.*, s. 79; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 439.

¹⁴⁰Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 138; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 245; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 439.

¹⁴¹Marzo, *a.g.e.*, s. 245; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 439.

erteleyici şarta bağlanmış olan bu fesih anlaşmasına dayanılarak hukukî işlemi feshetme hakkı elde edilmiş olunurdu¹⁴².

Bu nitelikte (*pactum adiectum*) üç çeşit satım sözleşmesi yapılırdı. Bunlardan “*lex commissoria*”; alıcının zamanında satış bedelini ödememesi, “*pactum displientiae*”; alıcının satılanı beğenmemesi, “*in diem addiction*”; satıcının bir süre daha iyi bir teklifte bulunan bir alıcıyla karşılaşmaması şartına bağlıdır. Bu şartlar gerçekleştiği zaman söz konusu sözleşmeler bozulmuş olur¹⁴³.

4. ŞART YASAĞI VE ŞARTA BAĞLANAMAYAN HUKUKİ İŞLEMLER

Kural olarak, her türlü borçlandırıcı ve tasarrufî hukukî işlemin sonuçları, tarafların iradeleri ile gelecekteki belirsiz olaylara bağlanarak değiştirilebilir¹⁴⁴. *Gaius*, *Institutiones*'inde yaşadığı dönemde şarta bağlı işlemlerin yapılabileceğini belirtmektedir¹⁴⁵.

Gaius, Inst. 3. 146: “...iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.”

Gaius, Inst. 3. 146: “...Zira zamanımızda eşyanın şarta bağlı olarak satılabileceğinde veya kiralanabileceğinde şüphe yoktur¹⁴⁶.”

¹⁴²Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 440.

¹⁴³Sirmen, **a.g.e.**, s. 54 -55.

¹⁴⁴Burdick, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁴⁵Gaius M.S. II. yüzyıl sonlarına doğru ölmüş, yaşadığı sürece fazla tanınmamış bir klasik hukukçudur. M.S. II. yüzyılın ikinci yarısında, *Institutiones* isimli dört kitap (*liber*) tutarında bir ders kitabı hazırlamıştır. Bkz.: Umur, 1975, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁴⁶Türkçe metin için bkz.: Gaius, **a.g.e.**, s. 49.

Hukukî işlemi, bazı şartlar ekleyerek değiştirmek isteyen tarafların bu yetkileri sınırsız değildir. Hukuk düzeni tarafların bu yetkilerini bazı hukukî işlemlerin sonuçlarını olduğu gibi korumak amacıyla hukukî işlemlere şartların eklenmesini sınırlayabilir¹⁴⁷. Roma hukukunda *actus legitimi (actus qui non recipiunt diem vel condicionem)* denilen bu çeşit işlemleri şarta bağlamak mümkün değildir¹⁴⁸. *Papinianus*'un *Digesta*'daki bir parçası (*D. 50. 17. 77*) bu çeşit şart kabul etmeyen işlemleri saymaktadır¹⁴⁹. Bu çeşit işlemler şarta bağlanacak olurlarsa, yapılan işlem geçersiz olurdu (*D. 50. 17. 77*)¹⁵⁰.

D. 50. 17. 77: "Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem."

D.50.17.77: "Emancipatio (baba hakimiyetinden çıkarma muamelesi), acceptilatio (borçtan ibra), hereditatis aditio (mirasın kazanılması), servi optio, datio tutaris (vasi tayini) gibi vade ve şart olmayan *actus legitimi*'ye vade ve şart konunca, tamamen batıl olur.¹⁵¹

Hukukî işlemin geçerli bir hukukî sonuç doğurabilmesi için yapılmasının şekle bağlı olduğu işlemler şarta bağlanamazlar. Örneğin, mülkiyetin kazanılması işlemlerinden olan *mancipatio, in iure cessio, solutio Per aes et libram* (külçe ve terazi ile borcun ifası) bu çeşit işlemlerdendir. Bir *filiusfamilias*'ın baba hakimiyetinden çıkarılması (*emancipatio*), mirasın *ius civile*'ye göre kazanılması ve kabulü (*hereditatis aditio*), gibi işlemler de bu

¹⁴⁷Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 435.

¹⁴⁸Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 138.

¹⁴⁹Schwarz, *a.g.e.*, s. 280.

¹⁵⁰Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 436.

çeşittendir¹⁵². *Iustinianus Hukuku*'nda, şekle bağlı olarak yapılan borçtan ibra işlemi (*acceptilatio*), vasi tayini (*datio tutoris, Inst. 1. 14. 3*) gibi işlemleri de sayabiliriz. Evlenme, evlat edinme, *manumissio* (özellikle değnekle azat etme "*manumissio Per vindictam*") gibi işlemlerde nitelikleri gereği, şartlı olamazlardı. *Depositum* (vedia) veya *commodatum* (ariyet)'a erteleyici bir şartın eklenmesi zor olabilir. Ve *Gaius* zamanında bile şarta bağlı şirket (*societas*) veya vekalet (*mandate*) hakkında şüpheler vardı¹⁵³.

5. ŞARTA BAĞLANABİLEN HUKUKİ İŞLEMLER

5.1. Şarta Bağlanabilen Hukukî İşlemlerin Çeşitleri

Mirasçı şartsız veya şarta bağlı olarak atanabilir (*Iust. Inst, 2. 14. 9*); Muayyen mal vasiyeti ve *Stipulatio* şarta bağlanabilir (*Iust. Inst. 3. 23. 4*); vekalet vadeli veya şartlı yapılabilir (*Iust. Inst. 2. 26. 12*); Mülkiyetin kazanılması işleminden olan *traditio* hem erteleyici hem de bozucu şarta bağlı olarak yapılabilirdi¹⁵⁴. Hukukî işlemlerden kendisine şart eklemeye en elverişli olanı alım satım sözleşmesidir. Alım satım (*emptio venditi*) bir iyiniyet sözleşmesi olup, sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların satılan mal ve semen üzerinde anlaşmaları yeterlidir. Bu nedenle de şekilsiz *pactum*'lar (*pacta adiecta*, ek anlaşmalar) ile bazı şartlar kolayca eklenebilirdi. *Ius civile*, iyiniyet sözleşmelerine bağlı olarak ve hemen onların ardından (*in continenti*) yapılmış anlaşmaların içeriklerinin o iyiniyet sözleşmesinin davalarıyla takip edilebileceğini kabul etmiştir. Yani alım satıma bağlı olarak yapılmış olan ek anlaşmaların içerikleri alım satım sözleşmesinin davalarıyla, (*actio empti* veya *actio venditi*)

¹⁵¹Türkçe metin için bkz.: Belgin Erdoğmuş, *In Diem Addictio: (Daha İyi Bir Teklif Kaydı)* (İstanbul : İ.Ü.H.F.Y., 1972), s. 54.

¹⁵²Umur,1982, s. 436, Schwarz, *a.g.e.*, s. 280.

¹⁵³Muirhead, *a.g.e.*, s. 133.

¹⁵⁴Schwarz, *a.g.e.*, s. 280; Nadi Günel, "Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)." (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999), s. 24.

D. 41. 4. 2. 3: “Sabinus’a göre, satım bedelinin (semenin) belli bir süre içinde ödenmemesi halinde akdin feshedileceği şartı (lex commissoria) ile bir akit yapılmışsa, satım bedeli ödenmeden önce zamanaşımı ile iktisap süreci başlamaz....¹⁶⁶”

Bu anlaşma, *Pandekt Hukuku*’ndaki “*pactum reservati domini*”¹⁶⁷ ve modern hukuk sistemlerindeki “mülkiyeti saklı tutma anlaşması” ile aynı fonksiyona sahip idi.¹⁶⁸

5.2.2. Pactum Displientiae

Belirli bir süre içinde satılmış mal, alıcının hoşuna gitmeyecek olursa, alım satımdan dönüleceğine ilişkin alıcı ile satıcı arasında alım satım bağlı olarak yapılan anlaşmadır¹⁶⁹. *Pactum displientiae* kaydı, “alıcı, belli bir kullanma ve deneme süresinden sonra maldan memnun olmalıdır.” anlamındadır¹⁷⁰. *Pactum displientiae* (beğenmemelik anlaşması) genellikle satım sözleşmesinde kullanılan ve satıcıya, alıcı malı beğenmediğinde sözleşmeyi feshetme ve malını tekrar alma hakkını kazandıran bir kayıttır¹⁷¹. Alıcı ise satım aldığı malı beğenmediğinde, belli bir tarihe kadar sözleşmeden vazgeçme ve aldığı malı vererek ödediği semeni istemek hakkını elde ederdi¹⁷². Burada iradi bir şart söz konusudur çünkü alım satım sözleşmesinin yapılması taraflardan birinin (alıcının) iradesine bırakılmıştır¹⁷³. Bu anlaşma ile

¹⁶⁶Türkçe metin için bkz.: Günal, 1999, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁶⁷Pactum Reservatae Hypothecae : Satılan mal üzerinde, semen (pretium) ödenene kadar bir rehin hakkı muhafaza etmek üzere alıcı ile yapılan anlaşmadır. Bu anlaşma, sattığı mal üzerinde bir hak muhafaza etmekten ziyade, o mal üzerinde satıcıya, yeni bir aynı hak temin etmekte idi. Bkz.: Umur, 1975, **a.g.e.**, s.149.

¹⁶⁸Buz, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁶⁹Umur, 1975, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁷⁰Thomas, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁷¹Murheid, **a.g.e.**, 135.

¹⁷²Rado, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁷³Buz, **a. g. e.**, s. 47.

yapılan satım sözleşmelerini bugünkü tecrübe ve muayene ile satıma benzetebiliriz. Fakat bununla beraber *“pactum displicentiae”* ile BK. m. 219 vd düzenlenen “Tecrübe ve muayene şartıyla yapılan satım” sözleşmesi arasında önemli farklar vardır¹⁷⁴. Tecrübe ve muayene şartıyla satım” sözleşmesi alıcının satım sözleşmesine konu olan şeyi, deneme ve muayene edip kabul etmesi iradi koşuluna bağlı olarak yapılır ve sözleşme bu koşul gerçekleşmeden kurulmuş olmaz. Fakat *“pactum displicentiae”* kaydı eklenen sözleşmenin kurulması böyle bir koşula bağlı değildir. *“Pactum displicentiae”* de alıcı sözleşmenin kurulmasından sonra da inceleyebilir ve malı beğenmezse geçerli bir şekilde kurulmuş olan akdi fesheder¹⁷⁵. Taraflar *pactum displicentiae*’yı erteleyici şarta bağlı alım satım veya erteleyici şarta bağlı rücu anlaşması (bozucu şart) şeklinde yapabilirler¹⁷⁶. Yaptıkları sözleşmeye *pactum displicentiae* kaydının konulması üzerinde anlaşan taraflar, bunu erteleyici şarta bağlı satım veya rücu anlaşması şeklinde düzenlediklerinde önemli olan hukukî işlemin yorumu yapılırken taraflarca gerçekten neyin kastedilmiş olduğunu tespit etmektir. Bu nedenle hukukî işlemin taraflarının iradesine yani *“id quom actum”*a bakmak gereklidir. *Id quod actum*, hukukî işlemin yorumlanması sırasında tarafların gerçekten neyi kastetmiş olduklarının tesbit edilmesidir¹⁷⁷. *Ulpianus pactum displicentiae* ile ilgili aşağıdaki metinde şöyle demektedir:

D. 18. 1. 3: “Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.”

¹⁷⁴Berki, *a.g.e.*, s. 81.

¹⁷⁵Aynı, s. 82.

¹⁷⁶Murheid, *a.g.e.*, s.135.

¹⁷⁷Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 26.

D. 18. 1. 3: “Eğer bir mal şöyle satılmışsa, hoşna gitmediği takdirde satılmamış olacaktır, malın bir şart altında satılmış olması değil, fakat alım satımın bir –erteleyici- şart altında feshedileceği kesindir”¹⁷⁸.

Bu metinde *Ulpianus pactum displicentia* ile ilgili olarak bozucu yorumu tercih etmiştir. Nedeni kaydın özelliğinden gelir. Alıcının malı beğenip, beğenmemesi için denemesi gereklidir. Bunun içinde sözleşmeden doğan edimlerin ifa edilip denemenin başlaması amaca uygundur. Ayrıca bu metin *pactum displicentia*'daki *id quod actum*'u doğrular niteliktedir¹⁷⁹.

5.2.3. In Diem Addictio

In diem addictio (daha iyi teklif kaydı), “satıcı belirlenmiş bir süre içinde daha iyi bir teklifi kabul edebilir” anlamına gelir¹⁸⁰. *In diem addictio* ile satıcı, daha iyi bir teklifi kabul etme hakkını kendinde saklı tutar¹⁸¹. Örneğin daha yüksek bir fiyat veya peşin ödeme gibi daha iyi bir teklifle karşılaşır, sözleşmeden vazgeçebilirdi. Bu tür anlaşmalar özellikle gayrimenkul satımlarında önemli bir rol oynuyordu. Roma'da mesafelerin uzak olması nedeniyle, bir gayrimenkul satımında satıcının bütün ilgilileri aynı anda bir araya getirmekte güçlüğüyle karşılaşması bu anlaşmanın önemini artırmaktaydı¹⁸². Satıcı satım konusu şeyi önce belirli bir fiyata satıp, sonradan daha iyi bir teklifte bulunacak başka alıcılar arıyordu. Satıcı birden fazla kişiyle temas kurduğundan, ekonomik açıdan bu tür anlaşmalar ile artırma yoluyla satışlar arasında fonksiyonel bir benzerlik vardır. Ancak “*in diem addictio*”, artırma

¹⁷⁸Türkçe metin için bkz.: Erdoğan, 1972, a.g.e., s. 30.

¹⁷⁹Aynı, s. 30.

¹⁸⁰Thomas, a.g.e., s. 1.

¹⁸¹Murheid, a.g.e., s. 135.

¹⁸²Buz, a. g. e., s. 47.

yoluyla satışlardan, tekliflerin aynı anda yarışmaması noktasından ayrılmaktadır¹⁸³. “*In diem addictio*” ile müzayedenin amacı aynıdır. Mal sahibini malına en iyi karşılığı bulmak ister. Fakat müzayede de zaman ve mekan birliği olduğu halde, *in diem addictio*’da yoktur. Müzayede de daha iyi teklif para olduğu halde, *in diem addictio*’da, ilk alıcının yeni teklifi aynen ifa etmeyi kabul etmesi, satıcının yeni sözleşmeyi yapmasına engel olur. Müzayede, bir akdin yapılmasına yarayan bir usuldür. *In diem addictio* ise kurulmuş bir sözleşmeye konu olmuş bir kayıttır¹⁸⁴. “*In diem addictio*” bir çok bakımdan en çok ilgi çeken bir kayıt olmuştur. Türk-İsviçre hukukunda kurum olarak yoktur, fakat modern hukuk sistemlerinde varolan erteleyici-bozucu şart ayırımının ve akitten rücu kurumunun gelişmesinde önemli rol oynamıştır¹⁸⁵. Bu akit diğerlerinden, tarafların mevcut akdi ifayla bağlı oldukları sırada, alım satımın yeni bir akitle değiştirilmesinin mümkün olmasıyla, ayrılır¹⁸⁶. *In diem addictio* başlangıçta erteleyici şarta bağlı alım satım sözleşmelerinde, *Iulianus*’tan sonra ise erteleyici şarta bağlı rücü anlaşması şeklinde düzenlenmiştir. Daha iyi bir teklif yapıldığında, satıcının alım satım sözleşmesinin sonuçlarının doğmasına veya sona ermesine yol açabilecek kayıtlardan birisidir *in diem addictio*. Taraflar bu iki düzenleme tarzından birini seçmede her zaman özgürdürler¹⁸⁷. *In diem addictio*’nun bir formülü *Digesta*’nın *in diem addictio* faslında *paulus*’a ait bir tarif verilmiştir.

D. 18. 2. 1: “In diem addictio ita fit: ” ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas ianuaris proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.”

¹⁸³Honsell, Römische Recht, s. 125’den aktaran Buz, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁸⁴Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 5 (dipnot 7).

¹⁸⁵Bkz.: Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁸⁶Thomas, **a.g.e.**, s. 2.

¹⁸⁷Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 1.

D. 18. 2. 1: “*In diem addictio şöyle yapılır, bu arazi sana yüze satılmış olsun, meğer ki bir başkası önümüzdeki Ocak ayının birine kadar daha iyi teklifte bulunmuş olmasın. O takdirde mal malikin elinden çıkar*¹⁸⁸”.

Bu anlaşma da satıcı lehine konmuş sözleşmeyi bozucu bir şart taşıyordu¹⁸⁹.

D. 41. 4. 2. 4: “*Si in diem addictio facta sit, “id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit”*¹⁹⁰, *perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*”

D. 41. 4. 2. 4: “Eğer bir in diem addictio yapılmışsa, Iulianus’a göre alım satım tamdır hem semereler alıcının olur hem kazandırıcı zamanaşımı işler. Diğer bazılarının düşüncesine göre, bu sözleşme şarta muallaktır. Iulianus ise, sözleşmenin şartlı olarak yapılmadığını fakat bir şart altında feshedileceğini söylemektedir, bu düşünce doğrudur.”

¹⁸⁸Türkçe metin için bkz.: Thomas, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁸⁹Rado, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁹⁰Bu kısım *In Diem Addictio*’yu tarif eder.

6. ŞARTIN BAZI KURUMLARDAN FARKI

6.1. Şart-Vade

Vade (*dies*) bir hukukî işlemin ne zamandan itibaren veya ne zamana kadar hukukî sonuçlar doğuracağını belirtmek üzere konan bir tarihtir. Başka bir deyişle borcun muaccel olması için belirlenmiş zamana “vade” Roma hukukundaki terimiyle “*dies*” denir. *Dies*, “gün” anlamına gelir¹⁹¹. Vade şarttan, vadeli borçlar şarta bağlı borçlardan farklıdır¹⁹². Hukukî işlemde taraflarca kararlaştırılan bir olayın bir şart mı yoksa bir vade mi olduğu belli olmayabilir. Şart, hukukî işlemin sonuç doğurmasının veya sonuçlarının ortadan kalmasının tarafların iradesi ile gelecekteki gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlanmasıdır. Vade ise hukukî işlemin sonuç doğurmasını ve sonuçlarının ortadan kalkmasının gelecekteki belirli bir olayın gerçekleşmesine bağlanmasıdır. Şart ile vade arasındaki fark, hukukî işleme eklenen olayın gerçekleşmesinin belirsiz olup olmasında veya kesin olup olmasında kendini gösterir. Vadeyi şarttan ayıran en önemli özellik, hukukî işleme eklenen olayın, şartta gerçekleşmesinin belirsiz olması, vade de ise kesin olmasıdır¹⁹³. Kesinlik vadenin, belirsizlik ise şartın ayrılmaz özelliğidir.

Şart ile vade arasındaki farka rağmen, ikisi arasında yakın bir benzerlik de vardır. Vade şart gibi “geciktirici” veya “bozucu” nitelikte olabilir. Hukukî sonuçların ne zamandan itibaren hüküm ifade edeceğini gösteren vadeye “erteleyici vade” (başlama vadesi; *dies a quo*, günden itibaren) denir. Örneğin, “gelecek yılın mayıs ayından itibaren evimi sana kiraya veriyorum” gibi. Hukukî işlemin ne zamana kadar hüküm ifade edeceğini gösteren vadeye ise “bozucu vade” (Bitme vadesi; *dies ad quem*, güne kadar) denir. Örneğin, “gelecek yılın

¹⁹¹Kemal Oğuzman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 838; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁹²Oğuzman, 1995, **a.g.e.**, s. 838.

¹⁹³Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 70; Buckland, **a.g.e.**, s. 422; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 254.

ANKARA
BANKASI
MÜHÜRÜ

Temmuz ayına kadar evimi sana kiraya veriyorum” gibi. Bozucu vade, şartta olduğu gibi, işlemin ne zaman sona ereceğini gösteren ek bir fesih anlaşması şeklinde yapılır. Vade, hukukî işlemi askıda bırakmaz ve geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz. Erteleyici olan vade geldiği anda hukukî işlem sonuç doğurmaya başlar; bozucu vade geldiği zaman ise, hukukî işlemin, o ana kadar gerçekleşen sonuçları saklı kalmak ve artık devam etmemek üzere, sona ermiş olurlar¹⁹⁴. Ve yine şartta olduğu gibi, bazı işlemler örneğin, şekle bağlı *ius civile* işlemleri ile aile hukukuna ilişkin işlemler bozucu vadeli olamazlardı. Bu çeşit işlemlere vade konursa, geçerli olmazlardı¹⁹⁵. Fakat *dies a quo* (günden itibaren) veya erteleyici vade bütün sözleşmelere eklenebilirdi. Erteleyici vadeye bağlı sözleşmelerde de, sözleşmenin yapılmasından itibaren yükümlülük vardır fakat ifa vadenin gelmesine kadar ertelenmiştir. Buna göre; eğer borçlu vade gelmeden önce ödeme yaparsa, *condictio indebiti* ile ödediğini geri alamaz (*D.12. 6. 10. krş. D. 3. 18. 7 (3)*). Alacaklı vadeden önce ödeme talebinde bulunarak alacağını talep edemez¹⁹⁶. Klasik Hukukta, vadeden önce dava açarak alacağını tahsil etmek isteyen alacaklılar, herhangi bir defa ile karşılaşılırlar ve davadan bir şey elde edemezlerse bir daha dava açamazlardı. Çünkü davayı zamanında açmadıkları için haklarını kaybederlerdi. *Iustinianus Hukuku*’nda ise vadeden önce dava açanlar hakkında, kanun koyucu İmparator *Zeno*’nun vadeden önce talepte bulunan (*plus petitio tempore*) kişiyle ilgili emirnamesi uygulanır. Buna göre; vadeden önce aleyhlerine dava açılan kişilerin lehine vade süresi iki misline çıkarılır ve bu süre sonunda da önceden yapılmış bütün masraflar kendilerine verilmeden aleyhlerine tekrar dava açılmaz. İmparator *Zeno* bu emirnamesiyle, davacıların cezadan korkarak davalarını vadesinde açmalarını amaçlamıştır (*Iust. Inst. 4. 13. 10*)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 445.

¹⁹⁵ Aynı, s. 445; Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 254.

¹⁹⁶ Murhead, **a.g.e.**, s. 132; Buckland, **a.g.e.**, s. 422.

¹⁹⁷ Murhead, **a.g.e.**, s. 133.

6.2. Şart- Mükellefiyet

Bir karşılıksız (ivazsız) kazandırmada bu kazandırmayı yapanın bu kazandırmadan yararlanana, karşılık oluşturmayacak şekilde, bir edim yüklemesine mükellefiyet denir¹⁹⁸. Roma hukukunda mükellefiyet kurumu, kendi niteliğini açıklayan bir isme sahip olmadığı gibi başka anlamları da olan kelimelerle ifade edilmiştir; örneğin; *Jubere, Lex, Conditio, Modus*.gibi. *Modus*; genel olarak ölçü, şekil, tarz, usul, iktisap, şart anlamına gelir¹⁹⁹. *Iustinianus Hukuku*'nda karşılıksız hukukî işlemlerde, teknik bir terim haline gelmiştir. Ancak *Iustinianus Kodifikasyonu*'yla terimde bir tekleşme gerçekleşmiştir ve mükellefiyete "*Modus*" denilmiştir. Daha sonraki devirlerde özellikle müşterek hukuk edebiyatında mükellefiyetin adı "*Modus*" olmuştur²⁰⁰. Klasik Roma Hukuku ölüme bağlı tasarruflara ve sağlar arasında yapılan hukukî işlemlere "mükellefiyetler" konulmasına izin veriyordu. Bağış, miras, muayyen mal vasiyeti, azat etme gibi, bir bağışta bulunan kişi, bundan faydalanan bir mükellefiyet yüklerdi. Ancak bu mükellefiyetin yerine getirilip getirilmemesi hukukî işlemin sonucunu etkilemezdi. Yani bağışlayanın bu malı kazanması mükellefiyetin ifasına bağlı değildi. Bu nedenle de şarttan ayrı ve daha hafif bir külfetti²⁰¹. Roma hukukunda mükellefiyet özel bir şahsın yararına konulamazdı. Önceleri kamunun yararına olan veya tamamen dini nitelikte olan mükellefiyetler konulabilirdi. Herkesin görebileceği oyunlar düzenlenmesi, dini heykeller yapılması veya ölenin mezarında ışık yakılması gibi mükellefiyetler daha çok vasiyetnamelerin içeriğini oluştururdu. Örneğin, bir kişi, diğer bir kişiye bir kısmını veya tamamını belli bir işte harcaması şartıyla bir miktar para veya mal vasiyet ederdi. Bu çeşit işlemlere *sub modo* denirdi (*D. 35. 1. 17. 4*)²⁰². Mirasçı nasbı halinde de mükellefiyetin konulup konulmadığı tartışmalıdır²⁰³. *Modus*, ölüme bağlı tasarrufu, karşılıklı bir işlem haline

¹⁹⁸Oguzman, 1995, *a.g.e.*, s.839.

¹⁹⁹Modus kavramı için bkz.: Umur, 1975, *a.g.e.*, s.136.

²⁰⁰Kemal Tahir Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler," *A.Ü.H.F.M.*, Cilt no. 10, Kısım I:457-541, 1953, s. 459.

²⁰¹Umur, 1975, *a.g.e.*, s.136.

²⁰²Gürsoy, Kısım I, *a.g.e.*, s. 458; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 446.

²⁰³Gürsoy, *a.g.e.*, s.459

getiremezdi. Çünkü şartın yerine getirilmesi bir ücret niteliğinde düşünülmezdi. Şartta olduğu gibi, hukukî işlemi askıda bırakmazdı ve sadece lehine bağışta bulunmuş olan kişiyi bir borç altına sokardı²⁰⁴. Fakat Klasik Hukuka kadar bu borcun bir yaptırımı olmadığı için, vasiyet alacaklısı sadece ahlaki bir mükellefiyet altında idi. Klasik Hukuk Döneminden itibaren, *modus* ile mükellef olan kişinin, mükellefiyeti yerine getirmesi için dava hakkı tanınmamasına rağmen başka yaptırımlar bulunmuştur. Mükellefiyete bir şart şekli verilir veya mükellefiyeti ifa edecek olan kimseye vasiyet edilen mal teslim edilmeden önce teminat *stipulatio*'su yaptırılırdı. Örneğin karşı tarafın kendine düşen borcu yerine getirmemesi durumunda yani ödemezlik durumunda vereceği bir teminattan sonra malı teslim ederlerdi. Mükellefiyetin kamunun yararına olması durumunda, kamu makamlarının mükellefiyeti ifa dâvası hakları mevcuttu. *Iustinianus Hukuku modus*'a bir çeşit bozucu şart niteliği tanıyarak, ifasını mecbur hale getirdi. Böylece mükellefiyet diğer tarafı bağlayıcı bir karaktere sahip oluyordu. *Modus* yerine getirilmediği zaman bir ifa dâvası (*actio praescriptis verbis*) ile yerine getirilmesi, veya bir *condictio* ile (*condictio causa data causa non secuta*) bağışlanan malların sebepsiz iktisap edilmesi mümkün kılınmıştır²⁰⁵. *Modus*'un yerine getirilmemesi sonucu ortaya sebepsiz bir iktisap çıkmıştır. Sebepsiz iktisaplar, akit ve haksız fiil olmadıkları halde bir borç kaynağıdır ve akitlere benzetilerek *quasi contractus* sayılmışlardır²⁰⁶. Klasik Hukuk Döneminde sebepsiz iktisaplar için iki şart gerekiyordu: Bir şeyin mülkiyetinin devredilmiş olması (*datio*) ve bu mülkiyet naklinin sebepsiz olarak, var olmayan bir sebebe dayanarak yapılmış olması. *Condictio* ile bu şeyin geri verilmesi istenirdi. *Iustinianus Hukuku*'nda sebepsiz iktisaba dayanan *condictio*'lar belirli tiplere ayrılmışlardır. İsimsiz akitlerde bir şeyin mülkiyetini devrederek borcunu yerine getiren taraf, diğer tarafın karşı edimini ifa etmemesi durumunda, verdiği *condictio causa data causa non secuta* ile geri ister. Roma Hukukunda, şekle bağlı olmayan ve kapsamı bir tarafın vaat ettiği bir edime karşılık, diğer taraftan bir edim talep edilebilmesi, alım satım, kira gibi

²⁰⁴Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 446.

²⁰⁵Gürsoy , Kısım I, **a.g.e.**, s. 459; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 447.

²⁰⁶Rado, **a.g.e.**, s. 178; Borçlar Kanunumuzda da akit ve haksız fiilden doğan borçların yanında, haksız mal iktisabından doğan borçlar üçüncü bir borç kaynağı olarak ayrı bir fasıl içinde 61-66. maddelerinde sebepsiz iktisaplar adı altında kabul edilmiştir.

akitlerde mümkündü. Fakat, taraflardan biri, karşı bir edimi alacağı ümidiyle bir edada bulunmuşsa, o zaman karşı eda için bir dava açamazdı. (İsimsiz akitlerde, *actio praescriptis verbis*, Post Klasik Hukuk Döneminde uygulama alanına girmiştir.) İfa edilen edim, bir malın mülkiyet devri (*dare*) şeklinde gerçekleşmişse, borcunu ifa eden akitten vazgeçmekte ve verdiği sebepsiz iktisap davasına dayanarak geri istemektedir. Bir edim (*causa data*) ile erişilmek istenen amaç, yani karşı amaç gerçekleşmemiştir (*causa non secuta*). Fakat, bu dava bu akitten doğmuştur. İfayı kabul eden kimsenin, kendine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi, hukukî bir sebep olmadan zenginleşmiş olduğu görüşüne dayandırıldı²⁰⁷.

²⁰⁷Tahiroğlu ve Erdoğan, 1999, **a.g.e.**, s. 36-37; Rado, **a.g.e.**, s. 179.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞARTA BAĞLI İŞLEMLERİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Şart, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli ve belirsiz bir olay olduğu için şarta bağlı işlemin hukukî sonucu iki farklı aşamada incelenir. Birinci aşama, hukukî işlemin yapılmasından şartın gerçekleşmesine kadar geçen aşama; ikinci aşama ise şartın gerçekleşmesinden sonraki aşamadır.

1. ŞARTA BAĞLI HUKUKİ İŞLEMİN ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİNDEN ÖNCEKİ (HUKUKİ İŞLEMİN ASKIDA BULUNDUĞU SÜREÇTEKİ) HÜKÜM VE SONUÇLARI

Hukukî işlemin yapılmasından şartın gerçekleşmesine kadar olan aşamada şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizdir. Şart olarak belirlenmiş olay henüz tamamlanmamıştır ama gerçekleşme olasılığı taşıyordur. Bu belirsizlik durumu, erteleyici ve bozucu şarta bağlı hukukî işlemlerde farklı özellikler gösterir.

1.1. Erteleyici Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Önceki (Hukukî İşlemin Askıda Bulunduğu Süreçteki) Hüküm ve Sonuçları

Şarta bağlı hukukî işlemde, birbirini takip eden iki hukukî olay söz konusudur. Taraflar öncelikle hukukî bir işlem yapma niyetlerini karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması olarak ortaya koyarlar. Bundan sonra açıkladıkları irade beyanının hüküm ve sonuç doğurmasını, şart olarak belirledikleri gelecekteki ve gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlarlar. Bu durumda hukukî işlem, tarafların iradelerini açıkladıkları anda meydana gelir

Fakat işlemin hukukî sonuç doğurması, şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır ve şarta bağlanmış hukukî işlemin etkisi askıdadır (*condicione pendet*)²⁰⁸. *Corpus Iuris*'de erteleyici şartın gerçekleşmesinden önce sözleşmenin hükmü tutarlı olarak ifade edilmemiştir²⁰⁹. Alacaklı ve borçlu şart gerçekleşmeden önce de yapmış oldukları hukukî işlemle bağılırlar ve tek taraflı bir irade beyanıyla hukukî sonucun doğmasına engel olamazlar. Bu aşamada yapılan hukukî işlemin sonucunda alacaklı için şartın gerçekleşmesinden önce bir talep hakkı doğmadığı (*D.50. 16. 54*) gibi borçlu içinde bir edim yükümlülüğü doğmaz²¹⁰. Alacaklı ve borçlu ancak şartın gerçekleşmesinden sonra karşılıklı talep hakkına sahip olurlar. Örneğin, Roma'da oturan A ile B bir alım satım sözleşmesi yapmışlardır. Bu sözleşmeye göre, A, B'ye evini, eğer kiracısı C, evi 2 ay içerisinde boşaltırsa devredecektir. B'de bunun karşılığında A'ya 3000 *sesterz*²¹¹ ödeyecektir. Bu durumda A ile B arasında alım satım sözleşmesinin yapıldığı anda bir borç ilişkisi meydana gelmiştir. Ancak C'nin iki ay içinde evi boşaltıp boşaltmayacağı henüz belli olmadığı için anlaşmanın hukukî sonucu askıdadır. C, evi boşaltana kadar B evin kendisine devrini A'dan isteyemeyeceği gibi, A da evin değeri olan 3000 *sesterz*'i B'den talep edemez. Yani B'nin ve A'nın karşılıklı talep haklarının doğup doğmayacağı C'nin evi boşaltmasına kadar geçecek olan süre içerisinde belirsizdir.

Geciktirici şarta bağlı yapılan hukukî işlemlerde mal alıcıya teslim edilse bile (*D.18. 6. 8 pr.*) mülkiyet hakkı, şart gerçekleşinceye kadar alıcıya geçmez. Geciktirici şarta bağlı olarak bir malın mülkiyetini devreden kişi şart gerçekleşinceye kadar malik kalır (*D. 40. 9. 29. 1*) ve bu sürede mal üzerinde tasarruflarda bulunabilir. Örneğin malı rehnedebilir, mal üzerinde irtifak hakkı kurabilir (*D. 20. 1. 13. 1; D. 18. 2. 4. 3*)²¹². Ancak bu işlemler şart

²⁰⁸Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 250; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 140; Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 440; Sirmen, *a.g.e.*, s. 130.

²⁰⁹Muirhead, *a.g.e.*, s. 133.

²¹⁰Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 144; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 140.

²¹¹Sestertius, Cumhuriyet devrinin son asırlarında basılmış bir gümüş paraya verilen isimdir. Bkz.: Umur, 1975, *a.g.e.*, s.195.

²¹²Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 140.

gerçekleşince hükümden düşer²¹³. Zilyetlik söz konusu ise, mülkiyet zaman aşımı ile alıcı tarafından kazanılamaz. Erteleyici şarta bağlı satımlarda, zamanaşımı ile iktisap sürecinin başladığı an, şartın gerçekleşme anıdır. Çünkü akit ancak o zaman kurulmuş olur. Şart gerçekleşmediği halde alıcı, şartın gerçekleştiğini düşünse bile zamanaşımı ile iktisap için gereken süre işlemeye başlamaz ve doğal olarak böyle bir durumda zamanaşımı ile iktisap da söz konusu olmaz. Kaynaklarda bu konuda ayrıntılı olarak bahsedilmektedir²¹⁴.

D. 41. 4. 2. 2: “Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capiat. idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum...”

D. 41. 4. 2. 2: “Şarta bağlı bir alım-satım yapıldığı takdirde, şart gerçekleşmeden alıcı zamanaşımı ile iktisapda bulunamaz. Şart gerçekleşmediği halde, alıcı gerçekleştiğini düşünmüşse bile aynı şey söz konusudur. İktisap yine mümkün olmaz. Buna karşılık, şart gerçekleşmiş olmasına rağmen alıcı bu durumu bilmiyorsa, Sabinianus; farzedilen şeyi değil, gerçek durumu dikkate almak gerektiğini söylemiştir. Bu yüzden, böyle bir durumda zamanaşımı ile iktisapda bulunulur...”²¹⁵,”

²¹³BK m. 150/III “Şartın gerçekleşmesinden önce yapılan temlik her tasarruf sözleşmedeki şartın hükümleri zedelediği (bozduğu, ihlal ettiği) oranda geçersiz olur”.

²¹⁴Günel, 1999, **a.g.e.**, s. 103; Murhead, **a.g.e.**, s. 133; Buckland, **a.g.e.**, s. 423.

²¹⁵Türkçe metin için bkz.: Günel, 1999, **a.g.e.**, s. 103-104.

Şarta bağlı alım satım hukuki sebep (*iusta causa*²¹⁶) olarak kabul edilmemiştir (**D. 18. 2. 4 pr.**)²¹⁷. Bu mümkün olmayınca buna bağlı olan “satılmış ve teslim edilmiş mal defî” (*exceptio rei venditae et traditae*) ve *actio publiciana*’dan alıcı henüz faydalanamaz²¹⁸. *Ius civile* mülkiyeti sadece *ius civile*’nin öngördüğü mülkiyeti devir işlemlerinin yapılmasıyla elde edilebilirdi. Buna göre *res Mancipi*’lerin devri *mancipatio* ve *in iure cessio* ile *res nec Mancipilerin* devri ise *traditio* ve *in iure cessio* ile yapılırdı. Bu devir işlemleri uzun törenleri gerektiren işlemler oldukları için *res Mancipi* mallar daha pratik bir işlem olan *traditio* ile devredilmeye başlanmıştır. Ancak, bir *res Mancipi*, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile değil de *traditio* ile devredildiğinde, malı devralan kişi *ius civile* mülkiyetini kazanamıyordu. *Ius civile*’ye göre hâlâ malik olan kişi, malı devrettiği kişiye istihkak davası (*rei vindicatio*) açarak malın kendisine iade edilmesini istese, praetor kendisine başvurulması halinde malın zilyedine “satılmış ve teslim edilmiş mal defî” (*exceptio rei venditae et traditae*) ni ileri sürme olanağı tanımıştır. Bu şekilde malı devralan kişinin durumu pasif olarak korunmaya başlanmıştır. Malın zilyedi eğer Roma vatandaşı ise, *ius civile* mülkiyetini zamanaşımı yoluyla (diğer şartlarda varsa; *res habilis*, *possessio*, *bona fides*, *titulus* ve *tempus*) kazanabiliyordu. Bu hukukî durum, M.Ö. I. yy.’da *actio publiciana in rem* adı verilen bir *praetor* davası ile aktif olarak da korunmaya başlanınca, bu tür zilyetlerin durumu daha da kuvvetlendirilmiştir. Buna göre, bir *res Mancipi* malı *ius civile*’nin aradığı usullerle devralmadığı için mal üzerinde *ius civile* mülkiyetini sadece zamanaşımı yoluyla kazanabilecek durumda olan zilyet, zamanaşımı süresi dolmadan önce malın zilyetliğini kaybederse, herkese karşı aynî bir dava niteliğinde olan *actio publiciana in rem*’i açarak malın kendisine iade edilmesini sağlayabiliyordu²¹⁹.

²¹⁶Bir malı devredenle devralan arasında, mülkiyetin nakli için yapılan teslim (*traditio*) işleminin dayandığı hukuka uygun sebep bkz.: Umur, 1975, **a.g.e.**, s.

²¹⁷Burdick, **a.g.e.**, s. 409; Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 19.

²¹⁸Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 20; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 104.

²¹⁹Nadi Günel ve Erkan Küçükgüngör, **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları** (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), s. 60.

Romanist doktrinde üzerinde durulan bir meselede hasarın kime ait olacağı meselesidir. Yani erteleyici şartta bağlı alım satımlarda (özellikle *D. 18. 2. 4. pr.* ve *D.18. 6. 8. pr'*da görüldüğü üzere) satılmış mal alıcıya teslim edilmişse, hasar kime ait olacaktır ve malın şart gerçekleşmeden teslimi hasarın ait olacağı anın öne alınmasına yol açacak mıdır?

Erteleyici şartta bağlı alım satım şart askıda olduğu sürece, tam (*perfecta*) sayılmamaktadır; malın teslim edilmiş olması alım satım sözleşmesini tam hale getirmez. Hasar, askıda olma durumu devam ettikçe, satıcıya ait olmaktadır²²⁰. Bu anlayış aynı zamanda alım satım tam olunca, hasar alıcıya ait olur kuralı (*Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*) nin bir gereğidir²²¹. Şartın gerçekleşmesinden önce eğer mal yok olursa, şartlar tamamlanmış olsa bile sözleşme yoktur (*18. 6. 8 pr*)²²². Hasar meselesine paralel olarak ve yine *D. 18. 2. 4. pr'*da semerelerin alıcıya ait olmadığı belirtilmektedir. Alıcı belirsizlik aşamasında (*condicio pendet*) semerelere hak kazanamaz ve semere kazanımı konusunda aynı bir hakkı da yoktur²²³. Çünkü alıcı iyiniyetli zilyet (*bonae fidei possessor*) sayılmamaktadır.

D. 18. 2. 4 pr.: “Ubi autem condicionalis venditio est, negat pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere.”

D. 18. 2. 4 pr.: “Pomponius’a göre, şartabağlı satımlarda zamanaşımı ile mala sahip olunamaz. Semereler de alıcıya geçmez. Ayrıca hasara da alıcının katlanma yükümlülüğü yoktur.”

²²⁰Buckland, *a.g.e.*, s. 423.

²²¹Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 20; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1975), s. 10; Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 104.

²²²Murhead, *a.g.e.*, s. 133; Buckland, *a.g.e.*, s. 423.

²²³Burdick, *a.g.e.*, s. 409.

Erteleyici şarta bağlı hukukî işlemler açısından belirsizlik aşamasındaki, bazı sorunlardan biri de, bu aşamada erteleyici şarta bağlı bir borcu ödeyen kişinin durumudur. Eğer bir kimse erteleyici şarta bağlı bir borcu, askı durumunda iken ödemişse, ödediğini, borç olmayan şeyin tediyesi (*solutio indebiti*) hükümlerine dayanarak geri isteyebilir. *Solutio indebiti*, gerçekte varolmayan bir borcun varolduğu düşüncesiyle hataen (yanlışlıkla) ifa edilmesidir. *Indebitum solutum*'un söz konusu olduğu durumlardan biri olan şarta bağlı borçlarda, şart gerçekleşmeden önce ifa hataen yerine getirilecek olursa, yani şart gerçekleşmeden ifanın yapılması halinde, ödenen şeyin iadesi istenebilir²²⁴. Hataen ifada bulunan kişi ile, iyi niyetle bu ifayı kabul eden kişi arasında sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi doğar, bunun sonucunda ifada bulunan kişi, ifayı kabul eden kişiye karşı ödediği şeylerin kendisine iade edilmesini sağlamak amacı ile bir dava açardı. Bu dava Roma Hukukunda *condictio indebiti* olarak adlandırılırdı²²⁵. Bu konu *Digesta*'da da yer almıştır.

D. 12. 6. 18: “Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit.”

D. 12. 6. 18: “... şarta bağlı olup gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan durumlarda, şartın gerçekleşmesini beklemeden ödeme yapılacak olursa, ödenen şeyin iadesi istenir.”

Şarta bağlı bir borç ilişkisinde borçlu borcunu henüz şart gerçekleşmeden hataen ödediğinde, erteleyici şart gerçekleşmediği sürece ödediğini *condictio indebiti* davası ile geri

²²⁴Türk Borçlar Hukuku'nda (BK. m. 149) şarta bağlı borçların şartın gerçekleştiği andan itibaren doğduğu kabul edilmiştir. Bu durumda şart gerçekleşmeden önce ifa hataen yerine getirilirse varolmayan bir borç ifa edilmiş olduğundan, “şart gerçekleşmezse, alacaklı elde ettiği menfaatleri geri vermekle mükelleftir” hükmü gereğince (BK. m. 152/2) alınmış şeylerin iadesi gerekir.

²²⁵Daha geniş bilgi için bkz.: Nadi Günel, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)** (Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1996), s. 21-22.

isteyebilmesine rağmen; hataen yapılan ödemedden sonra şart gerçekleşmiş ise artık ödeme geri istenemez ve dava açılmaz. Bu durum *Digesta*'da da açıkça ifade edilmiştir²²⁶.

D. 12. 6. 16: "Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest." 1. "Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur.

D. 12. 6. 16: "Şarta bağlı bir borç olduğunda, şart gerçekleşmeden önce borç hataen ödenirse ödenen geri alınabilir. Ancak ödemedden hemen sonra şart gerçekleşmişse ödenmiş olan şeyin iadesi istenemez. 1. Borcun vadesi belirsiz bir gün ise, geri ödeme için belirlenmiş günün gelmiş olması gerekeceğinden geri ödeme imkansızdır²²⁷."

Belirsizlik aşamasında ortaya çıkabilecek diğer bir sorun da, şarta bağlı olarak yükümlülük altına giren tarafın, şarta bağlı haklara ilişkin konularda serbestçe davranıp davranmayacakları veya şarta bağlı olarak yaptıkları taahhütlerle bağlı olup olmadıklarıdır²²⁸. Örneğin, C'nin iki ay içinde evi boşaltıp boşaltmayacağı kesin olarak anlaşılmadan A, evini başka birine devredebilir mi? Romalı hukukçuların bu soruna ilişkin düşünceleri her hukukî dönemde farklı olmuştur.

²²⁶Burdick, *a.g.e.*, s. 409; Murhead, *a.g.e.*, s. 133.

²²⁷BK. m. 151/II' de belirtildiği gibi şart gerçekleşmeden önce ifa yapılmış, ancak verilen şeyin iadesinin talep edileceği sırada şart gerçekleşmişse, iade davasının açılması mümkün değildir. Çünkü şart gerçekleştiği anda ifayı kabul eden, o şeyi elinde tutmasını haklı gösteren bir hukukî sebebe (iusta causa retentionis) sahip olacaktır. İfayı haklı gösteren hukukî şartın gerçekleşmesinden önce mevcut olmadığından, varolmayan bir borcun ifası söz konusudur. Ancak, şartın gerçekleşmesiyle, hem ifa, hem de o şeyi elde tutma, haklı bir sebebe dayanır hale gelmektedir. Şart iade davasının açıldığı sırada gerçekleşirse iade davası reddedilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Andreas von Tuhr, (Çev. Cevat Edege) **Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısımı**, Cilt no. I-II, (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), s. 417, BK. m. 151/2 de de şart gerçekleşmezse, alacaklı elde ettiği menfaatleri geri vermekle mükelleftir denilmektedir.

²²⁸Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 250.

Klasik Hukuk Döneminde, şarta bağlı borç altına giren kişiler, serbestçe davranma olanağına sahiptiler. Hak sahibi olmaları şarta bağlanmış kişiler ise korunmuyorlardı. Oysa klasik sonrası dönemde, belirsizlik aşamasında, şartlı hak sahiplerinin beklenen bir hakları (*spes est debitum iri*) olduğu, bu nedenle de korunmaları gerektiği düşüncesi yerleşti. Şarta bağlı bir taahhütte bulunan kişinin, belirsizlik aşamasında, şartlı hak sahibine zarar verecek davranışlarda bulunmaması gerektiği, aksi takdirde şartın gerçekleşmesi durumunda bu davranışından dolayı sorumlu olacağı kuralı getirildi²²⁹. Yani, şartta bağlı bir yükümlülük altında bulunan kişi, malın maliki haline gelmiş olsa bile, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olduğu süre içinde o mal üzerinde, hakkı şarta bağlı olan kimseye zarar verecek şekilde tasarrufta bulunamazdı²³⁰. Aynı kuralın borçlar kanunumuzun 150. maddesinde de hükme bağlandığını görüyoruz²³¹. Şarta bağlı bir taahhütte bulunan kişi, şartlı hak sahibi aleyhine mala verdiği zararlardan sorumlu tutulur. Alacaklı belirsizlik aşamasında *magistraya* başvurarak malın iyi muhafazasına ilişkin ihtiyati tedbirler alabilir ve borçludan teminat isteyebilir. Ayrıca herhangi bir dava da açılmaz²³². Bu konu *Digesta*'da şu metinde belirtilmiştir.

D. 20. 1. 5 pr.: "Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive

²²⁹Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 251; Umur, 1982, **a.g.e.**, s.441; Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s.20; Buckland, **a.g.e.**, s. 423.

²³⁰Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 442; Erdoğan ve Tahiroğlu, 2000, **a.g.e.**, s. 140.

²³¹BK. m 150/I "Şart gerçekleşinceye kadar borçlu borcun, gereği gibi yerine getirilmesine (ifasma) engel olacak her türlü taraftan kaçınmakla yükümlüdür."

²³²Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 441; D. 20. 1. 13. 5 : "*Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt " si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. "*

D. 20. 1. 13. 5 : " Şarta bağlı borç için bir ipotek varsa, şart tamamlanmadan önce dava edilemez, o zamana dek hiçbirşey borç konusu değildir. Eğer şart gerçekleşirse dava edilebilir. Eğer borç ipotek şartına bağlı ve acilse şart tamamlanmadan önce ipotek dava edilebilir,para ödenmediğinde ve bu vadede dürüst olmayacaktır, bu durum ipoteği belirler. Bundan dolayı, bir tapu senedi hakimın teklifiyle şu şekilde verilmeli; "eğer şart tamamlanırsa ve para ödenmezse, ve de teminat sonra oluşursa devredilmelidir."

emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.”

D. 20. 1. 5 pr.: “Eşya, ister hemen isterse gelecek için ve yahut da şartlı olsun ve sözleşmenin o anda ya da geçmişte yapıldığı farketmeden ödünç, çeyiz, satım, kira, veya vekalet gibi herhangi bir borç için ipotek edilebilir. Gelecekteki bir borç için de ipotek edilebilir. İpotek eşyanın tümü için olabileceği gibi bir kısmı içinde olabilir ve borcun civil, praetorian, veya tabii bir borçtan dolayı olması da farketmez. Sadece Şart tamamlanırsa, gerçekleşirse şarta bağlı bir borç için eşya sorumlu olur. 1. pignus ve hypotheca arasındaki farklılık tamamen sadece yalnızca söze aittir 2. Bir kimse kendi borcu veya başkasının borcu için ipotek verebilir²³³”.

Iustinianus Hukukunda, henüz askı durumunda olan şartlı bir borç, borçlunun mirasçılara geçtiğinden, alacaklı, borçlunun ölümünden dolayı bir zarar görmezdi. Klasik Hukuk Dönemi’nde ise bu konu tartışmalıydı. Buna karşılık Klasik Hukuk Döneminde şarta

²³³MK. m. 881, “Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir. İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez.” BK. m. 485/ikinci cüm. : “İleride ki bir vakit için veya şarta bağlı bir borç, hüküm doğuracağı zamanın geçmesi ve şartın gerçekleşmesi halinde geçerli olmak üzere, kefâlete bağlanabilir.”

bağlı bir borcun, alacaklının mirasçılara geçmediği kesindir. Iustinianus Hukuku bu kuralı Şart içeren ölüme bağlı tasarruflarda korumuş, yaşayanlar arasındaki şarta bağlı hukukî işlemlerde de alacaklıların mirasçılara geçtiğini kabul etmiştir²³⁴. Eğer taraflardan biri şart gerçekleşmeden önce ölürse, sözleşmeye bağlı hakları devredilebilir ve mirasçılara karşı da ileri sürülebilir (*D.18. 6. 8 pr.*); alacağı şarta bağlı kişi *separatio bonorum* mu talep edebilir (*D. 42. 6. 4*)²³⁵. *Separatio bonorum*, ölenin alacaklıları ve lehine mal vasiyet edilenlere *praetor* tarafından tanınan bir imtiyazdır. *Praetor* ölenin malları ile mirasçının mallarını birbirinden ayırır, bu şekilde iki malvarlığının birleşmesini önlediği için, ölenin alacaklıları, malvarlığı pasif olan mirasçının, borçları ödeyememesi ihtimalinden kurtulmuş olurlardı²³⁶.

Iust. Inst. 3. 15. 4: "...Ex condicionali stipulatione tantum spes debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit."

Iust. Inst. 3. 15. 4: "...şartlı stipulatio'dan sadece, bir borç ilişkisi doğar ve stipulatio yapan bu ümidi, kendisi şartın gerçekleşmesinden önce ölürse mirasçılara geçirir."

1.2. Bozucu Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Önceki (Hukukî İşlemin Askıda Bulunduğu Süreçteki) Hüküm ve Sonuçları

Roma hukukunda bozucu şart kavramı bilinmemekteydi. Bozucu şartın doğuracağı hukukî sonuçlar, şartsız olarak yapılmış bir hukukî işleme eklenen erteleyici şarta bağlı bir rücu (fesih) anlaşması²³⁷ yapılarak elde edilirdi. Bozucu şarta bağlı hukukî işlem aslında

²³⁴Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 442.

²³⁵Muirhead, **a.g.e.**, s.134; Buckland, **a.g.e.**, s. 423.

²³⁶Umur, 1975, **a.g.e.**, s. 192.

²³⁷Modern hukuk sistemlerinde fesih ve rücu farklı kavramlardır. Fesih kira, hizmet gibi devamlı borç ilişkisi kuran sözleşmelerin sona erdirilmesini sağladığı halde, rücu, sözleşmenin geçmişe etkili olarak

erteleyici şarta bağlanmış bozucu irade beyanından başka bir şey değildir²³⁸. Bu durumda belirsizlik, erteleyici şarta bağlanmış olan fesih hakkı bakımından söz oluyordu. Bu belirsizlik aşaması, hukukî işlemin yapıldığı andan şartın gerçekleşmesine kadar olan süreyi kapsar. Bu nedenle fesih hakkının doğup doğmayacağına şüpheli olduğu aşamada, fesih anlaşmasına bağlanmış olan hukukî işlem geçerlidir. Böyle bir şart altında yapılan hukukî işlemin hüküm ve sonuçları şartın gerçekleştiği andan itibaren ortadan kalkar. Yani şartsız alım satıma, şarta bağlı bir rucu anlaşması eklenmişse bu sözleşmeye bağlanan hukukî sonuçları derhal doğar²³⁹. Hasar alıcıya hemen geçer, semen alacağının hemen ödenmesi gerekir, mal teslim edilmişse mülkiyeti geçer²⁴⁰. Bozucu şart altında satın alınan mal için sözleşme tamamlanır ve mülkiyet, gerçekleşmesi şüpheli olay olmadığı sürece alıcıya geçmez. Satılan mal bir *res mancipi* ise ve *mancipatio* veya *in iure cessio* yapılmışsa, veya satım sözleşmesinin konusu bir *res nec mancipi* olupda, *traditio* ile devredilmişse, alıcı mal üzerinde *ius civile* mülkiyetini kazanmıştır. *Res mancipi traditio* ile devredilirse, alıcı mal üzerinde *praetor* mülkiyetini kazanır ve diğer şartlar da var ise zamanaşımı ile *ius civile* mülkiyetini kazanabilir ve semereler ve artmalara (*accessiones*) da sahip olur²⁴¹. Bu durum D. 18. 2. 2.1 de açıkça belirtilmiştir

ortadan kaldırılmasını ve tarafların ifa ettikleri edimleri geri istemeye yaramaktadır. Örneğin, A ile B arasında yapılan alım satım sözleşmesine, satıcı A' nın evine bir ay içinde B' nin verdiği daha yüksek bir fiyat teklif edilirse, A' nın bu sözleşmeyi bozabileceğini öngören bir anlaşma eklenmişse, bu şartın gerçekleşmesi durumunda alım satım sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılması gerekir. Ancak A ile B arasında, A' nın bir ücret karşılığında B' nin dükkanında hizmet görmesi kararlaştırılmış ve bu hizmet sözleşmesine, A' nin askere gitme durumunda sözleşmenin sona ereceği yolunda bir anlaşma eklenmişse farklı bir durum ortaya çıkar. A' nin askere alınması yani, şartın gerçekleşmesi durumunda hizmet sözleşmesinin niteliği gereği yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılması söz konusu olamaz. Çünkü, hizmet sözleşmesi, sürekli ve kişisel borç ilişkileri kuran sözleşmeler türündendir. Bu tür sözleşmelerin ortadan kalkmaları, ancak gelecekte doğuracakları borç ilişkileri için söz konusu olabilir. Bu durumda doğal olarak sözleşme şartın gerçekleştiği andan itibaren sona erer. Konunun roma hukuku bakımından incelemesinde bu ayrımı yapılmamıştır ve bu terimler eş anlamlı olarak kullanılmıştır (Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 251; Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s.21, dip not 35)

²³⁸Sirmen, *a.g.e.*, s. 129.

²³⁹Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 23; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 251.

²⁴⁰Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 141; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 253.

²⁴¹Burdick, *a.g.e.*, s. 409; Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 24.

D. 18. 2. 2. 1: “Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.”

D. 18. 2. 2. 1: “Demek ki, bizim ayırımımıza göre alım satım şartsız olduğu zaman, Iulianus şunu yazmaktadır: Mal kendisine daha iyi bir teklif kaydıyla satılmış olan kimse zaman aşımı ile iktisap edebildiği gibi semereleri ve artmaları iktisap eder, ve mal telef olduğu takdirde, hasar kendisine ait olur²⁴²”.

Erteleyici şarta bağlı alım satımda, mülkiyet satıcıda kaldığı için, alıcı lehine bozulan denge, erteleyici şarta bağlı rücu anlaşması sonucunda alıcı *Quirites* veya *praetor* mülkiyetini kazandığından, satıcı lehine bozulmuştur. Bu durumda da satıcı kendi durumunu sağlamlaştırmak için, kefil veya rehin isteyebilir²⁴³.

2. ŞARTA BAĞLI HUKUKİ İŞLEMİN ŞARTIN GERÇEKLEŞMESİNDEN SONRAKİ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Belirsizlik aşaması, şart olarak belirlenen olayın, gerçekleşmesi veya gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi ya da gerçekleşmemesi durumunda sona erer.

²⁴²Türkçe metin için bkz.: Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 23.

²⁴³Erdoğan, 1972, **a.g.e.**, s. 25.

2.1. Şartın Gerçekleşmesi

Olumlu şarta bağlı hukukî işlemlerde, şart olarak belirlenen olayın oluşması ile şart gerçekleşmiş olacağı için belirsizlik sona erer. Buna karşılık olumsuz şarta bağlanmış hukukî işlemlerde olay gerçekleşmediği zaman ve olayın gerçekleşmesine olanak bırakmayan başka bir olayın ortaya çıkması ile de gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, “*Si Titius loc anno consul factur non fuerit*” “Eğer *Titius* bu yıl konsül olamazsa” şeklindeki olumsuz şart, o yıl içerisinde *Titius* konsül olmamışsa gerçekleşebileceği gibi, seçimlerden önce *Titius* ölse yine gerçekleşmiş sayılır. Çünkü artık şartın gerçekleşmesine olanak kalmamıştır. Buna göre diyebiliriz ki şartın gerçekleşme anı olumlu şartlarda belli, olumsuz şartlarda belli değildir²⁴⁴.

Şart birbirine bağlı iki olayın varlığına bağlı ise, her ikisinin de gerçekleşmesi ile belirsizlik aşaması sona erer. Örneğin “*Si navis venit et Titius consul factum est*” gemi gelirse ve *Titius* konsül olursa, gibi. Ancak şart olarak belirlenen iki olay varsa ve bunlardan sadece birinin oluşması, hukukî sonucu sağlayacaksa, bunlardan bir tanesinin gerçekleşmesi yeterlidir. Örneğin; “*Si navis venit, aut Titius consul factum est*”, “gemi gelirse veya *Titius* konsül olursa”, gibi.

2.1.1. Erteleyici Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Sonraki Hüküm ve Sonuçları

Erteleyici şarta bağlı hukukî işlem şartın gerçekleşmesi ile hüküm ve sonuç doğurmaya başlar²⁴⁵. Şart gerçekleşirse (*condicio existit*) hukukî sonuçlar kendiliğinden (*ipso iure*) doğar, yani işlem şartsız (*pura*) bir işlem etkisine sahip olur (*D. 28. 7. 26*)²⁴⁶. Mal *traditio* ile şarta bağlı olarak satılmışsa, şartın gerçekleşmesiyle malı devralmış olan kişi

²⁴⁴Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 442.

²⁴⁵Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 252; Umur, 1982, **a.g.e.**, s. 442.

²⁴⁶Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 141.

malik olur. Şarta bağlı *stipulatio* sonucunda alacaklı olan kişi borcun ifasını ister. Hasar alıcıya geçer²⁴⁷.

Erteleyici şarta bağlı hukukî işlemlerde şartın gerçekleşmesi durumunda çok önemli bir sorun ortaya çıkar. Tartışmalara yol açan bu sorun, erteleyici şart gerçekleşecek olursa, hukuki işlemin hangi andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı sorunudur. Şart gerçekleşirse, hukuki işlemin yapıldığı andan itibaren mi yani geçmişe etkili (*ex tunc*), yoksa şartın gerçekleştiği andan itibaren mi (*ex nunc*) hüküm ve sonuç doğuracağı büyük önem taşır. Çünkü, özellikle bazı hukuki işlemlerin sonuçları bu iki şıktan birinin ya da ötekinin kabulüne göre büyük farklılıklar gösterir. Bu sorun, kısaca “şartın geriye geçerli olması” diye adlandırılır²⁴⁸; çeşitli dönemlere göre farklı şekillerde ele alınmıştır.

Roma hukukunda “şartın geriye geçerliliği” sorununun, Klasik Hukuk Döneminde söz konusu edilmesi olanaksızdı. Çünkü, bu dönemde şarta bağlı hukuki işlemlerde, hak sahibi olan kişilerin belirsizlik aşamasında, korunacak bir haklarının varlığı kabul edilmiyordu. Bu nedenle de, Klasik Dönem Hukukçuları, şartın gerçekleşmesi durumunda, hukuki işlemin şartın gerçekleşmesinden itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı görüşündeydiler. Ancak, Klasik Sonrası dönemde, şarta bağlı hukuki işlemlerde, hak sahiplerinin belirsizlik aşamasında da beklenen haklarının varlığı kabul edilmesiyle şartın geriye geçerliliği sorunu ortaya çıktı. Bu sorunun Klasik Sonrası dönemde kesin bir çözüme bağlanamadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Nitekim, Roma hukukçularının eserlerinde de bu konuda çelişkilere rastlanmaktadır. Ancak, gerçekleşen erteleyici şartların geriye geçerli sayılması, başka bir deyişle şarta bağlı hukuki işlemin, şartın gerçekleşmesi durumunda, işlemin yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağının kabul edilmesi, bazı ağır sonuçlar ortaya çıkaracağı için, genel kural olarak benimsenmemiştir. A'nın, oğlu B'ye, “iki yıl içinde evlenirsen sana deniz kıyısındaki evimi vereceğim” dediğini ve B'nin de bunu kabul ettiğini düşünelim. B'nin iki yıl içinde evlenmesi, yani şartın gerçekleşmesi durumunda, şartın geriye

²⁴⁷ Aynı, s. 141.

²⁴⁸ Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 443; Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 252.

geçerliliği kuralı benimsenirse, B'nin eve, anlaşmanın yapıldığı andan itibaren sahip olması gerekecektir²⁴⁹. B, iki yılın bitiminden bir gün önce evlenirse bu durumda, iki yıldan beri evin sahibi sayılacaktır. Bu ise A'nın gerçek isteğine uymadığı için, A'nın istemediği hukuki sonuçlar doğuracaktır. Nitekim çağdaş hukuklarda, genellikle, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, erteleyici şarta bağlı hukuki işlemlerin şart gerçekleştiği andan itibaren (*ex nunc*) sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir²⁵⁰.

2.1.2. Bozucu Şarta Bağlı Hukukî İşlemin Şartın Gerçekleşmesinden Sonraki Hüküm ve Sonuçları

Erteleyici şarta bağlı alım satım sözleşmesinde alıcı malı devralmış olsa bile semereleri kazanamıyor, zamanaşımı ile malın mülkiyetine sahip olamıyordu. Bu durum her ne kadar satıcı lehine olsa da hasarın satıcıya ait olarak kalması satıcı açısından elverişli bir durum yaratmıyordu²⁵¹. Alıcının, hak ve borçlarının hemen yürürlüğe gireceği bir sözleşmeyi istemesi, satıcının ise, belli bir olay gerçekleştiği zaman, sözleşmeden rücu edebilmeyi istemesi üzerine, iki tarafın isteklerini uzlaştırabilecek bir formül, iyiniyet sözleşmelerine bağlanan ek anlaşmaların (*pactum*) borç doğurucu kuvvetinin tanınmış olmasıyla bulunmuştur²⁵². Metinlerdeki “*Sub conndicione resolvi...*” ibaresi *Klasik Romanist Doktrin Pandekt* hukukçuların aksine, modern anlamıyla bir bozucu şart olarak değil, şartsız bir alım

²⁴⁹Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 252.

²⁵⁰Erteleyici şarta bağlı hukukî işlem, şart olarak belirlenen olayın gerçekleştiği andan itibaren sonuçlarını doğurur. Şartın gerçekleşmesi geçmişini kapsamaz. Şartın gerçekleşmesinden önce yüklenilen şey, kendisine teslim olunan alacaklı, şartın gerçekleşmesi halinde şart gerçekleşene kadar geçen sürede o şeyden elde ettiği yararların sahibi olur (BK. m. 151/1). Fakat şart gerçekleşmezse, alacaklı, elde ettiği yararları geri vermekle yükümlüdür (BK. m. 151/11)

Bu konu Romanistler arasında tartışılmıştır ve bu tartışma hala sürmektedir. Bu tartışmaların etkisinde kalan Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) şartın sonuçlarını geçmişe etkili olarak düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu şartın gerçekleşmesinden sonra hükümlerin geçmişe etkili olarak doğmayacağını kabul etmiştir. (BGB 158; BK 149/II). Ancak her iki kanun da tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğini düzenlemektedir. Bkz.: Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 141 (124. dipnot).

²⁵¹Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 21.

²⁵²Aynı, s.22.

satım sözleşmesine eklenmiş ve erteleyici şarta bağlanmış rücu anlaşması olarak anlaşılmalıdır²⁵³. Bir hukukî işlemin hükümlerinin belli bir olayın gerçekleşmesi durumunda sona ermesi sağlanmak istendiğinde erteleyici şarta bağlı bir fesih anlaşması yapılırdı. Burada iki ayrı; fakat birbirine bağlı hukukî işlem vardır. Bunlardan biri şartsız alım satım (*pura venditio*); diğeri ise erteleyici şarta bağlanmış, ek anlaşmadır (*pactum adiectum*)²⁵⁴.

Erteleyici şarta bağlı rücu anlaşması yapıldığı zaman, âkit taraflardan biri, diğeri aleyhine, belli bir olayın gerçekleşmesi durumunda, sözleşmeden rücu edebilmektedir. Satıcının, şarta bağlı, tek taraflı kullanabileceği bir rücu hakkı vardır. Satıcı, bu hakkını kullandığı zaman doğacak sonuçlar nedir? Bozucu şartın sonuçlarını doğuran fesih anlaşmasına bağlı şart gerçekleştiği zaman, işlemin sonuçları erteleyici şartta olduğu gibi hemen ve kendiliğinden sona erecek midir? Örneğin, bozucu şarta bağlı bir fesih anlaşması ile birlikte, malın mülkiyeti devredilmiş ve fesih anlaşmasındaki şart gerçekleşmiş ise malın mülkiyeti satıcıya kendiliğinden (*ipso iure*) mi dönecektir? Yoksa satıcı sadece mülkiyetin kendisine devri konusunda bir şahsi talep hakkı mı elde edecektir? Eğer rücuun aynı etkili olduğu kabul edilecek olursa, satıcı mülkiyet kendisine dönmüş olduğundan, malın iadesi için istihkak (*rei vindicatio*) davası açacak ve malın üzerinde kurulmuş rehin, irtifak gibi aynı haklar sona erecektir. Satıcının rücu sonunda sadece şahsi talebi bulunduğu kabul edilecek olursa, açacağı davalar şahsi davalar olacaktır. Klasik Hukukta malı geri almak isteyen satıcı sadece şahsi dava açabilirdi. Ancak Iustinianus Hukukunda, şartın gerçekleşmesi ile mülkiyetin kendiliğinden (*ipso iure*) satıcıya döneceği düşünölmeye başlanmıştı. Bu durumda satıcı, mülkiyeti kendisine dönmüş olan malını “istihkak davası” ile geri isteyebilmek olanağını elde etti²⁵⁵. Buna bağlı diğeri bir mesele de, rücu ister aynı ister şahsi etkili olsun, sonuçlarını geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) mı veya şartın gerçekleşmesinden itibaren (*ex nunc*) mi doğuracağı meselesidir²⁵⁶.

²⁵³Zimmerman, *a.g.e.*, s. 717 (krş. Örneğin, D. 18. 1. 3;D. 18. 3. 1;D. 2. 2. 2 pr.).

²⁵⁴Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 22; Karadeniz Çelebicin, *a.g.e.*, s. 253.

²⁵⁵Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 444.

²⁵⁶Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 50.

Erteleyici şarta bağlı fesih anlaşmasının eklendiği hukuki işlemlerin, bu şart gerçekleşecek olursa yapıldıkları andan itibaren geçersiz sayılacakları söylenebilir²⁵⁷. Yani şartın gerçekleşmesiyle birlikte hukukî işlemin sonuçları ortadan kalkar²⁵⁸. Satıcı, akitten rücu ederse, bu rücuun doğuracağı sonuçlar *ex nunc* ve borçlandırıcıdır²⁵⁹. Alıcı malı iade, satıcı ise semeni geri vermek borcu altına girer. Klasik Dönemin sonunda, alıcının açacağı dava *actio empti*, satıcınınınki ise *actio venditi*'dir. Akit *ex nunc* infisah etmesine rağmen, semereler ve masrafların iadesi gerekmektedir. Bunun nedeni, alım satımın iyiniyet akdi olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, rücuun geçmişe etkili sonuçlar doğurması, bu akitten doğan davaların formulasındaki "*ex bona fide*" ibaresinin sonucu olmaktadır²⁶⁰

Cautio Muciana denen (*cauti*, hukukcunun adına izafetle *cautio Muciana*) durumda, başka bir usul uygulanır. Eğer bir muayyen mal vasiyeti, iradi olumsuz bir şarta bağlı ise, yani lehine mal vasiyet edilen kimsenin şahsen bir şeyi yapmaması şart koşulmuşsa ve gerçekleşmesinin, lehine mal vasiyet edilen kimsenin ölümünden sonra mümkün olabileceği görülüyorsa, ilgili ölmüş olacağı için, genel kuralların uygulaması, ne ona ve de ne de onun mirasçılarını bir yarar sağlamaz. Cumhuriyet devrinin son zamanlarının büyük hukukçusu *Quintus Mucius Scaevola*'nın bulduğu usule göre bu durumda, lehine mal vasiyet edilmiş olan kimse, kendisine bırakılan malın tekrar zilyedi olur. Yalnız kendisine yüklenmiş olan şart yerine getirilmeyecek olursa, malın iade edileceğine ilişkin teminat olmak üzere bir *stipulatio* yapardı. Bu usulü *Iustinianus*, aynı şartlar altında bulunan mirasçılara da uygulanmıştır²⁶¹.

²⁵⁷Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 253.

²⁵⁸Kaser'den aktaran Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, *a.g.e.*, s. 142.

²⁵⁹BK. m. 152/II "Kural olarak bozulma geçmişi kapsamaz."

²⁶⁰Erdoğan, 1972, *a.g.e.*, s. 78.

²⁶¹Umur, 1982, *a.g.e.*, s. 444.

2.2. Şartın Gerçekleşmiş Sayılması

Her iki şart türünde de şartın gerçekleşmesi, hukuki işlemin taraflarından birinin iyiniyet kurallarına aykırı davranışı sonunda önlenmişse, o şarta gerçekleşmiş gözüyle bakılacağı kuralı geçerlidir²⁶². Şartlı bir hakkı elde etmiş olan bir kimsenin bazı şeyler beklemesi, ümit etmesi (*spes obligationis*, bir alacak ümidi) buna karşılık şartlı bir yükümlülük altında bulunan kimsenin de, bu ümidi kırarak şekilde hareket etmemesi gereklidir. Bu nedenle, şartlı yükümlülük altında bulunan kimse şartın gerçekleşmesine engel olacak hareketlerde bulunmamalıdır. Eğer ilgili taraflar şartın gerçekleşmesini engellerlerse yani şartın gerçekleşmemesi taraflara yüklenebilecek bir sebepten ileri gelmişse, şart gerçekleşmiş sayılır ve hukukî işlem şart gerçekleşmiş gibi işlem görür²⁶³. Eğer şart sözleşme yapıldıktan sonra imkansız hale gelirse, sözleşme bozulmuş olur²⁶⁴.

D. 50. 17. 161: "In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret".

D. 50. 17. 161: "Ius civile'nin kabul ettiğine göre, ilgili kimse şartın yerine gelmemesini istediği için, gerçekleşmemesini sağlayacak şekilde hareket ederse, şart gerçekleşmiş kabul edilir. Özgürlüğün kazanılmasına, muayyen mal vasiyetlerine, mirasçı

²⁶²BK. m. 154 "Şartın gerçekleşmesine, iki taraftan birisi, iyiniyet kurallarına aykırı bir hareketi ile engel olursa, şart gerçekleşmiş sayılır."

²⁶³"İtibari gerçekleşme" ismi altında bütün çağdaş hukukların kabul etmiş oldukları bu hüküm, BK. m. 154'de ifade edilmiştir.

²⁶⁴Murhıad, **a.g.e.**, s. 134.

nasplarna ilişkin durumlarda durum böyledir. Bu örneklere uyararak, taahhütte bulunan kimse yüzünden alacaklının, şartı yerine getirmediği stipulatio'lar şartsız olarak yapılmış sayılırlar”

2.3. Şartın Gerçekleşme İhtimalinin Ortadan Kalkması Veya Gerçekleşmeyeceğinin Kesinleşmesi

Şart olarak belirlenmiş olayın gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması veya gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi mümkündür. Erteleyici şartın gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması ya da gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak ortaya çıkması durumunda, erteleyici şarta bağlı hukukî işlem bağlayıcılığını kaybeder; hiç yapılmamış sayılır; hüküm ve sonuç doğurma olanağının kalmayacağı anlaşılır²⁶⁵. Yani şart gerçekleşmezse (*condicio deficit*) hukukî işlem ortadan kalkar.

D. 18. 6. 8 pr.: “... Nulla est emptio sicuti, nec stipulatio”

D. 18. 6. 8 pr.: “...alım satım gibi stipulatio'da geçersizdir²⁶⁶.”

Bozucu şarta bağlı işlem ise, şartın gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması ya da gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak ortaya çıkması durumunda, şartsız yapılmış sayılır ve yapılmış ve sonuçlarını doğurmakta olan hukukî işlemin bu sonuçlarını sürdüreceği anlaşılır²⁶⁷.

²⁶⁵Karadeniz Çelebican, **a.g.e.**, s. 254; Eren, **a.g.e.**, s. 1167.

²⁶⁶Türkçe metin için bkz.: Tahiroğlu ve Erdoğan, 2000, **a.g.e.**, s. 141.

²⁶⁷Eren, **a.g.e.**, s. 1167.

SONUÇ

Genel kural, hukukî işlemlerin yapıldıkları anda hukukî sonuç doğurmalarıdır. Ancak bazen hukukî işlemlerin hukukî sonuç doğurması veya geçerliliği ileride ortaya çıkacak bazı olaylara bağlanmak istenebilir. Şart, kişilere bu imkanı veren ve hukukî işleme eklenen özel bir unsurdur. Şartta, bir hukukî etkinin taraf iradesiyle gelecekteki bir olaya bağlanması söz konusudur. Bu nedenle hukukî fiiller arasında ancak taraf iradesine uygun sonuçlar doğurabilen hukukî işlemler şarta bağlanabilir. Hukukî işlem kavramı ilk kez 18. Yüzyılın *Tabii Hukuk Okulu* tarafından toplumun tarihi, ekonomik ve sosyal sınırlamalarından kurtulması süreci içinde irade özerkliğini gerçekleştirmek amacıyla hazırlanmış ve ortaya atılmıştır. Şart kavramı da hukukî işlem kavramıyla birlikte ele alınmıştır. Özellikle 19. Yüzyılda *Alman Romanist Pandekt* hukukçuların incelemelerinin konusunu oluşturmuştur.

Şart, konuşma dilinde ve hukukî dilde, kullanıldığı yere, duruma göre, farklı anlamları ifade etmektedir. Bizi ise sadece hukukî bir terim olarak kullanılan şart sözcüğü ilgilendirir. Hukuk dilinde şart (*conditio* veya *condicio*), bir hukukî işlemin sonuç doğurmasının veya doğurduğu sonuçların ortadan kalkmasının kendisine bağlandığı, gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli geleceğe ilişkin bir olaydır. Şartın bazı unsurları bulunmaktadır. Öncelikle şart olarak kabul edilen olay geleceğe ilişkin olmalıdır. İkinci olarak, şart olarak kabul edilen olayın gerçekleşmesinin objektif bakımdan şüpheli olması gerekir. Olayın tarflarca bilinmemesi onu şüpheli hale getirmez. Önemli olan objektif olarak şüpheli olmasıdır. Bu anlamda gerçekleşmesi kesin olan olaylar “şart (*condicio*)” değil “vade (*dies*)” adını alırlar. Şartın varlığından söz edebilmek için gerekli olan bu iki unsurun yanında, şart olarak belirlenecek olayın gerçekleşme imkanının bulunması ve şartın hukuka aykırı olmaması gerekir. Ayrıca, hukuk düzeninin hukukî işlemin geçerliliği için öngördüğü unsurlar da şart olarak belirlenemezler.

Şart, esas itibariyle iki türdür. Bunlar erteleyici şart (*condicio suspensiva*) ve bozucu şart (*condicio resolutive*)'tır. Hukukî işlemlerin sonuç doğurmaya başlamasının bağlandığı şarta “erteleyici şart” (*condicio suspensiva*) denir. Hukukî sonuçlarını doğurmaya başlamış bir hukukî işlemin, bu hukukî sonuçlarının sona ermesinin bağlandığı şarta ise “bozucu şart” (*condicio resolutive*) denir. Roma Hukukunda önceleri sadece erteleyici şart türü bilinmektedir. Bozucu şartın hukukî sonuçları ise, şartsız olarak yapılmış olan bir hukukî işleme eklenen erteleyici şarta bağlı bir fesih anlaşmasıyla elde edilirdi. Ayrıca şartın, olumlu ve olumsuz şart, iradi şart, tesadüfi şart ve karma şart olmak üzere çeşitleri vardır. Hukukî işlemin sonuç doğurmasının veya doğurduğu sonuçların ortadan kalkmasının kendisine bağlandığı olay olumlu bir olay ise olumlu şart, olumsuz bir olay ise olumsuz şart söz konusudur. Eğer şartın gerçekleşmesi alacaklının veya borçlunun iradesine bağlı ise iradi şart, şartın gerçekleşmesi üçüncü bir kişinin iradesine veya tamamen dış etkenlere bağlı ise tesadüfi şart ve şartın gerçekleşmesi hem taraflardan birinin hem de üçüncü bir kişinin iradesine veya dış etkenlere bağlı ise karma şart söz konusudur.

Kural olarak her türlü hukukî işlem şarta bağlanabilir. Ancak hukuk düzeni bazı hukukî işlemlerin sonuçlarını olduğu gibi korumak amacıyla hukukî işlemlere şartların eklenmesini yasaklayabilir. Roma Hukukunda çok geniş bir hukukî işlem grubunun şarta bağlanması olanağı yoktu. Bu çeşit işlemlere *actus legitimi* denilirdi. Buna karşılık Roma Hukukunda özellikle alım satım sözleşmesine eklenen üç tür anlaşma şarta bağlanabilmeleri açısından dikkate değerdir. Bunlar; “semen belli bir zaman içinde tamamen ödenmiş olmalıdır” anlamındaki *Lex Commissoria*; “satıcı belirlenmiş bir süre içinde daha iyi bir teklifi kabul edebilir” anlamındaki *in diem addictio* ve “alıcı, belli bir kullanma ve deneme süresinden sonra maldan memmun olmalıdır” anlamındaki *pactum displicentia* dır. Genellikle üçü de, alım satımla birlikte yapılan ve alım satım sözleşmesine eklenen şartlı anlaşmalardır.

Şartın hukukî işlemler üzerindeki etkisi, erteleyici ve bozucu olmasına göre farklıdır. Erteleyici şarta bağlı olarak yapılan hukukî bir işlemin geçerli olması şart olarak belirlenen

olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Olay gerçekleşmezse hukukî işlemde sonuçlarını doğurmaz. Bozucu şarta bağlanan bir hukukî işlem ise hemen sonuçlarını doğurmaya başlar . Ancak şart olarak belirlenmiş olayın gerçekleşmesi durumunda, hukukî işlemin sonuçları sona erer.

Şarta bağlı hukukî işlemin yapılmasından şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kesinlikle anlaşılmasına kadar süren aşamaya “Belirsizlik aşaması” denir. Bu aşama, “erteleyici” ve “bozucu” şartta farklı özellikler gösterir.

Erteleyici şart’a bağlanmış hukukî işlem “belirsizlik aşaması (*condicio pendet*)”nda hukukî sonuç doğurmaz. Hukukî işlemin sonuçları askıdadır. Bu nedenle burada cevaplanması gereken en önemli sorun şudur; şarta bağlı olarak yükümlülük altına giren, borçlanan kişiler, şarta bağlı hakların ilişkin olduğu konularda serbestçe davranabilirler mi, yoksa bu kişiler şarta bağlı olarak yaptıkları taahhütlerle bağlarını dırlar? Bu sorunun yanıtı Roma Hukukunda çeşitli dönemlere göre farklıdır. Klasik Hukuk Dönemi’nde şarta bağlı olarak borç altına girmiş olan kişilere serbestlik tanınmıştı ve hak sahibi olmaları şarta bağlanmış olan kişiler korunmuyorlardı. Oysa Klasik-sonrası Dönem’de, belirsizlik aşamasında, hak sahibi olmaları şarta bağlanmış olan kişilerin beklenen bir hakları (*spes est debitum iri*) olduğu, bu nedenle de korunmaları gerektiği düşüncesi yerleşmiştir.

Bozucu şart’ta ise, bu şarta bağlı olarak yapılan hukukî işlem, sona ermesinin bağlandığı şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin şüpheli olduğu süre içinde sonuçlarını doğurur.

Şartın gerçekleşmesi kural olarak ileriye etkilidir. Ancak bazen şarta, geriye etkili bir güç tanınabilir. Roma hukukunda şartın geriye geçerliliği sorununun Klasik Hukuk Dönemi’nde söz konusu edilmesi olanak dışıydı. Çünkü bu dönemde hak sahibi olmaları şarta bağlanmış olan kişilerin “beklenen hakları (*spes est debitum iri*)”nın varlığı kabul edilmediği için Klasik Dönem Hukukçuları, şartın gerçekleşmesi durumunda, hukukî işlemin ancak bu andan itibaren sonuç doğuracağı görüşündeydiler. Ancak Klasik-sonrası

Dönem’de, şartın geriye geçerliliği sorunu, “beklenen hak (*spes est debitum iri*)” kavramıyla birlikte ortaya çıkmıştır. Roma Hukukunda **erteleyici şart**’ta, şartın gerçekleşmesinin etkisi ileriye etkili olarak kabul edilmiştir.Yani erteleyici şarta bağlı hukukî işlemler şartın gerçekleşmesinden itibaren (*ex nunc*) hukukî sonuç doğururlar. **Bozucu şart**’ta da şartın geriye geçerliliği sorunu vardır. Roma hukukunda, bozucu şartın bilinmediğinden ve bir hukukî işlemin sonuçlarının, belli bir olayın gerçekleşmesi durumunda sona ermesi sağlanmak istendiğinde “**erteleyici şarta bağlı bir fesih anlaşması**” yapılırdı. Bu nedenle erteleyici şarta bağlı fesih anlaşmasının eklendiği hukukî işlemler bu şart gerçekleşecek olursa, yapıldıkları andan itibaren geçersiz sayılırlar.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker. **İmparatorluktan Tanrı Devletine: Siyasal Düşünceler**. Birinci Basım. Ankara: İmge Kitabevi, 1991.

Burdick, William, L. **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**. Newyork, 1938.

Buckland, W.W. **A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian**. Cambridge, 1950.

Buz, Vedat. **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**. Çev. Ziya Umur. İkinci Basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1959.

Erdoğan, Belgin, **In Diem Addictio: Daha İyi Bir Teklif Kaydı**. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1972.

————— **Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem**. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1984.

————— **Roma Hukuku (Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar)**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Erdoğmuş, Belgin ve Bülent Tahiroğlu. **Roma Hukuku Dersleri, (Hukuka Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku)**. İstanbul: Der Yayınları, 2000.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2. İstanbul: Beta, 1999.

Feyzioğlu, Necmettin. **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**. Cilt 2. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1969.

Gaus. **Institutiones**. Çev. Türkan Rado, İstanbul:Doğan Kardeş Yayınları, 1953.

Günel A. Nadi ve Erkan Küçükgüngör. **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**. Ankara: Yetkin Yayınlar, 1998.

Günel, A. Nadi. **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme: (Condictio in Debiti)**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1996.

_____. **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)**, Ankara, 1999.

Honig, Richard. **Roma Hukuku**. Çev. Şemseddin Talip. İkinci Basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1938.

Institutiones. **Iustinianus**. Çev. Ziya Umur. İstanbul: İ.Ü. Y., 1968.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku**. Yedinci Basım. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 2000.

Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**. İzmir: D.E.Ü.H.F.Y., 1993.

Muirhead, Spencer John. **An Outline of Roman Law**. Second Edition, London: William Hodge and Company Limited 1947.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Oğuzman, M. Kemal. **Medeni Hukuk Dersleri (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)**. Yedinci Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

Oğuzoğlu, H. Cahit. **Roma Hukuku**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1959.

Öztañ, Bilge, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, (Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku)**. Onuncu Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

_____. **Türk Medeni Kanunu**. Üçüncü Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Pulaşlı, Hasan. **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.

Rado, Türkan, **Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Schwarz, Andreas B. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev. Türkan Rado. Üçüncü Basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1948.

Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**. İstanbul: İ.Ü.Y., 1975.

Sirmen Lale. **Türk Özel Hukukunda Şart**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1992.

Tahiroğlu Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Meseleleri**. İstanbul: Der Yayınları, 1999.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Borçlar Hukuku**. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1971.

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku, (Genel Hükümler)**. Altıncı Basım, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1975.

_____. **Roma Hukuku, (Tarihi Giriş–Kaynaklar–Umumi Mefhumlar–Hakların Himayesi)**. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1982.

Tuhr, Von Andreas. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**. Çev. Cevat Edege. İkinci Basım. Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Zimmermann, Reinhard. **The Law Of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

MAKALELER

Akıntürk, Turgut. “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde İnceleme,” **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 27, Sayı 3-4, 1970, s. 219-247

Berki, Şakir. “Roma’da Borçların Kaynakları,” **A.Ü.H.F.D.** Sayı 1-4, 1958, s.79-101

Esener, Turhan. "Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi," **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 16, Sayı 1-4, 1959, s. 267-276

Gürsoy, Kemal Tahir. "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet," Kısım II, **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 11, 1953, s. 457-541.

Tahir, Gürsoy Kemal. "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet," **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 11, Sayı 1-2, Kısım II, 1953, s. 372-477.

Thomas, J.A.C. "Alım Satımdan Dönmeyi Sağlayan Tedbirler," Çev. Belgin Erdoğan. **İ.H.F.M.**, Cilt XXXIX, Sayı 1-4, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1974, s.1-16.