

BAGIŞLAMA

Asistan Dr. Ferih Bedii Tongsir

Giriş

I — *Bağışlama ve hibe tâbirleri:*

Bağışlama ve hibe kelimeleri dilimizde öteden beri mevcuttur. Ancak hukuk tâbiri olarak eskiden hibe sözü kullanılıyordu. Evvelki hukukumuzdan beri kullanılan hibe tâbiri Borçlar Kanunumuzda ve Medenî Kanunda da yer almış bulunuyordu.

1424 sayılı, 18 Nisan 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanununun (ki bu kanun resmî gazetenin 1183 üncü sayısında neşredilmiştir) 343 üncü maddesi Medenî Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda mevcut birçok istilâhların tâdili meyanında hibeyi bağışlama, mevhubunlehi bağışlanan, vâhibi bağışlayan, mâli mevhubu bağışlanılan olarak değiştirmiştir.

Bu hükme tevfikan, Borçlar Kanunumuzun (ki bağışlamanın tanzim olduğu kanun budur) yeni tabırlarında hibe tâbiri yerine bağışlama sözü konulmuş ve buna uygun olarak vâhib yerine bağışlayan, mevhubunlehi yerine bağışlanan, mevhub yerine bağışlanılan denilmiştir.

Bağışlamaya dair bazı hükümlere Medenî Kanunumuzda da rastlanır. Medenî Kanunumuz ise yeni tabırlarında dahi hibe kelimesini kullanmakta devam etmektedir. Tâdil keyfiyeti Medenî Kanuna da şâmil bulunduğundan bu kanunda hibe kelimesini alıkoymanın sebebini izah edemiyoruz. Medenî Kanunla onun bir kısmı mesabesinde olan Borçlar Kanunu arasındaki tâbir birliğinin temini temenni olunur.

Yazımızda bağışlama tâbirine yer veriyoruz. Bunu yaparken bu sözü terminoloji bakımından hibeye tercih etmiş olmuyoruz. Hibe tâbirini ve bunun müştaklarını kullanmakta terminoloji itibarile bir mahzur görülmeyeceği zannındayız. Buna rağmen, bağışlama sözüne ve bundan müştak yeni tâbirlere yer verişimizin yegâne sebebi yukarda bahsettiğimiz tâdil hükmüne uymak lüzumunu göz önünde bulunduruşumuzdur. İlâve edelim ki «bağışlanan», «bağışlanılan», «bağışlayan» kelimeleri cümleyi çok defa

ağırlaştırmakta ve hattâ bazan da iltibasa mahal vermektedir. Bu bakımdan «mevhubunleh», «mevhub», «vâhib» sözleri müreccah ise de bahsi geçen tâdil hükmü ile kanuniyet kesbeden yeni tâbirlerin kullanılması gerekir¹.

II — *Bağışlamaya dair eserlerin azlığı:*

Bağışlama hakkında yazılar pek azdır. Bunun sebebi şudur :

Bağışlama Borçlar Kanunumuzun ikinci kısmında yani akitin muhtelif neveleri meyanında nizamlanmıştır. Böylece, bağışlama bahsi, Kanunumuzun sistematığına göre, borçlar hukukunun hususî kısmına dahil bulunmaktadır^{1a}. Halbuki Hukuk Fakültelerimizde hayli zaman bu kısım başlı başına tedris edilmeyip borçlar hukukunun umumî kısmının okutulması ile iktifa olunmuştu. Binaenaleyh hususî kısmın birçok hükümlerine ancak umumî kısım vesilesile, yani umumî kısım çerçevesi dahilinde kalınarak temas etmekten ileri gidilmemişti. Bu cihetle, akit nevelerine ve bu arada bağışlamaya dair etraflı eserler hazırlamak için müelliflerimiz pek vakit verememişlerdi. Binnetice bu konudaki Türkçe neşriyat cidden kifayetsiz idi.

Birkaç seneden beri, bilhassa borçlar hukuku hususî kısmının Fakültelerimiz tedris programında yer alması üzerine, bu bahse (yani hususî kısma) ve bu meyanda bağışlamaya dair yayında bulunma cereyanı başlamış ise de etraflı ve derin bir esere hâlâ şiddetle ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç bilhassa Türkçe eser bakımındandır. Dilimizde yazılmış telif veya tercümeler meyanında «Bibliyografya» da pek az eser zikredebilmemiz bu ihtiyacın bir ifadesidir.

III — *Gayemiz :*

Bu yazımızı, bağışlama bahsindeki boşluğu doldurmak maksadile kaleme almadık ve alamadık. Bil'akis gayemiz gayet mütevazidir : Belki

1) Bu yeni tâbirlerin yerleşmesinde hukukçularımızın gayret göstermeleri beklenir. Mameflih gayretlere rağmen tutunamayan tâbirlerde ısrar etmeyip bunların tesrii yolla değiştirilmesini istemek de hukukçuya düşen vazifelerdendir.

Medeni Kanunumuzla Borçlar Kanunumuzun tâdili işi ile uğraşmakta olan komisyon belki istilâh hususunu da inceleyecektir. Şahsen fikrimiz şudur ki bu pek önemli meselede ya hep eskiye, ya hep yeniye gitmek yolu tutulmamalı, her tâbir başlı başına tetkik olunmalıdır; uygun görülürse eski de olsa, yeni de olsa tercih edilmelidir.

Bilindiği üzere Anayasanın dili meselesinde bu usul tatbik olunmayıp doğrudan doğruya «yaşayan dil» e gidildi.

1 a) Bağışlamaya tahsis olunan bu yerin münasip olup olmadığını ilerde göreceğiz.

faydalı olur düşüncesile, müsveddelerimizin bağışlama kısmını okuyuculara arz etmek.

Yazımızın neşri hususunda kıymetli teşvik ve yardımlarda bulunmuş olan muhterem hocalarımız Ord. Prof. Samim Gönensay ile Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen'e pek derin şükranımızı burada da ifade etmeyi zevkli bir vazife biliriz.

Her bahis gibi, bağışlama da tetkik edildikçe birtakım meselelerin tahaddüsünü mucib oluyor. Bu meselelerin hepsini hâl hattâ bunların hepsine işaret etmiş değiliz. Şimdilik gücümüz ve vaktimiz yettiği kadarile iktifa eyledik. Esasen yazımız tam mânasile ilmi bir «travail» değildir; belki onun bir nüvesidir. Yazı masamızın gözünde kalacağına onu, okuyuculara sunmakta karşılıklı fayda umduk.

IV — Kısımlar :

Yazımız üç kısımdan müteşekkildir.

Birinci kısım bağışlamanın mahiyetine tahsis edilmiştir.

İkinci kısım bağışlamanın nevilerine dairdir.

Üçüncü kısım bağışlamanın mahiyetine ve nevilerine terettüb eden hususiyetler ve neticeler hakkındadır.

K ı s ı m : 1

BAĞIŞLAMANIN MAHİYETİ

Plân

Bab 1 — Bağışlamanın tarifi. § 1 — Bağışlamanın doktrindeki tarifleri. § 2 — Bağışlamanın kanunumuzdaki tarifi, bu tarifi tenkid ve düzeltilmesi.

Bab 2 — Bağışlamanın esaslı vasıfları. § 1 — Bağışlamanın kazandırıcı muamele oluşu. § 2 — Bağışlamanın ivazsız oluşu ve hukuki sebebinin bağışlama niyetinde buluşu. § 3 — Bağışlamanın akıt oluşu. § 4 — Bağışlamanın yasayanlar arasında bir muamele oluşu.

Bab 3 — Bağışlamadan madud olmayan hukuki muameleler. § 1 — Ölüme bağlı tasarruflar. § 2 — Henüz iktisab edilmemiş bir haktan feragat. § 3 — Mirası veya muayyen mal vasiyetini red etme. § 4 — Tabii borçların ifası. § 5 — Muaseret kaidelerinin ifası. § 6 — İvazsız kullandırma. § 7 — İvazsız hizmet etme.

Bab 4 — Bağışlamanın diğer bazı hukuki muamele veya münasebetlerden farkı. § 1 — Bağışlamanın ivazlı akıtlardan farkı. § 2 — Bağışlamanın diğer ivazsız akıtlardan farkı. § 3 — Bağışlamanın testisten farkı. § 4 — Bağışlamanın karzdan farkı. § 5 — Bağışlamanın vekâletsiz (salâhiyetsiz) isgörmeden farkı. § 6 — Bağışlamanın haksız (sebepsiz) iktisaptan farkı.

BAB 1

BAĞIŞLAMANIN TARİFİ

§ 1 — Bağışlamanın doktrinindeki tarifleri :

Bağışlamayı, hukukumuzla göre, türlü surette tarif edebiliriz² :

Bağışlama, bağışlayan tarafından bağışlanana yapılan muadil ivazsız bir hak iktisab ettirme kasdına müstenit akdî ve yaşayanlar arasında bir kazandırıcı muameledir³.

Bağışlama, yaşayanlar arasında bir akittir ki mevzuunu muadil ivazsız bir hak iktisab ettirmeye matuf bir kazandırıcı muamele teşkil eder.

Bağışlama, yaşayanlar arasında bir akittir ki onunla bağışlayanın mamelekenden bağışlananın mamelekine muadil ivazsız olarak bir hak iktisab ettirme maksadile bir kazandırma vâki olur⁴.

Kazandırıcı muamele mefhumuna başvurulmaksızın da bağışlamayı tarif mümkündür. Şöyle ki : Bağışlama, hayatta olanlar arasında bir akittir ki onunla bir kimse (bağışlayan) mukabilinde muadil bir edim (ivaz) olmaksızın ve bağışlama kasdile malının tamamını veya bir kısmını (bağışlanılan şey) diğer bir kimseye temlik veya feda eder yahut temlik veya feda etmeyi taahhüt eyler⁵.

2) Borçlar Kanunumuzla bazı yabancı kanunların ve evvelki hukukumuzun tariflerini birazdan göreceğiz. Yazımızda Roma hukukuna, Fransız, Alman ve İsviçre kanunlarına ve evvelki hukukumuzla da kısa temaslarda bulunulacaktır.

3) Bu tarifte «yaşayanlar arasında» kaydile, ölüme bağlı kazandırıcı muameleler hariçte bırakılır.

4) Bu hususta meselâ İsviçreli müellif Wolfhart Bürgi'nin tarifi kaydolunabilir. Bu hukukçu şöyle yazıyor: «Le droit civil suisse entend par donation une attribution de fortune gratuite et contractuelle, entre donateur et donataire, du premier au second. La donation est un acte juridique entre vifs.»

(Mealen tercümesi: İsviçre medenî hukukunun bağışlama tâbirile kastedtiği mânâ, bağışlayanla bağışlanan arasında meccanî ve akdî bir kazandırıcı muameledir ki bağışlayan tarafından yapılıp bağışlanan lehine vâki olur. Bağışlama, yaşayanlar arasında bir hukukî muameledir.) (Wolfhart Bürgi, Donation, Principes Généraux, Fiches Juridiques Suisses, No. 50).

5) Roma hukukunda bîdayette bağışlama, bir hukukî müessese olarak bilinmiyordu. Tatbıkatta bağışlama, «mancipatio», «traditio» veya «stipulatio» ya müraaat suretile yapıyordu. Bir kimse bağışlamak istediği malını meselâ «traditio» yolile bir başkasına (bağışlanana) devir ve teslim, bağışlanana da tesellüm ediyor ve böylece bağışlayan, bağışlanan lehine, malında tasarrufî bir muamelede bulunmuş oluyordu (elden bağışlama). Veya bir kimse bağışlama vâdini «stipulatio» vasıtasile yapıyor ve böylece bir bağışlama borcu altına girmiş oluyordu (bağışlama

Türk Hukuk Kurumu tarafından vücade getirilmiş olan Türk Hukuk Lûgatinde bağışlama şöyle tarif edilmiştir :

«Bir kimsenin mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye, kabulüne bağlı olmak üzere, temlik eylemesi akdidir.»

Adı geçen lûgatte bağışlamanın akit olduğu iyi bir surette belirtilmiş ise de bunun temlike inhisar ettirilmiş olması tenkide değer bir mahzurdur. Zira bağışlama iktisab olunmuş bir haktan feragat veya bir borç ihdası suretile de yapılabilir ki bu hallerde temlikten bahsedilemez.

Bu aksaklık ve diğer bazı mahzurlar Kanunumuzun verdiği tarifte dahi mevcut olduğundan bütün bu hususları Kanunumuzun tarifini tenkid ederken göreceğiz.

§ 2 — Bağışlamanın kanunumuzdaki tarifi, bu tarifi tenkidi ve düzeltilmesi.

I — Kanunumuzun tarifi :

Kanunumuz bağışlamayı şöyle tarif etmiştir :

«Bağışlama, hayatta olan kişiler arasında bir tasarruftur ki onunla bir kimse mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder.» (B. K. m. 234)⁶.

taahhüdü).

Bugünkü hukukumuzda da tasarruflı bir akit olarak elden bağışlama ve borç doğuran bir akit olarak bağışlama taahhüdü vardır. Binaenaleyh bağışlamayı tarif ederken bu her iki türüsünü de gözönünde tutmak gerekir.

Alman doktrini ve bu doktrini kabullenen İsviçre ve Türk müellifleri bağışlamayı kazandırıcı muamele mefhumu yardımıyla tarif etmektedirler.

Türk müelliflerden bu hususta misal halinde sayın Doçent Dr. Bülent Davran'ı zikredebiliriz. Bu kıymetli hukukçumuz, talebe tarafından hususi mahiyette zaptolunan **şerh ders tahrirlerine göre**, bağışlamayı şöyle tarif etmektedir: «Bağışlama, bağışlayanın muamelekinden bağışlananın mamelekine vâki ivazsız kazandırmaya matuf bir akittir.» (Talebe tarafından pek hülâsa olarak tutulan bu tahrirlerin geniş ve iyi bir plân dairesinde hazırlandığı gözden kaçmamaktadır. Bu itibarla, hocanın kendi şahsi notlarının yakında neşredilmesini alâka ve sabırsızlık ile beklemekteyiz. İsviçre-Türk hukuku bağışlama bahsinde Romadan ve bilhassa Alman hukukundan müphem olmuşa benziyor. Bu cihetle, Alman literatürüne vukufu pek müsellem olan Davran'ın bizleri lâayıkile tenvir edeceği muhakkaktır. Mâhaza, hocanın tahrirleri diğer birçok akitleri de ele almaktadır. Bütün borçlar hukukunun hususi kısmının intisarından evvel akit akit neşir yolu tercih edilirse yerinde bir acelede bulunulmuş olur kanaatindeyiz. Belki bu hususta en iyi ve en müsmir metod müelliflerin aralarında anlaşarak akitleri paylaşmaları ve kolektif çalışarak derin ve etraflı bir borçlar hukuku hususi kısmı vücade getirmeleridir. Bu kolektif usulün İsviçrede ve bilhassa Fransada tatbik edildiği malûmdur).

6) Gerek elden bağışlamaya, gerek bağışlama taahhüdünâ şâmil olması icab

II — Kanunumuzun tarifinin tenkidi :

Kanunumuzun metni aynen alınsa bağışlamayı vasıflandıran hususların üç nokta üzerinde toplanması gerekir :

1° — Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında bir tasarruftur. Daha doğrusu, kısaca, bir tasarruf muamelesidir. Çünkü tasarruf muamelesi tarifi iktizası yaşıyanlar arasında bir hukukî muameledir. Halbuki, göreceğiz, bağışlamayı tasarruf muamelesi olarak kabul etmek hukukumuz bakımından doğru değildir.

2° — Kanunumuz bağışlama ile bir kimse «malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder.» diyor. Halbuki birazdan göreceğimiz gibi bağışlama mutlaka temlik değildir.

3° — Gine kanunumuzun metnine göre bağışlama «mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin» yapılır. Bu ifade tarzının da biraz mahzurlu olduğunu göreceğiz.

Kanunumuzun lâfzından doğan bu üç tenkide kanunumuzun sükûtu ile ilgili iki tenkid inzımam edebilir.

1° — Kanunumuz bağışlama kasdından bahsetmemiştir. Bu kasıd ise önemlidir.

2° — Kanunumuzun tarifinden bağışlamanın akit olup olmadığı da anlaşılmamaktadır⁷.

eden bu tarif İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metnine esas itibarile uygundur. Yalnız, bu mehzaz metinde bizimkinden farklı olarak «mukabilinde muadil bir edim (ivaz) olmaksızın» denilmiştir. Yani bizde «muadil» («correspondante») sözü yoktur.

(«La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante.»)

İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metni ise hayli farklıdır:

«Bağışlama yasayanlar arasında bir kazandırıcı muameledir ki onunla bir kimse mameleki vasıtasile diğer bir kimseyi mukabilinde muadil bir edim (ivaz) olmaksızın zenginleştirir.»

(«Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen Andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.»)

Alman Medeni Kanununun tarifi buna az çok uygundur:

«Bağışlama bir kazandırıcı muameledir ki onunla bir kimse mamelekindeki mallar vasıtasile bir diğer kimseyi zenginleştirir, şu kayıtle ki taraflar bu muamelelenin ivazsız olduğunda mutabık kalsınlar.»

Evvelki hukukumuzda göre, «hibe, bir malı bir kimseye ivazsız olarak derhal temlik etmektir.» (Evvelki hukukumuzda hibe için şu pek kıymetli esere bakınız: Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye, cilt 4, sahife 90 ve müteakip).

7) Evvelki hukukumuzda da hibe bir akittir. Bu itibarla icap ve kabulü farz

Şu halde, kanunumuzun bağışlamaya dair olan tarifi bahis mevzuu beş bakımdan tenkid edilebilir. Şimdi bu noktaları sırasile inceleyelim :

1 — *Tasarruf tâbiri bakımından :*

Kanunumuz bağışlamanın bir «tasarruf» olduğunu söylemekle yanlış bir tâbir kullanmıştır. Tasarruf kelimesinin iki mânası vardır. 1° — Geniş mânasile tasarruf deyince hukukî muamele, hattâ hukukî fiil anlaşılır. 2° — Dar ve teknik mânada tasarruf veya tasarruf muamelesi bir hakka doğrudan doğruya tesir eden bir hukukî muameledir ve borç doğuran muamelenin yani taahhüt muamelesinin (iltizamî muamelenin) karşısında yer alır. Burada birinci mâna kastedilmiş olsa bağışlamanın mahiyeti hakkında pek bir şey söylenmemiş olur. İkinci ve hususî mâna esas ittihaz edildiği taktirde ise bağışlamanın bir tasarruf muamelesi mahiyetinde olduğu zehabı çıkabilir. Halbuki, ileride görüleceği gibi, bağışlama tasarruf muamelesi tarzında yani elden bağışlama olarak yapılabileceği gibi, taahhüt muamelesi yani borç doğuran hukukî muamele tarzında da, diğer bir deyişle, bağışlama taahhüdü veya vaadi olarak dahi inşa olunabilir. Fransız hukukunun aksine olarak Roma - Alman - İsviçre - Türk sisteminde mülkiyet taahhüt muamelesile intikal etmediğinden taahhüt muamelesi tarzında bağışlamada bulunan kimse yani bir malı bağışlama borcu altına giren şahıs bağışladığı malda henüz «tasarruf» etmiş sayılmaz, ancak tasarrufta bulunmayı taahhüt etmiş, bu hususta bir vecibe yüklenmiş demektir. Mülkiyet hakkının devri bir tasarruf muamelesini icabettirdiği gibi alacağın temliki de gene bir tasarruf muamelesile olur (Bu son husus Roma hukukunda farklıdır). Taahhüt muamelesinin icrasile ve ayrı bir hukukî muamele ile ki «tasarruf» vâki olur. Kanunumuzun bahis konusu maddesinde gerek tasarruf muamelesi tarzındaki bağışlamaya, gerek taahhüt muamelesi tarzındaki bağışlamaya şâmil bir tarif verildiği şüphesizdir. Bu maddedeki «tasarruf» tâbirinin dar oluşu ve netice olarak taahhüt muamelesi tarzında yapılan bağışlamayı dışarıda bırakışı itibarile, kanunkoyucunun maksadı iyi ifade edilememiştir. Mehazın Almanca met-

ederdi. Ayrıca hibe bir teberrü olduğundan ancak kabz ile tamam olurdu. Binaenaleyh bir kimseye hibe olarak verilen bir mal o kimse tarafından kabzolunmadıkça bu mal vâhibin mamelekinden çıkmış olmazdı. Mevhub, mevhubünleh tarafından kabzedilmedikçe vâhib hibeden rücu edebilir ve hibe edilen malı bir başkasına hibede bulunabilirdi. Hibe edilen malı mevhubünleh henüz kabzetmeden vâhib veya mevhubünleh veya her ikisi vefat etse hibe, tamam olmamış olduğundan, batıl olurdu. Bu halde, o mal, vâhib vefat etmiş ise, vârislerine intikal ederdi. Mevhubünleh vefat etmiş ise, kendisine hibe edilmiş, vârislerine hibe edilmemiş olduğundan vâhibine veya vâhibin vârislerine avdet ederdi.

nindeki «Zuwendung» terimine uygun olarak, «kazandırıcı muamele» denilse idi yerinde olurdu. Zira gerek tasarruf muamelesini, gerek taahhüt muamelesini birlikte ifade edebilecek yegâne tâbir budur.

Bizim metinde tasarruf kelimesinin bulunuşunun sebebini mehazın Fransızca metninde aramak lâzımdır. Orada «disposition» kelimesi kullanılmıştır ki bu ancak tasarruf muamelesi tarzında yapılan bağışlamayı istihdaf eder. Halbuki maksat kazandırıcı muameledir. «Disposition» (tasarruf) kelimesinin kullanılmış olmasının sebebi Fransız terminolojisinin istikrarsızlığı ve hattâ bir dereceye kadar belki de Fransız hukukunun tesiri olsa gerektir. Zira Fransızcada «Zuwendung» (kazandırıcı muamele) tâbirinin karşılığı olarak, son zamanlara kadar, mustakar bir terim yoktu. «Disposition» (tasarruf), «libéralité» (teberru), «attribution» (kazandırıcı muamele) kelimeleri kullanılıyordu. Netekim Alman Medenî Kanununu Fransızcaya tercüme eden komisyon «Zuwendung» karşılığı olarak bu üç terimi kullanmıştır⁸. Bu üç kelime arasında ise bâriz farklar vardır. «Disposition» hakikatte sadece tasarruf muamelesini ifade için kullanılmalıdır. «Libéralité» ise ancak bir malın ivazsız devrini veya devri taahhüdünü istihdaf eyler ve bağışlama suretile yapılabileceği gibi vasiyet ve miras mukavelesile de yapılabilir; binaenaleyh geniş bir tâbirdir. «Zuwendung» a gelince, bunun hakikî karşılığı, v. Tuhr'un İsviçre Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı'na dair pek mühim eserini Fransızcaya tercüme eden Torrenté ve Thilo'nun yerinde tekliflerinden beri, «attribution» dur, yani kazandırıcı muameledir⁹.

Mamafih, Fransız hukukunda taahhüt muamelesi tarzında yapılan bağışlama ile dahi, bağışlayan bağışladığı malda tasarruf etmiş olduğun-

8) Code civil allemand, traduit et annoté par Bufnoir, Saleilles, etc.

9) «Zuwendung» karşılığı olarak dilimizde kazandırıcı muamele tâbirini yerleşmiş addetmelidir. En fazla kullanılan ve en uygun sandığımız tâbir budur. Mamafih «Zuwendung» sözü mukabili olmak üzere pek çok istilâhlar teklif olunmuştur: «istifade ettirici muamele», «tefvizli muamele», «tevelih», «tahsis», «temlik veya temlikât veya temlikî muamele». «Zuwendung» yepyeni bir mefhum olduğu için kanaatimizce onu «temlik» gibi eski bir istilâhla değil yeni bir sözle ifadede isabet vardır. «Kazandırıcı muamele» tâbirinde hiçbir mahzur olmadığından ve hayli zamandır anlaşılır ve kullanılır bir yeni tâbir olduğundan Türk Hukuk Kurumunun «Türk Hukuk Lûgatı» bürosunda çalışan kıymetli zatiarın uzun tereddütlerini ve hele «temlikât» gibi eski bir mefhumu hatırlatan bir tâbiri yepyeni bir mefhum karşılığı olarak niçin kabul ettiklerini doğrusu pek anlayamadık. «Temlikât» tâbirini eskidir diye red etmiyoruz. Eskilik bizzat ancak bir kıymet ifade edebilir ve pek iyidir. Fakat «temlikât» sözü temlik kelimesinin anlaşılma eski mânasına alınabilir diye korkarız. Bağışlama taahhüdü ile henüz bir temlikte bulunulmadığı halde kazandırıcı muamelede bulunulmuştur.

dan, Fransız hukukçuları için burada «disposition» kelimesini kullanmak mümkündür. Bizim sistemde ise buna cevaz olmasa gerektir¹⁰.

2 — Temlik tâbiri bakımından :

Kanunumuz, bağışlayan «malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder» diyor.

Mehazın Fransızca metni de aynı ifadeyi kullanarak temlikten bahsediyor.

Mehazın Almanca metni ise, «bir kimse kendi mameleki vasıtasile bir diğerini zenginleştirir» («Iemand bereichert einen andren aus seinem Vermögen») demiştir ki doğrusu budur.

10) Fransız Medenî Kanununun 894 üncü maddesi bağışlamayı şöyle tarif eder: «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.»

(Mealen tercümesi : Yaşayanlar arasında bağışlama bir muameledir ki onunla bağışlayan, bağışlamayı kabul eden bağışlanan lehine olmak üzere, bağışlanılan seyden halî hazırda ve rücu edilemez bir surette kendisini mahrum eder.)

Mahrum ederden maksat ivazsız olarak bir malı devreder, daha doğrusu bir malda tasarruf eder demektir. Çünkü devirsiz de mahrumiyet ve tasarruf mutasavverdir. Fransız hukukunda yaşayanlar arasında bağışlama vasiyet tarikle yapılan bağışlamanın mukabilli bir tâbirdir. Fransız Medenî Kanununun 711 inci maddesine göre, mülkiyet miras tarikle, yaşayanlar arasında veya vasiyet suretile bağışlama tarikle, ve borçların hükmü ile iktisab olunur ve nakledilir. (Maddenin metni şudur: «La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.»).

Bu maddeye göre taahhüt muamelesi tasarruf muamelesi arasında bizdeki gibi bir tefrik yapılmak iktiza etmez.

Gine bu maddeye göre bağışlama yaşayanlar arasında bir muamele tarzında olabileceği gibi vasiyet suretile de yapılabilir.

Gine bu maddeden anlaşılacağı vechile Fransız Kanunu bağışlamayı bir iktisap tariki olarak ele almaktadır. Bu yer Fransız sistemine göre esas itibarile isabetlidir. Ancak şunu da ilâve edelim ki meccanen ibra bir bağışlama teskil ettiği halde bir iktisap tariki olarak manzur olmaz.

Bizde bağışlamanın bağışlanılan sey üzerinde halî hazırda (yani derhal) ve rücu edilemez bir surette mahrumiyet husule getirmesi lâzım gelmez. (Bu hususta bakınız: Rossel, Manuel du Droit Fédéral des Obligations, Lausanne - Genève, 1920, Tome Premier, page 314, No. 478).

Bizde bağışlama Borçlar Kanununda (borç doğuran) aktlerin neveleri meyanında nizamlanmıştır. Bu yerin pek isabetli olmadığını ileride göreceğiz. Bağışlamanın doktrindeki en münasip yeri kazandırıcı muamelelerin tetkiki yeridir. Bu itibarla bağışlama hukuk eserlerinde medenî hukukun umumî prensipleri bahsindé ve kazandırıcı muamele münasebetile ele alınmalıdır.

İsviçrenin Fransızca metnine uyarak Kanunumuz bağışlanan şeyin «temlik» edildiğinden bahsetmekle hem dar, hem de yanlış bir ifade (bir tâbir) kullanmıştır.

Zira, bağışlama alacağın temliki suretile olabileceği gibi mülkiyetin nakli, alacak hakkından vazgeçme (borçluyu ibra), bir alacak hakkının tesisi tarzında da olabilir. İlk üçü tasarrufi muamelelerden olup bunlardan alacak hakkından vazgeçme temlik teşkil etmiyen bir tasarrufi muameledir. Bir alacak hakkının tesisi tarzında yapılan bağışlama ise taahhüt muamelesi teşkil ettiği cihetle temlikle hiçbir surette ilgili değildir^{11 - 11 a}.

3 — *İvaz tâbiri bakımından :*

Kanunumuz bağışlamanın, «mukabilinde bir ivaz taahhüt edilmeksizin» yapılmak lâzım geldiğini söylüyor. Bundan bağışlamanın hiçbir mükellefiyetle takyid olunamayacağı gibi bir mânâ çıkabilir. Bu yanlıştır. Çünkü bağışlamanın sırf ivazsız olması icab etmez. Bağışlamaya karşı muadil bir edim taahhüt olunmamalı ise de bağışlama sırf ivazsız olabileceği gibi bir mükellefiyetle takyid de olunabilir.

İsviçre metni, «mukabilinde muadil bir ivaz olmaksızın» («sans contre - prestation correspondante») diyerek, bağışlamanın kıymetinden aşağı mükellefiyet tahmillerine cevaz verdiğini bağışlamanın tarifinde de belirtmiştir.

Bizdeki tarifte bu nokta pek belirtilmemektedir. Zira bizim tarife mehzadaki «muadil» («correspondante») kelimesi alınmamıştır. Tercüme-

11) Temlik tâbiri iki mânâda kullanılır :

1° — Geniş mânâsile temlik mülkiyetin veya alacağın başka birine naklini veya devrini ifade eder. Bu anlamdaki temlik tâbirinin tasarrufi muamele sözünden daha dar olduğu görülmektedir. Meselâ bir gayrimenkul üzerinde irtifak veya rehin hakkı tesisi tasarrufi muamele olduğu halde burada temlikten bahsedilemez.

2° — Dar mânâsile temlik ancak alacak hakkının devrini ifade eder. Buna alacağın temliki veya bazan kısaca «temlik» denir ki rızal (veya iradî), kanunî ve kazal olmak üzere üç türüdür. Borçlar Kanunumuz rızal temlik, kazal veya kanunî temlik sözlerini bu mânâda kullanmaktadır (B. K. m. 162 ve müteakip). Alacak hakkının devri demek olan temliki alacak hakkının tesisi ile karıştırmamalıdır. Temlik tasarrufi muameledir. Alacak hakkının tesisi ise taahhüt muamelesidir.

11 a) Mehazın Fransızca metninin «temlik» ten bahsetmiş olmasını Martin de doğru bulmasa gerektir. Bu müellif Almanca metnin hayli farklı bir ifade tarzı kullandığına işaret ediyor ve Almanca metinde bahis mevzuu olan «zenginleştirme» nin temlikten gayri yollarla da vuku bulabileceğini belirtiyor. «Bu zenginleştirme, diyor, mülkiyet hakkının, diğer bir aynı hakkın, veya bir şahsî hakkın temliki ile, borçluyu ibra ile vesaire vuku bulur.» Müellif burada şahsî hakkın temlikinden bahsediyorsa da bu yerinde değildir (Martin, cilt II, sahife 86).

de bu husus ihmale uğramışa benziyor. Mamafih bu yüzden önemli bir fark husule gelmiş sayılmaz.

Çünkü mükellefiyetle takyid olunan bağışlama hakiki mânada ivazlı bir akit teşkil etmez. Yani mükellefiyet, bağışlamanın ivazsızlık mahiyetini ortadan kaldırmaz. Kısacası, mükellefiyet hakiki mânada bir ivaz değildir.

İvaz borçlunun mamelekini müteessir eder; şahsî malları ile ifa edilir.

Mükellefiyet ise, burada, bağışlanılan şeyin kendisine tahmil edilmiştir; bağışlanılan şeyin kıymetine tekabül eden para ile yapılacaktır; bağışlanılan şey üzerinde müessir olur, yoksa bağışlananın malları üzerinde bir tesir icra etmez. Bu itibarla, mühim olan cihet, mükellefiyetin yerine getirilmesi için sarf edilmesi icab eden masrafın bağışlamanın kıymetinden az olması, yani bağışlamanın kıymetine eşit olmamasıdır.

Filhakika, Borçlar Kanunumuzun 241 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, «Bağışlanılan şeyin kıymeti masrafını korumaz ve masraf fazlası kendisine tesviye edilmezse bağışlananın mükellefiyeti icradan imtina etmeye hakkı vardır.»

Mükellefiyetin icabettiği masrafla bağışlamanın kıymeti müsavi olduğu takdirde bağışlanan, mükellefiyetin icrasından imtina edemeyecektir ama bu halde bir bağışlama mahiyeti yok demektir. Çünkü bağışlamadan bahsedebilmek için bağışlayanın patrimuanında bir eksilme, bağışlananınkindinde bir çoğalma hasil olmalıdır. (Bu eksilme ve çoğalma arasında bir illiyet rabıtası da bulunmalıdır). Mükellefiyetin yerine getirilmesi için icab eden masraf bağışlamanın kıymetine eşit olduğu takdirde ise bu eksilme ve çoğalmadan bahsedilemeyeceği cihetle ortada bir bağışlama yoktur¹².

4 — Bağışlama kastından bahsedilmeyişi bakımından :

Kanunumuzun, bağışlayanın bağışlanana (muadil) ivazsız bir hak (meselâ alacak hakkı) iktisab ettirme kasdından bahsetmiş olmaması da tenkid olunabilir. Mehazın metinleri de bu tenkide maruzdur¹³.

12) Herde de görüleceği veçhile, bağışlama bir akit olduğundan, mükellefiyetli bağışlamada, bağışlamadan gayri bunun fer'î bir hükmü olan mükellefiyetin de bağışlanan tarafından kabul edilmesi lâzımdır. Bağışlamanın kıymetini hiçe indirecek mükellefiyetlerin bağışlanınca kabul edilemeyeceği ve böylece bu bağışlamanın doğamayacağı da düşünülebilir.

Bağışlamaya mukabil cüz'î bir ivaz verilmesi kararlaştırıldığı surette karışık («mixte») bir akit vardır. Bu noktayı herde inceleyeceğiz.

13) Netekim v. Tuhr İsviere Borçlar Kanununun bağışlamaya dair tarifini bu bakımdan tenkit etmektedir. Bakınız: v. Tuhr, İsviere Borçlar Kanununun hibe

v. Tuhr'un yazdığı gibi, «Meselâ bir kimsenin kıymetini bilmediğinden veyahut sıkıntısından dolayı bir malı yarı değerine satması veya borçlu olduğunu sandığı bir parayı ödemesi halinde karşılığında ivaz olmayan bir iktisab vardır. Fakat bir hibe asla yoktur. Kanunun tarifi tamam olmadığı açıktır. Hibenin sahası kanunun metninden anlaşılabilen sahadan dardır. Tarifte meslekten yetişmemiş olan kimsenin dahi bulacağı mühim bir unsur eksiktir. O da vahibin mevhubunlehe ivazsız bir mal (bir hak) iktisab ettirmek kasdı, hukukçuların dediği üzere Animus donandi (bağlama niyeti) dir. Kanun, hibeyi tarif etmek istediğine göre, hibe mefhumunun zarurî bir cüz'ü olan bu unsuru tarife alması lâzımgelirdi»¹⁴.

5 — Akitten bahsedilmeyişi bakımından :

Kanunumuzun tarifinden bağışlamanın bir akit olduğu anlaşılmalıdır.

Mehaz metinler hakkında da keyfiyet böyledir.

Mamafih Kanunumuzun diğer bir maddesinden bağışlamanın akdi mahiyeti sarahaten anlaşılmaktadır¹⁵.

hükümleri hakkında düşünceler, Adliye Ceridesi, 1936, sayfa 1717 ve müteakip, tercüme eden Prof. Sabri Şakir Ansay. (Bu pek kıymetli makalenin aslı için bakınız; Schweizerische Juristen Zeitung, 1 Birincikânun, 1922).

14) v. Tuhr, adı geçen makale, sayfa 1717. Bu müellif kanunun bağışlamayı tarif etmesine hacet görmemekte ve şöyle yazmaktadır: «Bence zaten bir tarife lüzum yoktur. Çünkü hibe mefhumu jürisprüdansın bir mahsulü değildir. Hayattan alınmış, âdet ile vücud bulmuş ve dillerde takarrür etmiştir. Hibenin ne olduğunu meslekten yetişmemiş olan herkes dahi 239 uncu maddede (bizde B. K. m. 234) yazılı olduğundan daha iyi anlar. Bu kimse hibenin teşekkür edilmesi lâzımgelen bir teberru olduğunu ve ancak, ivazsız iktisab ettirme kasdı ile yapılmış ise teşekkür mecbur kalınacağını bilir.» (v. Tuhr, adı geçen makale, aynı sayfa).

Bağışlamanın kanunî bir tariften varestede olduğu hususundaki bu fikre istihak edemiyoruz. Kanunumuz hemen bütün akitleerde olduğu gibi bağışlamada da işe tarifle başlar. Ayrıca, bağışlamadan madut olmayan muameleleri de zikrelemiştir.

15) Bu madde şudur :

Kabulün neticeleri. Madde 239 — «Bir kimse, diğerine bağışladığı malı, diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile, bağışlamanın kabulüne kadar bağışlamasından rücu edebilir.»

Bu madde birçok bakımlardan hayli fena bir tarzda kaleme alınmıştır. Bu noktaya ileride kabulün neticeleri bahsinde temas edeceğiz. Şimdilik hulasaten kaydedelim ki buradaki kabul kazandırıcı muamelenin kendisini olduğundan başka onun sebebini (yani bağışlama niyetini) benimsemeye matuftur. Bağışlanan malın, diğer mallardan bilfiil tefrik edilmesinden ne anlaşılacak lâzım geldiğini de gene ileride kabulün neticeleri bahsinde inceleyeceğiz. Şu hususa da işaret edelim ki maddemiz bağışlamadan rücu tâbirini kullanıyor; halbuki maksat, bağışlamadan

Bu mahiyet tarifte dahi belirtilmiş olsa idi fena olmazdı. Zira, bağışlamanın mevcudiyeti için, kazandırıcı muamelenin bağışlama kasdile yapılmış ve bağışlanan tarafından bu maksatla kabul edilmiş olması lâzımdır. Yani tarafların bağışlama niyeti (veya sebebi) üzerinde dahi mutabik kalmaları lüzumu vardır. Bu cihetin de tarifte belirtilmesi iyi olurdu¹⁶.

III — *Kanunumuzdaki tarifin düzeltilmesi :*

Bütün bu mülâhazalara göre, Kanunumuzun bağışlamaya dair tarifini şöyle düzeltmek mümkündür zannederiz :

Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında bir kazandırıcı muamele teşkil eden bir akittir ki onunla bir kimse, mukabilinde muadil bir ivaz (edim) olmaksızın ve bağışlama niyetine müsteniden, kendi mameleki vasıtasile diğer bir kimseyi zenginleştirir.

BAB 2

BAĞIŞLAMANIN ESASLI VASIFLARI

§ 1 — *Bağışlamanın kazandırıcı muamele oluşu.*

I — *Kazandırıcı muamele mefhumu :*

Kazandırıcı muamele öyle bir hukukî muamele veya hukukî fiildir ki onunla bir kimse bir diğerine mamelekî bir kazanç sağlar.

Bu kazanç mamelek artması şeklinde tecelli edebileceği gibi mamelek eksilmesini önlemek tarzında da tezahür edebilir.

rücu değil, bağışlamaya dair icabın geri alınması veya bu icaptan rücutur (İsviere Borçlar Kanununun 244 üncü maddesile karşılaştırınız).

Fransız Medenî Kanununun 932 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, «Yaşayanlar arasında bağışlama sarahaten kabul edilmedikçe bağışlanana taahhüt altına sokmaz ve hiçbir hüküm husule getirmez.»

Gerek bizde, gerek Fransada bağışlamaya dair icab kabul edilmedikçe bağışlama vücut bulmaz; zira bu bir akittir.

16) v. Tuhr da bu fikirdedir. Şöyle yazıyor: «Eğer hibe için tarif lüzumlu görüldü ise, bu tarifte teberrüün (kazandırıcı muamelenin) ivazsızlığı (yani bağışlama kasdı) hakkında bir birlik (tarafların mutabakatı) lüzumunun tasrih edilmesi yerinde olurdu.» (v. Tuhr, adı geçen makale, sayfa 1719). Bu müellife göre bu da 239 üncü maddenin 1 inci fıkrasına (bizde B. K. m. 234, f. 1) tahminen şöyle kısa bir ibarenin ilâvesile yapılabilirdi: «Kazandırıcı muamele bağışlama kasdile yapılmış ve bu mânada alınmış olmak lâzımdır.»

Mamelekî kazanç sağlıyan her taahhüt veya tasarruf muamelesi kazandırıcı bir muamele teşkil eder.

II — *Bağışlamanın kazandırıcı mahiyeti :*

Bağışlama, bağışlayanın mamelekini azaltır, bağışlananın mamelekinde bir kazanç husule getirir. Bu itibarla, bağışlamanın bir kazandırıcı muamele olduğu görülür.

Bağışlamanın bahis mevzuu olabilmesi için, bağışlayan kazandırıcı muameleyi kendi mameleki vasıtasile yapmalıdır. Yani kendi malında tasarruf etmeli veya tasarruf etmeyi taahhüt eylemelidir¹⁷. Diğer taraftan kazandırıcı muamele bir hukukî fiil neticesi değil bir akit eseri olmalıdır.

III — *Bağışlamanın mevzuu :*

Kazandırıcı muamelenin mevzuu, bağışlamada, şunlar olabilir :

Şeyler, aynı haklar, alacaklar, mamelek (kısmen veya tamamen).

Bağışlama bir şey üzerindeki hakkın devredilmesi veya bir alacağın temlik edilmesi suretile olabileceği gibi iktisab edilmiş bir haktan vazgeçme (feragat) veya borcun ibrası tarzında da yapılabilir. Borçtan ibra suretile yapılan bağışlamada bağışlanana temin edilen kazanç mamelekindeki pasif bir mikdarın silinmesidir.

İleride görüleceği gibi, bağışlama bir cüz'î halefiyet veya intikal yolu teşkil ettiği için, mevzuu ancak muayyen mallar olabilir¹⁸.

17) Evvelki hukukumuzda da hibenin nâfiz olabilmesi için, mevhub, vâhibin malı olmalı idi. Binaenaleyh mevhub başkasının malı olduğu takdirde hibe, fuzulî bir surette vuku bulmuş olacağından nâfiz olmazdı. Meselâ bir kimse başkasının bir malını izni olmaksızın bir şahsa hibe, o şahıs ta kabul ve kaâzetse bu hibe nâfiz olmazdı. Ancak böyle bir hibeye sahibî izin veya icazet verirse o zaman sahih ve nâfiz olurdu.

18) Evvelki hukukumuzda da aynıyat kabilinden olan mevhubun vâhibce malûm ve muayyen bulunması şarttı. Binaenaleyh bir kimse nevi veya miktar tâyin etmeksizin, «Malımdan bir şey hibe ettim», veya «malik olduğum şeylerin bir miktarını hibe ettim», «veya «su iki kitabımdan birini hibe ettim» dese bu icap sahih olmazdı.

Fakat «Bu iki kitaptan dilediğini hibe ettim» denildiği zaman durum başka idi. Bu takdirde mevhubun leh bu hibe meclisinde bu iki kitaptan birini tâyin ve kabzeylese hibe sahih bir tarzda mün'akıl ve tamam olurdu.

Ayrıca, mevhubun mütekavvîm bir mal olması da şarttı. Bu itibarla, hür insanların, haremî şerîf saydının, ve lâse gibi asla mal olmayan şeylerin hibesi caiz değildi.

Vâhibin mülkünden mevhubun müfrez bulunması da aranırdı.

§ 2 — Bağışlamanın ivazsız oluşu ve hukukî sebebini bağışlama niyetinde buluşu :

Bağışlama ivazsız bir kazandırıcı muameledir ve hukukî sebebini bağışlama niyetinde bulur. Saik ise bağışlamanın, bir unsuru değildir.

I — Bağışlamanın hukukî sebebi :

Bağışlamada hukukî sebeb («causa») bağışlama niyeti yani bağışlananın mamelekini artırma veya bu mamelekin eksilmesini önleme arzusu, kısaca bağışlananın mamelekinde bir kazanç husule getirme isteğidir ki bunu lâtince tâbirle «causa donandi» (bağışlama sebebi) veya «animus donandi» (bağışlama niyeti) diye ifade etmek âdettir¹⁹.

Mükellefiyetli bağışlamada, ilk plândaki hukukî sebep «causa donandi» dir; bağışlayanın ayrıca mükellefiyetin icrasını ıstihdaf etmiş olması tâli mahiyettedir.

II — Bağışlamanın saiki :

Bağışlamada saik («motif») muhtelif arzular olabilir : Bağışlanana iyilik etmek, onun dostluğunu kazanmak, üçüncü şahısların teveccühünü celbetmek v.s.

Bağışlamada saik esas itibarile nazara alınmaz.

Bağışlamanın muteber olması için saikin bağışlanana mamelekî bir kazanç sağlama isteği olması gerekmez. Yani saikle sebebini bir olması lâzım gelmez.

19) Fransız «anticausalite» lerine göre, bağışlamanın hukukî sebebini bağışlama niyeti olduğunu söylemek kelime oyunu yapmaktır. Zira bu söz, bağışlamanın sebebi bağışlamadır demeye müncer olur. Bu fikre ıstırah edemiyoruz. Çünkü bir kazandırıcı muamelenin bağışlama niyetiyle yapıldığını söylemek hiç te boş bir söz ve kelime oyunu değildir. Bu hukukî sebep sayesinde ki kazandırıcı muamele bağışlama olur ve diğer kazandırıcı muamelelerden ayrılır.

Güne bazı Fransız müelliflerine göre, hukukî sebep mefhumu ancak ivazlı muamelelerde bahis mevzuu olur. Bir borcun hukukî sebebi bu borca tekabül eden ivaz yani mukabil edimdir. Bu itibarla bağışlamada ancak saik mevcut olabilir. Bağışlama niyeti denilen şey saikten ibarettir. Ripert, Esmein ve Gaudemet bu kanaattedir.

Klâsik Fransız nazariyesine göre ise sebep mefhumu bağışlamada dahi bahis mevzuu olur ve bağışlamanın hukukî sebebi bağışlama niyeti olup saikten tamamen ayrılır. Sebep objektif bir mefhum olduğu halde saik sübjektiftir.

(Bu noktalar hakkında bakınız: Ferih Bedil Tongsir, Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse, İstanbul, 1951, Doktora tezi).

Bağışlamanın saiki esas itibarile hukuken ehemmiyeti haiz değil ise de bu saik hukuka veya ahlâka aykırı olduğu taktirde bağışlamanın iptalini mucib olur²⁰⁻²¹.

§ 3 — Bağışlamanın akit oluşu :

Bağışlama bir akittir, yani bağışlayanla bağışlayanın karşılıklı ve birbirine uygun irade izahları mahsulüdür²². Bu itibarla bağışlamanın doğabilmesi için herşeyden evvel bağışlayanın icapta bulunması, bağışlananın da bunu kabul etmesi gerekir. Bağışlayanın başlıbaşına icabı ile bağışlama doğmaz. Diğer bir ifade ile, bir kimse isteği hilâfına bağışlanan mevkîine konulamaz.

Kabul Fransız Medenî Kanununa göre sarahaten olmalıdır. Bizde ise sarih veya zimnî olabilir. Meselâ, bağışlanan bağışlanılanı istihlâk etmek suretile zimnen kabul etmiş olur²³.

20) Heride ehliyet bahsinde göreceğimiz gibi, «Medenî haklarını kullanmak salâhiyetinden (ehliyetinden) mahrum olan kimse, temyiz kudretine malik ise bağışlamayı kabul ve bu sebeple mal iktisab edebilir.

«Fakat o kimsenin kanunî mümessili kendisini bağışlamayı kabilden men veya bağışlanılan şeyin iadesini emrederse, bağışlama keenkemyekûn veya merdud olur.» (T. B. K. m. 236).

Bu ikinci fıkramız hükmü bağışlamanın saikine temas etmektedir. Bu noktaya ilerde tekrar geleceğiz.

21) Bazı hallerde hukuka veya ahlâka aykırı saik, bağışlamanın sebeble o derecede ilgili bulunur ki bu taktirde Fransız doktrini bu saiki «cause impulsive et déterminante» nazariyesine dayanarak bir sebep mertebesine yükseltir ve onu bu sıfatla ele alarak aktin butlanı cihetine gider. Bazı Fransız müellifleri de sebep nazariyesini ancak ivazlı muamelelerde tatbik eder ve ivazsız muamelelerin sebebi olmadığını, bunların ancak saikleri bulunduğunu ve saikin ahlâka veya hukuka ayrıldığı taktirinde gene hakikatte bir saik nazariyesi olan «cause impulsive et déterminante» görüşüne dayanarak butlanı temine giderler.

Kanaatimizce bağışlamanın sebebi de, saiki de vardır ve bunlar ayrı mefhumlardır ve hukukumuzda hukuka veya ahlâka aykırı saikli bağışlamaları iptal için (bunların batıl olması için) sebep nazariyesine gitmeye ihtiyac yoktur; Borçlar Kanunumuzun 20 nci maddesi kâfidir.

Bu husustaki fikrimiz için bakınız : Ferih Bedil Tongsir, adı geçen tez, sahife 140.

22) Bağışlamanın ne şekilde yapılmak lâzım geldiğini ilerde bağışlamanın tâbi olduğu şekil bahsinde göreceğiz.

İcab ve kabulün geri alınması meselesini de yine ilerde bağışlamada kabulün neticeleri bahsinde inceleyeceğiz.

23) Fransız hukukunda bağışlamanın kabulü sarih (ve hattâ resmî) bir surette vâki olmadığı taktirde bağışlama mutlak butlan ile bătıldır.

Bilâkis Alman Medenî Kanunu alelâde bir kabul ile iktifa etmiş ve kabulü hiçbir şekle tâbi kılmamıştır. Bundan maada zimnî kabule de cevaz vermiştir.

Bağışlama yolundaki icab ekseriya bağışlayandan sâdir olur. Bağışlanan da bunu kabul veya red eder. Fakat icabın, bağışlanan tarafından vâki olması da mümkündür. Meselâ bir kimse bir diğere «lûtfen bana şu şeyi bağışlar mısınız» diye ricada bulunur, diğere taraf da bunu kabul ederse bağışlama bağışlananın icabı ve bağışlayanın kabulü ile vücut bulmuş olur.

Bağışlama mükellefiyetli olmadığı taktirde bir taraflı bir akit («contrat unilatéral») vardır. Şu mânada ki bağışlananın rızası lâzım ise de kendisi hiçbir borç altına girmez²⁴.

Mükellefiyetli bağışlamada ise bağışlananın borç deruhte ettiğini görüyoruz. Mükellefiyetli bağışlama taahhüdünde her iki taraf borç altına girdiklerinden iki tarafı ilzam eden akte («contrat synallagmatique») benzer bir durum vardır²⁵.

Elden bağışlama mükellefiyetle takyid edildiği zaman kanaatimizce yalnız bağışlanan borç altına girer²⁶.

Bağışlama bir akit olması itibarile iki «taraf»ın mevcudiyetini farzeder. «Taraf» hakikî şahıs olabileceği gibi hükmi şahıs da olabilir. Fakat hükmi şahsiyeti haiz bulunmayan bir teşekkül «taraf» olamayacağından, akdin bir unsuru eksik ve binnetice akit keenlemyekûn olur. Bu itibarla bilfarz devletin, hükmi şahsiyeti haiz olmayan bir makamına yapılan bağışlama yokluk ile malûdür.

Bu nokta ile ilgili bir dâvayı, bunda verilen hükmü, Yargıtayın ve Genelkurulun (Yargıtay, Hukuk Genel Kurul, 19.10.1949, E. 5/55, K. 48)

Hattâ şimdi göreceğimiz vechile bazan sükûta dahi kabul nazariyle bakmaktadır. Filhakika Alman Medeni Kanununun 516 nci paragrafının ikinci fıkrasına göre, eğer kazandırıcı muamele karşı tarafın istirakle olmamış ise bu muamelede bulunan kimse bundan faydalanacak olan kimseye kabul edip etmeyeceği hususunda karar ittilihaz etmesi için muayyen bir mühlet (mehil) tâyin eder; bu müddetin hitamında bağışlama red yani refuze edilmediği takdirde kabul edilmiş sayılır. Alman Kanununun bu fıkrasına ilerde tekrar temas edeceğiz.

Evvelki hukukumuzda icap da, kabul de zımni olabilirdi.

24) Martin, cilt II, sahife 87.

25) Martin mükellefiyetli bağışlamada iki tarafı ilzam eden akit mahiyeti görüyor (Martin, cilt II, sahife 96).

Kanaatimizce bu vasfa ancak mükellefiyetli bağışlama taahhüdünde yaklaşılmış olur ve bu halde bile tam mânasile iki taraflı, iki tarafı ilzam eden akit değil ona yakın bir akit vardır. Zira burada borçlar birbirinin tam karşılığı değildir. Edim ve mukabil edim bahis konusu olmaz.

26) İleride görüleceği vechile, bazı müellifler elden bağışlamanın derhal ifa edilen bir borç doğuran akit olduğu kanaatindedirler. Bu mütalâa kabul edildiği taktirde, mükellefiyetle takyid olunan bir elden bağışlamada her iki taraf borç altına girmiştir.

kararını ve mucip sebeplerini, bu kararın ve mucip sebeplerin kıymetli meslekdaşımız M. Kemal Oğuzman tarafından İstanbul Barosu Dergisinde (cilt XXVI, sayı 9) yapılan münakaşasını buraya aynen dercediyoruz :

Dâva : Murisleri Hüseyin Güneşten hudud ve mevkileri belli iki bap hanesini dâva olunanlardan altıncı piyade alayı namına hibe ve tescil ettirmiş ise de, hibe iki taraflı bir akit olup lehine yapılmış olan taraf hükmi şahsiyeti gayri haiz ve binaenaleyh hibeyi kabul etmeye hak ve salâhiyeti olmayacağından hibe akdinin hükümsüzlüğüne ve kaydın tashihine karar verilmesi istenmiştir.

Hüküm : Maliye Hazinesi vekilinin altıncı piyade alayı komutanlığı aleyhine Devlet adına yapılacak teberrüleri kabule ancak Maliye Hazinesi salâhiyetli olduğundan tapu sicilinde alay adına olan kaydın iptali ile Hazine lehine düzeltilmesi hakkında açmış olduğu dâvanın birleştirilerek ve bozma kararına uyularak yapılan yargılanması sonunda : Vahibin alay muvacehesinde sebkeken iradesi hâdisede mevhumeden ibaret kalmasına ve vücudu ve sıhhati ileri sürülen ve taraflarca bu hal ile itiraz edilmeyen mevhumeye müstenit olan akit ve bunun neticesi yapılan tescilin aslından bâtil ve fâsit bulunmasına mebni dâvacı Hazine vekilinin tescilin tashihi talebine dair olan isteğinin reddine ve bahis mevzuu hibede tarafları teşkil eden bir şahıs hukuku ortada bulunmadığından ve hibe akdinin tarifatına uygun bir akit yapılmamış ve dâva olunan ise şahsi hükmiyeti haiz olmadığından mevhumeye müstenit alay lehine yapılan hibe akdinin ve bu suretle yapılan tescilin aslında bâtil ve fâsit kalmış bulunmasına binaen vâki tescilin iptali ile eski hâline ırcasını ve alay müdahalesinin ve Maliye Hazinesi tarafından vukubulan muarızanın önlenmesine dair verilen hüküm Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesince : Hükümet dairelerinden birine bağlı olarak özel unvanı haiz resmi bir teşekkül olan altıncı alay adına hibe yoluyla tapuca yapılan tescile sözü geçen alayı temsile yetkili daire tarafından muhalefet gösterilmemiş bulunduğu halde mahkemece yerinde olmayan düşüncelerle ilâmda yazılı olduğu üzere hüküm verilmesinde doğruluk görülmemiş ve bozma dileği yerinde bulunmuş olduğundan bozularak mahalline iade edilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda : bazı sebep ve düşüncelerle israra karar verilmiştir.

Temyiz eden : Midyad Maliye Hazinesi adına Nihat Alayoğlu.

Hukuk Genelkurulunca incelenerek : görüşülüp düşünüldü.

Her ne kadar yazılı sebeplerle israra karar verilmişse de akitlerin, âkitlerin kasıt ve niyetlerine göre tefsir ve mütalâası icabeder.

Vâhip dâvaya mevzu olan gayrimenkulleri hibe ederken ne alayı teşkil eden fertleri, ne de alayın heyeti mecmuasını kasdetmiş olmayıp icabını Devletin bir cüz'ü olmak itibarile alay namına izafe etmiştir. Binaenaleyh hibenin alayın mensub olduğu hukukî şahsiyet namına vâki olduğunu kabul zarurîdir. Bu neticeye ve hata, hile ve ikrah gibi bir hâl iddia edilmemiş olmasına göre rızada fesat bulunduğu yolunda bir mülâhaza da vârit olamaz. Alay komutanının kabulüne gelince hibe bir taraflı bir akit olup olmadığına münakaşa ve tetkikinden sarfınazar bu kabul ne kumandanın şahsı, ne de alayın fertleri içindir. Belki alayın mensup olduğu hukukî teşekkül namına vuku bulmuştur : Ancak mumaileyhin temsil salâhiyeti olmadığından hâdisede salâhiyetsiz temsil hükümleri cereyan etmek lâzım gelir. Bu esaslara dayanan Özel Dairenin bozma kararı yerinde olup uyulmak lâzım gelirken ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları vârit olduğundan temyiz edilen son hükmün dahi HUMK. nun 429 uncu maddesine tevfikân bozulmasına çoğunlukla karar verildi.

(Bu son) *Kararın ve mucip sebeplerinin münakaşası* (Oğuzman tarafından) :

1 — Akidlerin âkidlerin kast ve niyetlerine göre tefsiri icabettiği hususunda ileri sürülen prensip B. K. 18 de mevcut bir prensiptir. Fakat bu prensibin hâdiseye tatbik tarzı hatalıdır. Şöyle ki :

a — Bir akdin tefsiri mevzu bahis olabilmek için her şeyden evvel bir akdin mevcudiyeti şarttır. Hâdisede ise hibe akdine taraf teşkil etmiş olan alay, bir hükmî şahsiyet olmadığı cihetle bir akte taraf olamaz. Binaenaleyh hibe akdinin bir unsuru — (taraf) — eksik ve binnetice akid keenlemyekündür. Bir akid mevcut olmadığı için de tefsirinden bahsetmeye imkân yoktur.

b — Diğer taraftan, akitlerin tefsiri âkidlerin kasd ve niyetine göre yapılacaktır. Yoksa âkidlerden birinin kasd ve niyetine göre değil. Filhakika kanun «onların hakikî ve müşterek maksatlarını aramak» dan bahsetmektedir (B. K. 18). Halbuki, Yargıtay Hukuk Genelkurulu hibe akdinde yalnız vâhibin niyetini araştırmaktadır.

c — Kaldı ki vâhibin iradesinin tefsiri de indî bir şekilde yapılmıştır. Filhakika vâhip gayrimenkullerini hiçbir zaman devlete bırakmayı düşünmemiştir. Belki olsa olsa devlete, 6 ncı alaya sarfedilmeyi tazammun eden mükellefiyetli bir hibede bulunduğu söylenebilir.

2 — Hibenin tek taraflı bir akit olup olmadığına gelince, şayet bu ifade ile :

a — Hibenin yalnız bir tarafa borç yükleyen bir akid olduğu kasd ediliyorsa bunun meselede rolü yoktur.

b — Böyle değil de hibenin bir tarafın beyanile meydana geldiği kasd ediliyorsa — ki yalnız vâhibin iradesinin tefsir edilmesi bu ihtimali de vârit gösterebilir — akit daima iki tarafın irade beyanını tazammun eden bir hukukî muamele olduğu cihetle bir akit olan hibede de daima iki âkidin irade beyanının mevcudiyeti şarttır. Tek taraflı irade beyanile teşekkül eden bir hibe akdinden bahsedilemez.

3 — Alay komutanının, devleti temsil eden bir salâhiyetsiz mümessil addedilmesi de mümkün değildir. Filhakika, salâhiyetli veya salâhiyetsiz bir temsilden bahsedilebilmesi için her şeyden evvel mümessil olduğu iddia edilen şahsın, temsil ettiği şahıs namına ve hesabına hareket ettiğini bilmesi, bunu düşünmesi yani temsil niyetinin bulunması lâzımdır. Bir kimsede temsil niyeti bulunmadığı müddetçe onun mümessil olması mevzu bahis olamaz ki salâhiyetli veya salâhiyetsiz olduğu araştırılabilirsin. Binaenaleyh alayı için bir hibeyi kabul eden Alay Komutanı, muameleyi yaparken, devletin mümessili olarak hareket ettiğini düşünmediği cihetle devletin ne salâhiyetli, ne de salâhiyetsiz mümessilidir. O, devletin mümessili addedilemez.

Şu halde Hukuk Genelkurulunun hiçbir mucip sebebine iştirak imkânını göremiyoruz. Yargıtayın kararı belki «nef'i hazine» telâkkisine uygun ise de hukuk tekniği bakımından hatalıdır. Hibe akdinin muteberiyeti için yalnız vâhibin irade beyanı kâfi değildir. Bir kimse bir hayır yapmak istemesine rağmen, yapacağı muamele kanunen aranan şartlara uygun değilse sırf niyetin bir hayıra matuf olması muamelenin muteberiyeti için kâfi değildir. Binaenaleyh bir akit olması hasebile iki tarafı tazammun eden bir hibede, bir tarafın — (hükmi şahsiyeti olmaması hasebile) — mevcut olmayışı hibenin — (mahkemenin ileri sürdüğü gibi bâtil değil) — keenlemyekûn addedilmesini gerektirir.

Kanaatimizce ısrar kararının bozulması değil, onanması gerekirdi.

Oğuzman'ın bu mütalâalarına iştirak ediyoruz. İlâve edelim ki burada ölüme bağlı teberrüler hakkındaki hükümün kıyasen tatbik edilmesi düşünülebilir ise de hâdisede o hükümün aradığı şartlar mevcut değildir. Adı geçen hüküm şudur : «Hükmi şahsiyeti haiz olmayan bir cemaate muayyen bir gaye için vukubulan teberrüler, o gayenin temini şartile cemaati teşkil eden kimselere ait olur.» (M. K. m. 519). Tekrar edelim ki bu hüküm ölüme bağlı tasarruflar hakkındadır. Diğer taraftan, bu

hükümde «muayyen bir gaye için vukubulan teberrüler» bahis konusudur. Hâdisemizde ise bağışlama «muayyen bir gaye için vukubulan teberrüler» mahiyetinde değildir. Cemaat bu bağışlamayı hangi gaye için kullanacak? Tarafların iradelerinden bu hususta bir malûmat elde edilemediğine göre, adı geçen hüküm kıyasen tatbik edilemez.

§ 4 — Bağışlamanın yaşayanlar arasında bir muamele oluşu :

Bağışlama yaşayanlar arasında bir muameledir.

Mamafih, bunun miras hukuku ile bazı iştirak noktaları, bazı ilgisi vardır. Bu sebeple bazı kanunlarda bağışlama vasiyet ile birlikte ele alınmıştır. Bilhassa Fransız Medenî Kanununda durum böyledir. Bilindiği üzere Fransız Medenî Kanunu üç kitaba ayrılır. Birinci kitap «Şahıslar», ikinci kitap «Mallar ve mülkiyetin muhtelif tahavvülleri», üçüncü kitap «Mülkiyeti iktisabın muhtelif yolları» adındadır. Bu son kitabın birinci babı miras hukukuna (ki burada yalnız kanunî miras hukukundan bahsedilmiştir), ikinci babı bağışlama ve vasiyete (yani iradî miras hukukuna) tahsis edilmiştir. Görülüyor ki Fransız Medenî Kanununda bağışlama ve vasiyet mülkiyeti iktisap tarikeleri olarak ve bir bab altında nizamlanmıştır. Gine, miras hukukile olan münasebeti sebebiyledir ki eski İsviçre Borçlar Kanunu bağışlamayı almamış, kantonal medenî hukukun bir kısmı olarak bırakmıştı²⁷.

27) Fransız hukukunda bağışlamanın esaslı unsurları meyanında bir de hâlî hazırda ve rücu edilemez bir surette tasarruf hususu mevki almaktadır. Bu keyfiyete evvelce de not halinde temas ettik ve bu prensibin bizde câri olmadığını söyledik. Şimdi meseleye biraz yakından bakalım. Burada hakikatte birbirile ilgili iki esas karsındayız. 1° — Bağışlamanın Fransız hukukunda bir tasarruf teskil ettiği esası. Filhakıka Fransız Medenî Kanununun 938 inci maddesi şu hükmü muhtevîdir: «Gerekli tarzda kabul olunan bağışlama mücerret tarafların rızalarıyla tamam olur; ve bağışlanan mevzuların mülkiyeti başka bir teslim hacet kalmaksızın bağışlanana intikal eder.» Kanun burada başka bir teslim lüzum görmediğini beyanla mülkiyetin sırf rızalar yolile intikal edeceğini ve rızaların teslim yerine geçeceğini ifade etmek istemiştir. 2° — Bağışlamanın Fransız hukukunda rücu edilemez bir muamele olması esası. Bundan maksat, bağışlayanın bağışlamadan rücu edebilme hakkını mahfuz bulunduramayacağıdır. Bu, hem bağışlama hem alıkoyma birlikte yürümez mânasına gelen bir kaidedir ki Fransızlar şöyle ifade ederler: «Donner et retient ne vaut.» Mamafih bu kaide evlenme mukavelesile yapılan ağırlık («dot») tesisinde ve esler arasındaki bağışlamalarda cereyan etmez. Bizde ise rücu hakkını muhafaza kaydıle yapılan bağışlama muteberdir. Ayrıca gerek bizde gerek Fransada bağışlamadan kanunen rücu sebepleri vardır.

BAB 3

BAĞIŞLAMADAN MADUD OLMAYAN HUKUKİ
MUAMELELER

Kanunumuz bağışlamayı tarif etmek suretile bunun unsurlarını belirtmeye azçok muvaffak olduktan sonra hemen akabinde bağışlama addedilmemesi lâzım gelen bazı muameleleri zikretmek ihtiyacını duymuştur.

Filhakika Borçlar Kanunumuzun 234 üncü maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkraları,

«Henüz iktisab edilmemiş olan bir haktan feragat yahut bir mirası reddetmek, bağışlama değildir.»

«Ahlâkî bir vazifenin ifası da bağışlama sayılmaz.» demektedir.

Bu iki fıkra bağışlamadan madut olmayan bütün hukukî muameleleri sarih bir surette göstermekten uzaktır.

Evvelâ, ölüme bağlı tasarruflar da bağışlama teşkil etmiyeceği halde bunlardan bahsedilmemiştir.

Sonra, mirası reddetmenin yanına muayyen mal vasiyetini reddetmeyi de ithal lâzımdır.

Keza, sadece ahlâkî vazifenin ifasının değil, diğer tabii borçların ifasının da bağışlama teşkil etmediği söylenmelidir.

Nihayet, muâşeret borcunun ifasının da bağışlama sayılmaması gerektiği ilâve edilmelidir.

Bağışlamadan madud olmayan bu hukukî muameleleri sırasile inceleyelim :

§ 1 — Ölüme bağlı tasarruflar²⁸.

I — Ölüme bağlı tasarrufların müsterek vasıfları :

Vasiyet ve miras mukavelesi, bağışlama teşkil etmez. Çünkü bunlar, bağışlamanın hilâfına, yaşayanlar arasında muamele değildir. Ölüme bağlı tasarruflar hukukî neticelerini ölüm hâdisesi ile husule getireceğinden henüz yapıldıkları zaman mamelekte bir fakirleşme veya zenginleşme olmaz ki bağışlamadan bahis edilebilsin²⁹. Diğer taraftan, ölüme bağlı

28) Bu tâbirde tasarruf sözü geniş mânasile kullanılmakta ve neticede hukukî muameleyi ifade etmektedir.

29) Evvelki hukukumuzda hibeyi «bir malın bir kimseye ivazsız olarak derhal temlik edilmesi» tarzında tarif ederken «derhal» kaydı ile onu vasiyetten tefrik etmiş olurlardı.

tasarruflarla gerek cüz'î intikal, gerek küllî intikal temin edilebildiği halde bağışlama ancak cüz'î intikal tarikidir.

II — Vasiyet :

Vasiyet tek taraflı bir hukukî muamele olduğu halde bağışlama bir akittir.

Vasiyet rücuu kabil bir hukukî muamele olduğu halde bağışlamadan esas itibarile rücu edilemez³⁰.

III — Miras mukavelesi :

Miras mukavelesi bir akit olmak ve kaideten rücuu kabul etmemek itibarile bağışlamaya yaklaşırsa ise de hukukî neticelerini ölüm hâdisesi ile husule getirdiği ve küllî halefiyete de yaradığı cihetle bağışlamadan ayrılır.

§ 2 — Henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat :

Henüz iktisap edilmemiş bir haktan vazgeçmeye misal iştirâ, şuf'a hakkından vazgeçme, faydalı bir icabı kabul etmeme veya akdi fesihden vazgeçmedir.

Burada muhtemel bir kazançtan vazgeçilmektedir.

Henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat bağışlama değildir. Bunu kanunumuz sarahaten beyan etmiştir³¹.

Henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragatin bağışlama teşkil etmesinin sebebi bu taktirde haktan vazgeçen için hakikî bir fakirleşme bahis konusu olamayışıdır. Zira burada hak iktisap edilmemiştir ki ondan

30) Bil'akis evvelki hukukumuzda hibe kaideten rücuu cevaz veren bir akit idi, fakat rücu mânileri vardı.

31) Alman Medenî Kanununa göre de bir kimse kendisihe düşen, fakat henüz kat'î surette iktisab etmemiş bulunduğu, bir haktan bir diğer kimse lehine feragat ettiği taktirde bağışlama yoktur (B. G. B. § 517).

Bundan başka bir kimse bir başkası lehine bazı (yani muayyen) malları iktisapta ihmal gösterirse gene bağışlama bahis konusu olmaz (B. G. B. aynı paragraf).

Bu son hüküm bizde dahi mevcutmuş gibi tatbik edilmelidir. Zira burada da nev'ama henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat vardır.

Mururuzaman veya sukutu hak müddetini isteyerek gecirmek bağışlama teşkil etmez.

Bil'akis, iktisab edilmiş olan bir haktan bir başkası lehine feragat bağışlama teşkil edebilir. Borçlusunu ibra etmiş olan bir alacaklı borçlusu lehine feragat etmiş olur ve bu bir bağışlamadır. Şu şartla ki, bağışlama niyetiyle hareket edilmiş olsun ve bu niyet üzerinde taraflar mutabık kalsın.

vazgeçmekle mamelekte bir eksilme husule gelebilsin. Halbuki bağışlamanın mevcudiyeti için bir taraftan bağışlayanın mamelekinde bir eksilme, diğer taraftan da bağışlamanın mamelekinde bir zenginleşme olmalıdır.

§ 3 — Mirası veya muayyen mal vasiyetini reddetme :

Mirası reddetmenin bir bağışlama teşkil etmeyeceğini kanunumuz tasrih etmiştir³².

Mirasın reddi umumiyetle terekenin haktan ziyade borç teşkil ettiği hallerde olur. Bu takdirde bu red sebebiyle bu hisse kendisine geçen diğer bir mirasçının bir zenginleşmeye ermesi ve red edenin de hakikatte fakirleşmesi mümkün değildir.

Esasen, mirasın reddi tek taraflı bir hukukî muameledir. Halbuki bağışlama bir akittir.

Diğer taraftan, mirasın reddi özel kaidelere tâbidir (M. K. m. 545 ve müteakip).

Kanun, mirası reddetmenin bağışlama olmadığını kat'i surette beyan etmiş bulunmasa idi mesele ihtilâfa mahal verebilirdi.

Mirası reddeden bir mirasçı iktisab edilmiş bir haktan feragat etmiş olur. Bu itibarla bahis mevzuu reddin bağışlama teşkil ettiği fikri akla gelebilir. Zira burada henüz iktisab edilmemiş olan bir haktan feragat vardır denilemez. Çünkü «Miras açılınca, mirasçılar onun tamamına sahip olurlar» (M. K. m. 539, f. 1). Bilindiği üzere bu iktisab hasbel kanun ve kendiliğinden olur.

Binaenaleyh mirası red halinde mirasçının mamelekinde bir eksilme vukubulması yani mirasçının fakirleşmesi mümkündür.

32) Alman Medenî Kanununa göre sadece mirasın değil, muayyen mal vasiyetinin reddi dahi bağışlama teşkil etmez.

Keyfiyet bizde de böyle olsa gerektir.

Diğer taraftan, isabet etmiş (düşmüş) ve reddine de imkân kalmamış bir mirastan feragat, bağışlama teşkil eder (Flick, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Adaptation française de la 4e édition allemande par Porret, Neuchâtel, 1915, ad. art. 239, note 8, page 419).

Bu hususta ayrıca bakınız : Hoffmann, Bulletin sténographique de l'assemblée fédérale, 1907, page 162.

Mirası veya muayyen mal vasiyetini red etmenin bağışlama sayılmaması Romalılar tarafından da iltizam olunan bir hal şekli idi. Romalılar bunu, bağışlayanın mamelekinde bir eksilme olmamasıyla izah ederlerdi. Mirasın iktisabı hususî bir kabul muamelesine («aditio» ya) müftakir olduğu nisbette bu izah Roma hukukunda doğru idi.

Alman sarıhlerinin görüşü ve Fransız jürisprüdansının noktaî nazarı için bakınız: Code Civil Allemand, traduit et annoté par Bufnoir, etc. Tome Deuxième, page 61.

Ancak bağışlamanın mevcudiyeti için bu husus kâfi olmayıp bu fakirleşmenin bir diğer kimse lehine olması ve o kimsenin de kabulü lâzımdır.

Mirasın reddinde umumiyetle bir başkası lehine fakirleşme olmaz. Gerçi reddeden diğer kimseler müstefit olurlar (M. K. m. 551). Fakat red eden bunlar faydalansın diye yani «causa donandi» ile hareket etmez ve bunlar da böyle bir niyetle bir iktisapta bulunmazlar.

Mamafih madun derece lehine red hâdisesinde durum bağışlamaya hayli benzer. Filhakika Medenî Kanunumuzun 554 üncü maddesi şöyle bir hüküm sevk etmiştir : «Mirası reddeden mirasçılar, kendilerini velyeden derecedeki mirasçılardan tasfiyeden evvel mirası kabul veya reddetmeye davet olunmalarını talep edebilirler. Böyle bir talep vukuunda, red keyfiyeti o mirasçılara resmen tebliğ edilir ve bir ay zarfında hiçbirinin kabul etmemesi, mirasın onlar tarafından dahi reddi, hükmünde olur.»

Bu taktirde mirasın iktisabı sarıh kabule mütevakkıftır.

İşte Kanunumuz «... bir mirası reddetmek, bağışlama değildir.» hükmü ile, madun derece lehine red hâdisesinde dahi meseleyi menfi olarak hâl etmiştir.

§ 4 — Tabii borçların ifası :

Bilindiği üzere normal bir borç münasebetinde borç ile birlikte mesuliyet de mevcuttur; yani alacaklının hakkını elde etmesini temine yarayan bir cebir, bir müeyyide, bir dâva hakkı vardır.

Fakat bazı borçların yerine getirilmesi için hukuk nizamı kendi cebir vasıtalarını alacaklının emrine âmade kılmamaktadır. Hukuk nizamı bu türlü borçların mevcudiyetinden tamamen tecahül etmemekle beraber, hususî sebepler dolayısıyla, bunların ifasını bir dâva ile himaye etmemiştir. Bu hallerde borç var, mesuliyet yoktur; borç ifa edilebilir, fakat dâva edilemez.

Bu nevi borçlara Roma hukukundan beri tabii borçlar adı verilmektedir («obligatio naturalis»).

Tabii borç tâbiri, maksadı iyi ifade etmekden uzaktır. Bu itibarla gayrı tam borçlar («obligations imparfaites»), eksik borçlar sözleri de kullanılmaktadır.

Bu çeşit borç halleri muhtelifdir ve bunlar arasında türlü farklar vardır. Diğer bir deyişle, kanun vazını bu borçlardaki gayrı tam seciyayı kabule sevk eden âmilleri farklı olduğu gibi bu borçların mahiyeti de başka başkadır.

Biz bu yazımızda bu bahis hakkında etraflı bilgi verecek değiliz. Yazımız bu bahsi malûm farzeder. Ancak tabii borçların ifasının bağışla-

ma sayılmaması meselesini izah zımında bu bahsi de bir dereceye kadar tekrarlamış ve hatırlatmış olacağız.

Kanunumuz tabii borçların ifasının bağışlama teşkil etmiyeceği yolunda bir hükmü muhtevi değildir. Zannımızca bu hükmü, bağışlamanın bağışlama niyetile yapılması lüzumundan istihraç etmeiidir.

Funk, tabii bir borcun ifasında bağışlama mevcut olmayacağını kaydetmekte ve bunun sebebini bu hâlde alacaklının mamelekinin çoğalmamış olmasında görmektedir. Anlaşılan, bu müellifce, alacaklı, tabii bir borç bahis mevzuu olduğu taktirde, bu borcun doğumu ile tabii mahiyette de olsa, bir hak iktisab etmiştir; bu itibarla ifa muamelesi zaten mevcut bir hakkın yerine getirilmesinden ibarettir³³.

Guhl'e göre, gayritam bir borcun («obligation imparfaite») ifası olarak yapılan tasarrufî muameleler («actes de disposition») bağışlama teşkil etmez; zira bu hâlde bağışlama niyeti bulunmaz³⁴.

Burada hangi tabii borçların bahis konusu olduğunu görelim :

I — *Ahlâkî bir vazifenin ifası :*

Bilindiği üzere, ahlâkî bir vazifeyi ifaya hukuk icbar etmez. Hukuk dilinde ahlâkî vazife deyince hukuk sahasına intikal etmemiş, yani bir müeyyideye bağlanmayıp ifa edilmesi veya edilmemesi ferdin vicdanına bırakılmış vazifeler anlaşılır. Gerçi ahlâkın emrettiği birçok hareketleri hukuk müeyyidelendirmek lüzumunu duymuş ve bunlara hukukî vazifeler mahiyeti bâhşetmiştir. Bu takdirde, kökleri ahlâkta da olsa hukuk nizamına dahil olmuş bulunan bu vazifelere artık ahlâkî denmeyip hukukî adı verilir. «Herkes, yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûruuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir.» (M. K. m. 315).

33) Funk, Commentaire du CO, p. 166. Müellif aynen şöyle diyor:

«Il n'y a pas donation dans l'exécution d'une obligation naturelle, dans le fait de renoncer à invoquer la prescription, puisque le patrimoine du créancier n'est pas augmenté.»

(Tercümesi: Tabii bir borcun ifasında, mururuzamanı derineyan etmekten feragat hâdisesinde bağışlama yoktur, zira alacaklının mameleki artmamıştır).

34) Guhl, Le droit fédéral des obligations, p. 244. Bu müellif de şöyle ifade ediyor: «Ainsi, vu l'absence de cause juridique, les actes de disposition qui sont faits en exécution d'une obligation imparfaite, en particulier, l'accomplissement d'un devoir moral, ne relèvent pas du droit spécial de la donation.»

(Tercümesi: «Böylece, hukukî sebebin mevcut olmaması itibarile, gayritam bir borcun ifası olarak yapılan tasarrufî muameleler, bilhassa ahlâkî bir vazifenin yerine getirilmesi, bağışlamaya münhasır hukuka dahil değildirler). Müellif burada, «hukukî sebebin mevcut olmaması» ile bağışlama niyetinin bulunmamasını kast ediyor.

Şüphe yok ki bu muavenet mükellefiyetinin esası ahlâktadır, fakat kanun, hududunu ve şartlarını tâyin ederek buna hukukî bir vazife vasfını vermiş olduğundan burada ahlâkî değil hukukî bir vecibe karşısındayız. Bu maddede sayılan usul, fûru ve kardeşler haricinde bir kimseye muavenet yapıp yapılmaması ise hukuk müeyyidesi dışındadır. Bu takdirde muavenetin yapıp yapılmaması ferdin vicdanının bileceği bir şeydir. Muavenette bulunmadığı taktirde belki vicdanen muazzep olur ve hattâ belki de komşularının muahezesine maruz kalır, fakat hukuken bir sorumluluk bahis konusu olmaz ve muhtaç kimse herhangi bir dâva hakkını haiz değildir. Burada hukuk vicdan hürriyetine riayet ederek meseleyi ahlâkî sahada bırakmıştır. Fert ahlâkî vazifelerini dilerse ifa eder, ifa etmemesinin müeyyidesi vicdandır.

Bazı ahlâkî vazifeler vardır ki hukuku hiç ilgilendirmez. Meselâ bir kimsenin arkadaşı hakkında fena şeyler düşünmesi, ondan yersiz olarak şüphelenerek onun amiyâne tâbirile günahını alması ahlâken muazzep edicidir. Böyle düşünmemeyi ahlâk emreder. Fakat bu hususa hukuk karışmaz.

Diğer bazı ahlâkî vazifeler de vardır ki hukuk bunların ifası hususunda dâva hakkı vermek suretile müdahale etmemekle beraber bunların ifa edilmelerini arzu eder ve bu ifa edilise hükümler terettüp ettirir. Böylece bu türlü ahlâkî vazifeler hukuk nizamına tamamen yabancı değildirler.

Filhakika, Borçlar Kanunumuzda tasrih edildiği gibi, «Ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şey geri alnamaz.» (B. K. m. 62, f. 2). Yani bu taktirde borç olmayan bir şeyin tediyesi bahis konusu olmaz. Binaenaleyh bir kimse, hukukî bir borcu ifa ettiği zannile, ahlâkî bir vazifeyi ifa etse, verdiği geri alamaz.

Alman Medenî Kanununa göre, ahlâkî bir borcun ifası, esas itibarile, bir bağışlama olarak telâkki edilir. Mamafih, buna, bağışlamaya mütedair hükümlerin ancak bazıları tatbik olunur. Netekim, yoksulluğa düşmekten dolayı istirdat ve nankörlükten dolayı rücu kaideleri bu türlü bağışlamada cereyan etmez. Filhakika Alman Medenî Kanununun 534 üncü maddesi «Ahlâkî bir vazifeye ... istinat eden bağışlamalar ne istirdada (geri vermeye), ne de rücu müncer olmaz» yollu bir hükmü muhtevidir.

Borçlar Kanunumuz ise 234 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında «Ahlâkî bir vazifenin ifası da bağışlama sayılmaz» diye sarih bir hükümle Alman Medenî Kanununun aksî bir görüşü kabul etmiştir. Buna nazaran burada bağışlama hükümleri tatbik edilmez ve meselâ bağışlanan malların istirdadına müteallik 244 üncü madde (B. K.) câri olmaz.

Hukukî sebep mefhumu bakımından, bizim hüküm daha doğrudur zannederiz. Zira ahlâkî de olsa bir borcun ifası maksadile yapılan bir muamelede bağışlama niyetinden («causa donandi» den) bahsedilemez.

Ahlâkî vazife mefhumunun sınığını tâyin, ahlâkî vazifenin nerede başlayıp nerede bittiğini kestirme, hangi vazifelerin ahlâkî, hangilerinin hukukî olduğunu veya başka bir kategoriye mensup bulunduğunu söyleme doktrinde ihtilâflı bir meseledir. Bazı müellifler ahlâkî vazifeyi geniş bir surette anlayarak buna bilfarz muaşeret vazifelerini de ithal ederler. Diğer bazı müellifler ise ancak ahlâkî hislerle hareket edildiği takdirde ahlâkî vazifeden bahsederler.

Diğer bir mesele de burada kıstasın objektif mi, yoksa sübjektif mi olacağıdır. Zannımızca kaideten normal bir adamın telâkkisini esas almak gerekir ise de bazı hallerde objektif değil, sübjektif bir ölçü tatbik edilmelidir. Filhakika ahlâkî bir borcun, bir vazifenin mevcut olabilmesi için fâilin ahlâkî bir vazifeyi ifa düşüncesile hareket etmesi kâfidir; umumiyetle yani umumun nazarında böyle bir vazifenin mevcut kabul edilip edilmemesi önemi haiz olmayabilir. Fâil ahlâkî bir vazifeyi ifa düşüncesile hareket etmişse, bağışlama arzusu (bağışlama sebebi - «causa donandi») mevcut bulunmayacağından, bağışlama bahis konusu olmaz (ATF, 53, II, p. 199; yahut Praxis, cilt XVI, No. 118; veyahut JdT, 1928, I, 12).

Bir kimsenin kanunen nafaka vermekle mükellef olmadığı fakir, fakat uzak bir akrabasına yardımda bulunması ahlâkî bir vazifenin ifasıdır. Burada bir bağışlama yoktur ve yapılan yardım, meselâ verilen para, geri istenemez.

Bedava yapılan mühim bir hizmete mukabil para veren kimse ahlâkî bir vazife ifa eder (ATF, 46, II, 41; yahut Praxis, cilt IX, No. 20). Bu kimse bağışlamada bulunmuş olmaz ve verdiği paranın iadesini talep edemez.

Gayri meşru çocuğuna ayda 30 lira tediyesine mahkûm olmuş bir baba bu miktarı az görerek bunu ihtiyarile 80 liraya çıkarıp bu meblâğı ödeşe aradaki fark ahlâkî bir vazifenin ifası olarak tediye edilmiş sayılacağından bağışlama değildir ve baba bu farkın geri verilmesini isteyemez (Ferit H. Saymen, Borçlar Hukuku Dersleri, sahife 40 - 41).

Besleme denilen hizmetçi çocuğa iâşe masraflarında bulunan efendisi ahlâkî bir vazifeyi ifa etmiş olur ve bu masrafları geri isteyemez (Bu husustaki Yargıtay kararı için bakınız : Huk. Fak. Mec., cilt XI, sah. 466 v.d.). Burada ahlâkî bir vazifenin ifası bahis konusu olduğundan yapılan iâşe masrafları bağışlama da teşkil etmez.

Borçlar Kanunumuzun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrası der ki : «Hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder.». Bu mesuliyetin mevcudiyeti için aranan şartlardan ilki şudur : Eğer fâil

temyiz kudretini haiz olsa idi fiili bir kusur teşkil edecek idi ise hakikatte temyiz kudretini haiz olmasa bile mesul olur. İkinci şart da bu mesuliyeti hakkaniyetin, nasafet kaidelerinin icab ettirmesidir. Bu hususta, mamelekler arasındaki önemli fark nazara alınır ve zararın üçüncü bir şahıs tarafından tazmin ettirilememesi gerekir.

İşte, temyiz kudretini haiz olmayan bir şahsın velev bu kudrete malik olsa idi gene kusuru bulunmayacak bir fiille ika ettiği bir zararı tazmin etmesi, hâdisesine göre, bilhassa mamelekler arasında ehemmiyetli bir fark mevcut olduğu takdirde, ahlâkî bir vazifenin ifasıdır. Tazminat zımında ödenen para bağışlama teşkil etmediği gibi borç olmayan bir şeyin tediyesi de sayılmaz ve geri istenemez.

Bil'akis, şekil noksanı yüzünden bâtil bir akdi ifa etme yolunda ahlâkî bir vazife yoktur. Gerekli şekiller dairesinde yapılmamış bir ölüme bağlı tasarruf hakkında da durum böyledir.

Fransız Medenî Kanununun 1340 ıncı maddesi hükmüne göre, şekil noksanı sebeble bâtil bir bağışlama, bağışlayanın ölümünden sonra mirasçıları tarafından ifa edilirse geri almamaz. Fransız müellifleri bu hükmü tabii borç mefhumuna müracaatla izah etmektedirler. Fransız jürisprüdansı aynı hal tarzını ölüme bağlı tasarruflar hakkında da kabul etmektedir. Kanaatimizce bu hallerde ahlâkî bir vazifenin ifasından bahsetmemelidir; başka bir tabii borcun mevcudiyeti kabul edilmelidir.

II — *Ahlâkî bir vazifenin ifasını taahhüt :*

Ahlâkî bir vazifenin ifasını taahhüt mümkün ve müteberdir. Mameleket böyle bir taahhütte hukuken borç altına girme niyeti ekseriya mevcut değildir. Fakat hukuken bağlanma iradesinin bulunduğu da vakidir.

Alman Medenî Kanununa göre, ahlâkî bir vazifenin ifasını taahhüt bağışlama taahhüdü teşkil eder ve bunun tâbi olduğu şekle muhtaçtır. Bu şekil dairesinde yapılmamışsa hukukî sahaya intikal etmeyip ahlâkî bir vaad olarak kalması gerekir zannediyoruz.

Borçlar Kanunumuza göre ise ahlâkî bir vazifenin ifasını taahhüt bağışlama taahhüdü sayılmaz. Bu telâkinin neticesi olarak da böyle bir taahhüt şekilden azadedir.

İsviçrede Federal Mahkemenin bir kararına göre, ahlâkî bir vazifenin ifasını vaad veya taahhüt hukukî mesnedden mahrum ve binnetice hükümsüzdür. Federal Mahkeme böyle vaadlerde hukuken borç altına girme niyetinin ekseriya mevcut olmadığını haklı olarak belirtmektedir (ATF, 19, p. 162, 42, II, p. 56; Praxis, 8, No. 84; yahut ATF, 45, II, p. 291).

v. Tuhr, Federal Mahkemenin mucip sebeplerini esas itibarile doğru bulmakla beraber, ahlâkî bir vazifenin ifasını taahhütte hukukî bir mesned

görmekte ve bunun teberrü niyeti olduğunu kaydetmektedir. Binaenaleyh bu taahhüt bağışlama taahhüdü olur ve bunun şekline tâbi tutulurdu ama kanun ahlâki bir vazife ifasının (elden) bağışlama addedilmemesi gerektiğini ve binnetice ahlâki bir vazifenin taahhüt edilmesinin bağışlama taahhüdü teşkil etmiyeceğini söylememiş olsa idi (v. Tuhr, CO, § 4, p. 30, not 8 b).

Anlaşılan, v. Tuhr'a göre, olması lâzım gelen hukuk bakımından, ahlâki bir vazifenin ifasını taahhütte bağışlama taahhüdü mahiyeti görmek ve bu itibarla bu taahhüdü bağışlama taahhüdünün tâbi olduğu şekle bağlı kılmak ve böylece ona sağlam bir hukukî veçhe vermek münasip olurdu.

v. Tuhr bu görüşünü bağışlamaya dair makalesinde de ifade etmiş ve şöyle demiştir :

«Bu hüküm (ahlâki bir vazifenin ifasını taahhüdün bağışlama teşkil etmemesi ve binnetice şekle bağlı olmaması), hayat icaplarına uygun mudur, bilmiyorum. Misâl olarak şöyle bir hâl düşünelim : Bir kimse fakir olan uzak bir akrabasına ölünceye kadar bakacağını taahhüd etmiş olsun. Böyle bir şifahi taahhüdün lüzum ifade etmesi bence şüpheli görünüyor. Çünkü bir ahlâki vazife bahis mevzuu olduğundan taahhüt edende çok kere hukukî bir bağlantı kasdı yoktur. 243 üncü madde (bizde B. K. m. 238) mucibince sadece tahririlikten ibaret olan hibe şeklini şart koşmak daha doğru olmaz mı idi ?»³⁵.

III — Kumar ve bahis borcu :

Hukuk nizamınca, kumar ve bahis muhakkak surette ahlâka aykırı telâkki edilmemekle beraber hukuken korunmaya lâyık de görülmemektedir³⁶. Bu itibarladır ki Borçlar Kanunumuzun 504 üncü maddesi şöyle bir hüküm sevketmiştir : «Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevlit etmez.» Diğer taraftan, Borçlar Kanunumuzun 505 inci maddesinin 2 nci fıkrası esas itibarile «bil' ihtiyar verilen kumar akçesi geri alınamaz» demektedir. Burada, dâva edilemiyen, fakat ifa edilebilen bir borç vardır. Bu, tabii (veya daha doğru bir tâbir ile eksik) borçlara bir misaldir.

35) v. Tuhr, adı geçen makale, sayfa 1720.

Bahsedilen maddeye göre bağışlama taahhüdünün mevzuu menkul ise yazılı şekil, gayrimenkul ise resmi senet lâzımdır.

Pek kıymetli hocamız Ord. Prof. Samim Gönensay da ahlâki vazifelerin ifası taahhüdünü hibe taahhüdü mahiyetinde görmektedir (Samim Gönensay, Borçlar Hukuku, birinci cilt, 1948, sahife 17).

36) Schwarz, B. H. D. sahife 93.

Dâva hakkı mevcut olmadığını bildiği halde, borçlu böyle bir borcu yerine getirirse bir bağışlama bahis konusu olamaz. Çünkü burada sebep «causa solvendi» dir, yani taraflar bir borcun ifasını kast ve kabul etmişlerdir; tarafların arzusu ivazsız bir kazandırıcı muamele vücade getirmek yani «causa donandi» olmadığı cihetle, eksik bir borcun ifası bağışlama teşkil etmez^{37-37 B.}

IV — Evlenme tellâllığı :

Evlenmenin tellâllar vasıtasile yapılması ve bu hizmetlerinden dolayı evlenme tellâllarına bir ücret verilmesi, evlenmedeki ahlâkî düşünceye aykırı olduğu cihetle evlenme tellâllığı hukuken nahos bir sanat telâkki olunur. Filhakika evlenme tamamen serbest bir irade ile, tavassutsuz ve tarafların birbirini tanıyarak yapılması istenen bir hukukî muameledir. Halbuki tellâlların, çiftleri evlendirmekte menfaati olacağından tellâllar tarafları evlenmeye adeta sürükleyebilirler. Tatbikatta rastlanan bir tezahür olan evlenme tellâllığına hukukun iyi bir gözle bakmadığı muhakkaktır. Bununla beraber kanun evlenme tellâllığını men edecek kadar ileri gitmemiştir. Gidemezdi, çünkü çöpçatan tellâlların mevcudiyeti bir vakıadır. Bu itibarla kanun mutavassıt bir hal tarzı ihtiyar etmiştir.

Bu sebeple, Borçlar Kanunumuzun 408 inci maddesi «evlenme tellâllığı ücrete hak bahşetmez» demektedir. Bu maddeyi «ücrete hak bahşetmez» şeklinde değil, ücreti talep hususunda dâva hakkı bahşetmez tarzında anlamak muvafık olur.

Evlenme tellâllığında tellâllık ücreti arzu ile ödenirse bu ücreti, borç olmayan şeyin tediyesi olarak, geri istemek mümkün değildir. Alman Medenî Kanununun 656 ncı maddesi bunu açıkça ifade etmektedir.

Tellâllık ücretinin ödenmesi ahlâka aykırı bir maksat için verilen bir şey de sayılamaz.

Burada da dâva edilemiyen fakat ifa edilebilen bir borç vardır. Bu itibarla tellâllık ücretinin arzu ile ödenmesi bir bağışlama teşkil etmeyip eksik, tabii bir borcun ifasıdır. Bu tediye ile tellâlin mamelekinde bir ziyade husule gelmez, zira tellâl esasen hak ettiği fakat dâva edilmesi kabil olmayan bir ücrete nail olmuştur.

37) v. Tuhr, CO, p. 29.

37 a) Rossel, kumar borcunu ödeme vazifesini ahlâkî bir vazifenin ifası addetmek temayülünde olup bir kimsenin kumarda kaybettiğini ödemesi gerektiği yolunda ahlâkî bir borç bulunduğu keyfiyetinin kabul edilebileceği fikrindedir.

Kanaatimizce ise burada ahlâkî bir vazifenin değil, eksik borclardan kumar borcunun ifası halinin bahis mevzuu olduğunu söylemekte fayda vardır. Gerçi ahlâkî vazife dahi tabii bir borç teşkil eder; fakat kumar borcundan su suretle ayrılır: Ahlâkî borcun sadece ifası değil, taahhüt edilmesi de mümkündür.

V — *Müruruzamana uğramış borç :*

Bilindiği üzere, bir borç müruruzamana uğradığı zaman, borçlu müruruzaman def'ine dayanarak ifadan imtina edebilir.

Diğer taraftan, müruruzamana uğramış bir borç, bilinmiyerek ifa olunmuşsa, bunu geri istemenin imkânı yoktur. Filhakika Borçlar Kanunumuzun 62 nci maddesinin 2 nci fıkrasında «müruruzamana uğramış olan bir borcu eda... için verilen şey geri alınamaz» denilmektedir.

Keza, müruruzamana uğradığı bilindiği halde, borç gönül rızasile yerine getirilirse burada bir ifa bahis konusu olup bağışlama mevcut değildir. Zira kazandırıcı muamelede bulunan kimsenin maksadı bağışlamada bulunmak değil, eksik yani müeyyidesiz de olsa bir borcu ifa etmektir. «Causa donandi» değil, «causa solvendi» vardır. Taraflar bu maksat üzerinde uyusmalıdırlar ve bu mutabakat hasıl olduğu takdirde hiçbir mesele yoktur. Hülâsa, müruruzamana uğramış bir borcu eda bağışlama sayılmaz, zira burada da eksik bir borç münasebeti mevcuttur.

VI — *Konkordato :*

Konkordato ile borcundan beri olduğunu bilerek bu borcu tamamen ödeyen müflis bir bağışlamada bulunmuş sayılamaz. Zira v. Tuhr'a uyararak diyebiliriz ki, burada da eksik bir borç mevcuttur. Konkordatonun eksik, tabii bir borç bıraktığı kabul edilmedikçe bu tediyeinin niçin bağışlama teşkil etmediğini izah mümkün olamaz. Mamafih Becker bu halde bir bağışlamanın mevcut olmayacağını kabul etmekle beraber eksik bir borç görüşüne taraftar değildir. Fikrince ödeme eski borç üzerinden yapılmıştır; gerçi konkordato neticesi olarak bu eski borçtan beri olmuştu, alacak hakkı terk edilmişti; fakat bu bilindiği halde vukubulan tediye ile bu terk tarafların zimni mukavelesile ortadan kaldırılmış ve binnetice eski borç ihya edilmiştir. Becker'in şu hal tarzı v. Tuhr'a haklı olarak pek sunî görünmektedir. v. Tuhr'un dediği gibi ibra neticesi ortadan kalkan bir borç veya alacak bir mukavele ile hayata avdet ettirilemez, canlandırılmaz.

VII — *Dâva ve icranın mevcut olmayacağı mukavelesi :*

Bazı müelliflere göre, bir akit yapılırken onda dâva ve icranın mevcut olmayacağı taraflarca mukavele olunabilir.

Buna rağmen borç gönül rızasile ifa edilirse bu ifa dahi bağışlama teşkil etmez. Çünkü burada da tabii bir bor vardır³⁸.

38) Schwarz, B. H. D. sahife 96; v. Tuhr, CO, § 4, p. 33.

Bir akit yapılırken onda dâva ve icranın mevcut olmayacağı taraflarca muka-

VIII — *Hüsnüniyet sahibi zilyedin yaptığı zarurî ve faydalı sarfiyat :*

Medenî Kanunumuzun 907 nci maddesi (fıkra 1) şöyle bir hükmü muhtevîdir : «Bir şeye hüsnüniyetle zilyed bulunan kimse o şeyin reddini (iadesini) istiyen müddeiden yapmış olduğu zarurî ve faydalı sarfiyatın iadesini talep ve tediye zamanına kadar o şeyi hapis edebilir.»

Hüsnüniyet sahibi zilyedin yaptığı bu masraflar nâkıs, gayrı tam, tabii bir borç doğurur. Vakaa maddede hüsnüniyet sahibi zilyede yapmış olduğu zarurî ve faydalı masrafları talep hakkı tanınmaktadır. Fakat burada teknik mânada bir talep hakkı («Anspruch») yoktur. Zilyed, yaptığı zarurî ve faydalı masrafların ödenmesine ne icbar edebilir, ne de bu hususta bir dâva açabilir; ancak bir defide bulunabilir ve bu itibarla masraflar ödeninceye kadar malı iadede imtina edebilir. Bir defa malı iade etti mi, artık masrafların ödenmesine icbar için elinde hiçbir hukukî vasıta kalmaz; meğer ki mâlik, kendisine bu masrafları tazmin edeceğini taahhüt etmiş olsun. Mamafih ortada tabii bir borç kalır. Filhakika, malın iadesinden sonra, mâlik masrafları, dâva hakkı mevcut olmadığını bilecek, öderse bir bağışlamada bulunmuş olmaz. Keza, bu tediye sırasında kendisini hataen borçlu zannederek hareket etmişse, borç olmayan şeyin tediyesinden bahsile istirdat talebinde bulunamaz^{38 a}. Bu iki nokta tabii borç bulunduğunun delilidir. Tabii bir borcun mevcut olduğu yerde borcun tediyesi vardır, borcun tediyesi mevcut olunca da borç olmayan şeyin ödenmesi bahis mevzuu olamaz. Diğer bir ifade ile, «causa solvendi» nin, ödeme sebebinin mevcudiyeti için tabii bir borcun varlığı kâfidir.

§ 5 — *Muaşeret kaidelerinin ifası :*

Bazı vazifeler vardır ki bunların ifasına bizi muaşeret kaideleri icbar eder. Bahşişler ve mutad hediyeler böyledir³⁹. Bahşişlerde veya mutad hediyelerde bulunmaya muaşeret kaideleri itibarile kendimizi mecbur hissederiz.

vele edilemeyeceği fikrini kabul eden ekseri müellifler usul hukukunun âmme hukukuna dahil bulunduğunu ileri sürmektedirler.

Böyle bir mukaveleyle tevcih eden müellifler ise şöyle demektedirler: Taraflar nasıl ki mesuliyeti tahdid edebiliyorlar, bunu tamamille bertaraf dahi edebilirler.

38 a) v. Tuhr, CO, § 4, n. 5, sahife 31; Arsebük, Borçlar Hukuku, § 3, sahife 28, n. 7 (3 üncü tabı, 1950).

39) Evvelki hukukumuzda hibeden maada hediye, sadaka ve ibahe vardı.

Hediye, bir kimseye ikramen verilen veya gönderilen maldı.

Sadaka, şevab için fakire hibe olunan maldı.

Ibahe, bir kimseye yiyecek veya içilecek bir şeyi ivazsız olarak yiyip içmek hususunda izin ve ruhsat vermektir.

Bahşişlerin veya mutad hediyelerin bağışlama sayılıp sayılmıyacağı doktrinde münakaşalıdır.

Bahşişler için yerine göre pek mecburî bir mahiyet ve binnetice, müeyyidesiz de olsa, bir nevi borç mevcut olduğu inkâr edilemez. Kaldı ki, bazı yerlerde bahşişler hesaba dahildir; ve bu usul gittikçe taammüm etmekte ve bir âdet halini almaktadır. Binaenaleyh, bahşişlerin bağışlama sayılmaması telâkkisinde hâdiselere, realiteye uygunluk ve dolayısıyla isabet olsa gerektir.

Mutad (yani âdet üzere verilen) hediyelerin bağışlama sayılıp sayılmıyacağı hususunda leh veya aleyh fikri iltizam daha zordur. Eğer fikrimizi tasrih lüzumu varsa, biz şahsen bunların da bağışlama sayılmaması tezine meyyal olduğumuzu kayıt edeceğiz. Bu tercihin sebebine gelince bunu birazdan belirtmeye çalışacağız.

Evvelâ şunu söyliyelim ki bahşişler gibi mutad hediyeler de muaşerete dayanırlar ve ahlâkî vazife ile muaşeret kaideleri arasında ince bir fark vardır. Netekim Alman Medenî Kanunu (§ 534) ahlâkî vazifeden başka muaşeret mülâhazasını da zikretmiştir. Borçlar Kanunumuz ise (madde 234), ahlâkî bir vazife ifasının bağışlama sayılmıyacağını sarahaten beyan etmiş olduğu halde, muaşeret kaidesi hususunda sâkittir. Diğer taraftan, Medenî Kanunumuz âdet üzere verilen veya mutad hediyeleri tenkisten ve iadeten istisna etmiştir (M. K. m. 507, no. 3; m. 609).

Bu sükûtun ve istisna edişin mânası nedir ?

Fick'e göre, muaşeretin emrettiği teberrüler ahlâkî vazife ile yapılmış olanlara dahildir; İsviçre Kanunu Alman Medenî Kanununun muaşeret borcu («Anstandspflicht») ile ahlâkî vazife mefhumlarını bir tek mefhumda toplamıştır⁴⁰.

Funk'a göre de mutad hediyeler ahlâkî vazifeye dayanır⁴¹.

İsviçre Borçlar Kanununun 63 üncü (bizim 62 inci) maddesi münasebetile yani haksız iktisap bahsinde «ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şey geri alınmaz» tarzındaki hüküm vesilesile ahlâkî vazifeyi muaşeret borçlarından kesin surette tefrik eden Oser dahi bağışlama bahsinde ahlâkî vazife mefhumunu muaşereti de ihtiva edecek surette geniş bir tarzda tefsir etmektedir⁴².

Bu müellifler neticede, muaşeret kaidesine tevfiikan yapılan hediye bağışlamadan ayırt etmekte, yani bağışlama saymamaktadırlar. Bu neticeye ise ahlâkî vazife mefhumunu geniş anlamak suretile varmaktadırlar.

40) Fick, Commentaire du CO, note 56 avant art. 239.

41) Funk, Commentaire du CO, p. 166.

42) Oser, Commentaire du CO, ad. art. 63 et art. 239.

Mutad hediyelerin bağışlamadan madut olmaması neticesi bize arzuya şayan görünüyor. Fakat ahlâkî vazifenin ifasıdır diye değil, muaşeret borcunun yerine getirilmesi olduğu için bu yola gitmelidir. Borçlar Kanunumuzun muaşeret kaidelerinden bahsetmeyişi ahlâkî vazife mefhumunun geniş bir tarzda anlaşılması gerektiği yolunda tefsir etmemelidir. Borçlar Kanunumuzda bu noktada bir boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve ahlâkî vazifenin ifası (veya taahhüdü) bağışlama olmadığı gibi muaşerete dayanan bir mutad hediye de bağışlama sayılmamalıdır. Böylece muaşeret kaidesi ahlâkî vazifeye benzetilmelidir.

Guhl böyle yapmaktadır⁴³.

Zannımızca Medenî Kanun da bu tefsir tarzına aykırı bir hususu ihtiva etmemektedir.

v. Tuhr bu noktada aksi kanaattedir. Diyor ki :

«Bu hüküm (mutad hediyein bağışlama sayılmaması kaidesi) bence arzuya şayan olmakla beraber şüphelidir. Çünkü M. K. 527 (507) nci madde 3 üncü numarasında ve 632 (609) uncu maddesinde «mutad vesilelerle (âdet üzere) verilen hediyelerin» hibe mefhumu içinde bulunduğu telâkkisinden hareket etmiştir. Böyle olmasa idi kanun, ahlâkî vazifeden dolayı yapılan teberrülerden hiç bahsetmediği halde bu kabil hediyeler için bir istisna koymağa kendisini mecbur tutmazdı. Fakat M. K. ve Borçlar Kanunu da doğumları icabı teşriî bir vahdet sayıldığından bu kanunlardan herbirinin öbürü ile âhenkli olarak tefsiri lâzımdır. Bundan da 239 uncu maddede (bizde 234 üncü maddede) ancak kelimenin tam mânasile ahlâkî vazifeye istinad eden teberrülerin (kazandıracı muamelelerin) kastedilmiş olduğu neticesi çıkmak icabeder.»⁴⁴

v. Tuhr'un bu mütalâasına katılmıyoruz. Bize öyle geliyor ki Medenî Kanunun «mutad hediyeler» veya «âdet üzere verilen hediyeler» tâbirini kullanmış olması mânîdardır. Kanun koyucu niçin «hibe» kelimesini kullanmayıp «hediye» den bahsetmiştir? Gerek bizde, gerek mehzada «hediye» sözü ile «hibe» tâbiri arasında bir tefrik yapılmaktadır. Bunun (bu ayırmanın) ifade ettiği mâna «mutad hediye» veya «âdet üzere verilen hediye» nin «hibe» sayılmaması fikrini çürütecek mahiyette olmayıp bil'akis kuvvetlendirecek bir seciye arzeder⁴⁵.

43) Guhl, Le droit fédéral des obligations, p. 244.

44) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1720-1721.

45) Medenî Kanunumuzun «hibe» dediği yerde İsviçre Medenî Kanunu «donation» demistir. Bizim «mutad hediye» veya «âdet üzere verilen hediye» tâbirimize mukabil mehzad «présent d'usage» sözünü kullanmıştır.

§ 6 — İvazsız kullandırma :

Bir şeyin (menkul veya gayrimenkul) sadece kullanılmasının ivazsız olarak başkasına devri bağışlama teşkil etmez⁴⁶.

Fakat kullandırma aynı hakkın ivazsız olarak devri tarzında vuku buluyorsa bağışlama teşkil eder. Meselâ sükna hakkı bağışlamaya mevzu olabilir.

Keza bir kiracının kira akdi ile haiz olduğu hakları meccanen diğer bir kimseye devretmesi de bağışlamadır.

§ 7 — İvazsız hizmet etme :

Hizmet te, ücretsiz dahi yapılmış bulunsa, bağışlama mevzuu olamaz; çünkü bununla bir kazandırıcı muamele vücut bulmaz.

Fakat kaideten ücreti istilzam edecek olan bir faaliyeti, bir kimsenin mamelekini zenginleştirmek (mamelek azalmasını önlemek) maksadile ivazsız olarak ifa etmek bağışlama teşkil edebilir. Bu hususta, faaliyette bulunacak olan şahsın mesleği önemi haiz olabilir. Meselâ bir avukat, arkadaşlarından birini mahkemede ücretsiz olarak temsil ettiği veya etmeyi taahhüt eylediği taktirde bağışlama bahis mevzuu olabilir. Farzediyoruz ki bu faaliyet ücrete müstahaktır ve temsil olunan arkadaş bu ücreti ödemeye mecbur tutulabilir. Avukatın maksadı, arkadaşının mamelek azalmasını önlemek suretile ona ivazsız olarak bir kazandırıcı muamelede bulunmak ise ve diğer taraf ta bunu bu maksatla kabul ediyorsa bağışlama mevcud olur⁴⁷.

46) Evvelki hukukumuzda da böyle idi. «Su hânem sana hibe olarak sükna dır» veya «Şu hânem sükna dır, hibe olarak» denilse hibe icabı mevcud olmazdı. Çünkü bu sözler yalnız âriyeti ifade ederdi. Zira kuvvet sükna kelimesine verilmiş olurdu ki, bu da menfaatleri temlikte kullanılırdı, yoksa malın kendisini değil.

Fakat «Şu hânem sana hediye dır, içinde sâkin olursun» (oturursun), sözü hibe icabı olarak kabul edilirdi, «İçinde sâkin olursun» kısmı bir tefsir değil, bir meşveret, maksuda işaret ad olunurdu. Burada kuvvet hânenin meccanen temlikinde olduğundan hibe icabı karşısında kalırdı. Keza, kocanın karısına «Şu elbiseyi al giyin» veya «Şu küpeleri al takın» demesi gibi sözler hibe icabı mahiyetinde telâkki olunurdu.

47) Bu mesele hakkında karşılaştırmamız: Fick, Commentaire du CO, sahife 415, not 38.

Bu müellifin ayrıca işaret ettiği gibi üçüncü şahıs lehine hayat sigortası aktetmek kaideten bağışlama değildir (ne eiden bağışlama, ne de bağışlama taahhüdü).

Keza doktora payesi gibi para ile takdiri kabil olmıyan ünvanlar bahsetme bağışlama değildir, çünkü burada hukuki mânada bir kazandırıcı muamele yoktur; payeyi verenin mameleki azalmış, alanınki çoğalmış olmaz. Doktora payesi bir tahsil neticesi verilyorsa bu tahsilin ifası ile doktor ünvanına esasen hak kazanılmış olur. Bu taktirde payenin tevcihi adeta bir borcun ifası mahiyetindedir. Payenin

BAB 4

BAĞIŞLAMANIN DİĞER BAZI HUKUKİ MUAMELE VEYA
MÜNASEBETLERDEN FARKI

§ 1 — Bağışlamanın ivazlı akitlerden farkı :

Bağışlama taahhüdü mülkiyetin nakli vecibesini doğurmak itibarile satıma ve trampaya benzer ise de ivazsız olmak cihetinden bunlardan ayrılır.

2 § — Bağışlamanın diğer ivazsız akitlerden farkı :

Bağışlama ivazsızlık noktasından âriyet, vedia ve kefalet gibi akitlere benzer ise de mülkiyetin nakli veya bunu taahhüt bakımından bunlardan ayrılır.

§ 3 — Bağışlamanın tesisten farkı :

Bağışlama ivazsızlık cephesinden tesise benzer ise de şu iki noktadan ondan ayrılır :

1° — Bağışlama bir akit olduğu halde tesis tek taraflı bir hukukî muameledir. Bir malın muayyen bir maksada tahsisi demek olan tesis, resmî bir senedle yahut vasiyet tarikile vücut bulur (M. K. m. 73 ve 74).

2° — Bağışlamada bağışlanan zaten mevcut bir kimse olduğu halde tesiste hükmi şahıs tesis sayesinde vücut bulur. Filhakika hakikî mânada bir tesisten bahis edebilmek için malın muayyen bir maksada ayrı ve müstakil olarak tahsis edilmesi gerekir; tahsisin zaten mevcut bir hükmi şahsa yapılması kâfi gelmez. Mektebin sermayesini çoğaltmak için köye yapılan bağışlama hakikî bir tesis teşkil etmez; çünkü bu taktirde yeni bir hak sahibi vücade getirilmiş değildir; burada ancak tâbî bir tesis vardır.

verilmesi «honoris causa» vuku bulmuş ise bu halde belki bir borcun ifası yoktur ama paye para ile taktiri kabil olmadığından bağışlamadan bahsedilemez.

Bir kimseye meselâ muayyen bir para meccanî olarak verilse fakat bu kimsenin parayı kendisi için kullanamayıp tamamen (bütün parayı) muayyen bir ideal gaye uğrunda harcıyacağı meselâ bu paranın hepsile bir hayır işliyeceği şart edilmiş olsa burada mükellefiyetli bir bağışlama mı vardır, yoksa hiçbir bağışlama yok mudur? Bu meselede, Alman müelliflerinden Staudinger ile İsviçereli Fick ihtilâf halindedir. Birincisi hiçbir bağışlama mevcut olmadığı, ikincisi mükellefiyetli bağışlama bulunduğu fikrindedir.

§ 4 — Bağışlamanın karzdan farkı⁴⁸ :

Karz mülkiyetin nakli taahhüdü olmak itibarile bağışlama taahhüdüne benzetilebilir ise de bu iki akit arasında aşikâr farklar vardır :

Karzın mevzuu para veya diğer misli şeylerdir. Bağışlamanın mevzuu ise her türlü mal olabilir.

Karz ivazsız olabileceği gibi ivazlı da olabilir. Halbuki bağışlama ivaz kabul etmez; ancak bir mükellefiyetle takyid edilebilir⁴⁹.

Karzda, ödünç alan, aynı vasıf ve neviden şeyleri aynı miktarda geri vermekle mükellef olur. Halbuki bağışlamada, bağışlananın hukuken hiçbir borcu yoktur; ancak tâli mahiyette olarak — ve o da mükellefiyetli bağışlamaya münhasır bulunarak — mükellefiyetin icrası bahis konusu olabilir.

Nişanlı kızın nişanlı erkeğe, onu kızın ana - babası nazârında paralı göstermek ve bu suretle bu ana - babanın evlenmeye dair izinlerini istihsal etmek maksadile, bir miktar para teslim etmesi bağışlama teşkil etmeyip karz (veya vekâlet) akdini meydana getirir. Evlenme icra edilmediği takdirde, nişanlı erkek parayı geri vermekle mükelleftir (54, II, 285) [1929, I, 77].

§ 5 — Bağışlamanın salâhiyetsiz (vekâletsiz) işgörmeden farkı :

Bir kimse, bağışlama niyeti olmaksızın, bir akraba çocuğunu infak ettiği takdirde salâhiyetsiz (vekâletsiz) iş görme münasebeti doğar ve bu çocuğun infakiyle mükellef şahsa rücu edilebilir (TF. 55, II, 263).

§ 6 — Bağışlamanın haksız (sebepsiz) iktisaptan farkı :

Haksız iktisapta kazandırıcı muamelenin sebebi ya hiç yoktur, ya da vardır ama tahakkuk etmemiştir veya batıldır yahut sonradan ortadan kalkmıştır (B. K. m. 61).

Bağışlamada ise sebep vardır ve «causa donandi» dir.

48) «Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur.» (B. K. m. 306). Hukukumuzda göre karz gayri tam olarak iki taraflı bir akittir. («contractus bilaterales inaequales»). Bu akit her iki tarafa borç yükler. Fakat bu borçlar birbirinin karşılığı (ivazı) değildir. Ödünç verenin borcu para veya diğer misli şeyin mülkiyetini nakil etme taahhüdüdür. Ödünç alanın borcu ise ödünç aldığı şeylere nazaran aynı vasıf ve neviden şeyleri aynı miktarda geri verme taahhüdüdür. Bu iade borcu bir mukabil edim («contre-prestation») olmayıp teslimin hukuki bir neticesidir.

49) «Karzda faiz şart kılınmamış ise âdi muamelelerde fâiz lâzım gelmez. Ticaret muamelelerinde, şart edilmemiş olsa dahi faiz verilmek lâzımdır.» (B. K. m. 307).

K I S I M II

BAĞIŞLAMANIN NEVİLERİ

Plân

§ 1 — Bağışlama taahhüdü. I — Tarifi. II — Mahiyeti. III — Hukuki sebebi. IV — Tenfiz muamelesi ve bunun hukuki sebebi.

§ 2 — Elden bağışlama. I — Tarifi. II — Mahiyeti. III Hukuki sebebi. IV — Elden bağışlamanın borç doğuran bir akit vücade getirip getirmediği. V — Elden bağışlama, bağışlama taahhüdüne nisbetle, daha hakiki bir bağışlama mıdır ?

§ 3 — Şart veya mükellefiyetle takyid olunmuş bağışlama. I — Şart ve mükellefiyetin mânası. II — Şart veya mükellefiyetin hükümsüzlüğünün bağışlamaya tesiri. III — Mükellefiyetli bağışlamada mükellefiyetin icrasını kimler isteyebilir? IV — Şartlı bağışlama neveleri. 1 — Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama. 2 — Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanılan şeyia bağışlayanın mülküne avdet etmesi şartile yapılan bağışlama. 3 — Kayıtsız şartsız rücu şartile yapılan bağışlama. 4 — Bağışlayan hayatta oldukça, bağışlananın bağışlanılan gayrimenkulde tasarruf edeneceği şartile yapılan bağışlama.

§ 4 — Dolayısıyla veya vasıtalı bağışlama.

§ 5 — Gizli bağışlama.

§ 6 — «Mixte» akit tarzında bağışlama.

§ 1 — Bağışlama taahhüdü.

I — *Tarifi:*

Bağışlama taahhüdü yaşayanlar arasında bir akittir ki onunla bağışlayan bağışlanana muadil ivazsız olarak malının (şey veya alacak) tamamını veya bir kısmını devir veya temlik etmeyi veya iktisab edilmiş bir haktan bağışlanan lehine feragat etmeyi taahhüt eyler.

II — *Mahiyeti :*

Burada derhal tenfiz edilmeyen bir bağışlama vardır. Bu, borç doğuran bir akittir. Bu borcun mevzuu bağışlayan tarafından bağışlanılanın mülkiyetini veya bağışlanılan alacağı ivazsız olarak bağışlanana devir veya temlik etmek veya iktisab edilmiş bir haktan bağışlanan lehine feragat eylemektir.

Fransız hukukunun hilâfına olarak bizde bağışlama taahhüdü mülkiyeti nakletmez. Bağışlama taahhüdü ile alacak da temlik edilmiş olmaz.

Bağışlama taahhüdü (ki buna kanun matlapta bağışlama vaadi diyor) bir akit yapma vaadi değildir. Akit yapma vaadi borç doğuran bir akit

inşa etme taahhüdüdür. Bağışlama taahhüdü ise başlı başına bir bağışlama aktidir. Filhakika, bağışlama taahhüdü bağışlanana (ivazsız olarak) bir alacak hakkı kazandırmış olduğundan onun mamelekinin (ivazsız olarak) çoğaltmış; buna mukabil, bağışlayanın mamelekinin pasif kısmını çoğaltmak suretile onun mamelekinin azaltmıştır. Böylece burada ivazsız bir kazandırıcı muamele mevcut olduğundan bağışlama taahhüdü bağışlama akdinin kendisidir, onun bir nevidir.

Bunun akit yapma vaadi ile karıştırılmaması için maddedeki bağışlama taahhüdü tâbiri kullanılmalı, matlaptaki bağışlama vaadi adı terk edilmelidir. Gerçi vaat kelimesi mehazın Fransızca metnindeki «promesse» kelimesinin karşılığı ise de maksat bu olmayıp taahhüttür.

III — *Bağışlama taahhüdünün hukukî sebebi:*

Bu sebep «causa donandi» dir. Bağışlayan borç altına bu sebebi, bu hukukî gayeyi göz önünde tuttuğundan dolayı girmiştir. Başka bir deyişle, bağışlayanın bağışlanana bir alacak hakkı kazandırmasındaki sebep onun mamelekinin muadil ivazsız olarak çoğaltma arzusudur. Bağışlama taahhüdünün doğabilmesi için tarafların kazandırıcı muamele (yani alacak hakkı iktisab ettirme) üzerinde olduğu gibi bunun sebebi üzerinde de uyuşması lâzımdır.

IV — *Tenfiz muamelesi ve bunun hukukî sebebi:*

Bağışlama taahhüdü tenfiz edilirken «causa solvendi» bahis konusu olur. Bu tenfiz muamelesi artık bağışlama değildir. Bu muamele bağışlama taahhüdünün ifası zımında yapılmış bir edimdir («prestation», «Leistung»). Bu edimin bağışlama olmamasının sebebini şöyle izah etmek mümkündür: Edimin kıymeti bağışlama alacağı tarzında daha edimden önce edimi alanın mamelekinde dahil olduğundan edimi alan bununla bir iktisapta bulunmamıştır. Esasen, yukarda da söylediğimiz gibi, tenfiz muamelesi bağışlama taahhüdünü ifaya matuf, yani bir borcun itfası gayesine müteveccih, olduğundan burada «causa solvendi» mevcut olup «causa donandi» den bahsedilemeyeceğine göre bağışlama olamaz⁵⁰.

50) Tereddüde mahal vermemiş bulunan, bu hususta bakınız: v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1722, not 5; Carry, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, thèse, Genève, 1927, page 119. Bu son eserde şöyle denilmektedir: «Bağışlama taahhüdünün ardından yapılan edim, borcu ifa sebebiyle vuku bulmuş bir edimdir.» («La prestation faite en suite d'une promesse de donner, est une prestation "solvendi causa"»).

§ 2 — Elden bağışlama.

I — *Tarifi:*

Elden bağışlama yaşayanlar arasında bir akittir ki onunla bir kimse bir diğerine muadil ivazsız olarak ve bağışlama niyetiyle malının (şey veya alacak) tamamını veya bir kısmını devir veya temlik eder yahut iktisab olunmuş bir haktan diğer bir kimse lehine feragat eyler.

II — *Mahiyeti:*

Elden bağışlama tasarruf muamelesi mahiyetini haiz kazandırıcı bir muameledir. Bu, bir akittir: tarafların tasarruf muamelesi ve onun sebebi üzerinde rızalarının birleşmesi lâzımdır.

Kanunumuz 237 nci maddesinde yalnız menkule müteallik bağışlamadan ve gayrimenkul mülkiyetine veya gayrimenkul üzerindeki aynı haklara dair bağışlamadan bahsetmiştir. Fakat bağışlama taahhüdü mahiyetinde olmayan bütün bağışlamalar elden bağışlama mefhumuna girer⁵¹.

Ancak ileride de görüleceği gibi elden bağışlama teslimle vücut bulur. Bu itibarla elden bağışlama ancak menkuller ve hamile muharırer senetlerde taşahhus etmiş alacaklar için mümkündür. Bil'akis gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki aynı hakların elden bağışlanması imkânsızdır. Zira bu türlü bağışlamalar muteber bir bağışlama taahhüdünü ve bundan sonra tescili icab ettirir.

III — *Elden bağışlamanın hukukî sebebi:*

Bu tasarruf muamelesinin hukukî sebebi «causa donandi» dir. Bağışlayan bu sebebi istihdaf ederek tasarrufta bulunur⁵².

51) v. Tuhir, adı geçen makale, sahife 1722.

52) Alman müelliflerinden Jung'a göre elden bağışlamanın hukukî sebebi «causa donandi» değil, «causa obligandi» adını verdiği hususi bir hukukî rabitanın tesisidir. Bu müellifin fikrinde, elden bağışlamada, edimin hukukî sebebi bir alacak hakkı doğurmak («causa credendi») veya iffa etmek («causa solvendi») değil ise de, elden bağışlamanın hükümlerini dikkatle nazara alacak olursak, bu hükümlerin tarafların mamelekinde bir değişiklik husule getirmekten ibaret olmadığını müşahade ederiz. Eğer B'ye elden bağışlama olarak 1.000 lira verirsem, bu paranın benim mamelekimden çıkıp B'nin mamelekine girdiği yaptığım bağışlamanın yegâne hükmü (hukukî neticesi) değildir. Bu bağışlama, bağışlayanla bağışlanan arasında hususi bir hukukî rabita yaratır. Bu rabitaya nazaran taraflar karşılıklı haklar iktisab eder ve borçlarla bağlı olur: bağışlayanın mesuliyeti, bazı hususi hallerde bağışla-

IV — Elden bağışlamanın borç doğuran bir akit vücade getirip getirmediği :

Bu husus müellifler arasında münakaşalıdır. Birbirine zıt iki görüş vardır:

1 — Müspet görüş :

Bu fikre taraftar hukukçular elden bağışlamayı aynı zamanda hem borç doğuran bir akit, hem de tasarrufi bir akit olarak görürler⁵³. Bürgi-

nana terettüp eden geri verme borcu, vesaire. Bu talep haklarının derhal doğmayıp sonradan vuku bulacak bazı halleri farzetmesi ehemmiyeti haliz değildir. Binaenaleyh «donandi causa» olarak yapılan bir edim derhal talep haklarının doğumunu intac etmez ve bu haklar ancak diğer hallerin işe katılmasıyla doğar işe de şurası bir hakikattir ki, bundan böyle taraflar bir hukukî münasebet ile birbirlerine bağlanmıştır. Bu itibarla, hakikatte, «causa donandi» değil, «causa obligandi» (yani hususi bir hukukî rabita tesisi niyeti) vardır (Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902).

Müellifi böyle düşünmeye sevk eden sebepleri burada izaha çalışmak mevzuumuzun dışında bazı hususların tetkikini mucip olacağından bu izahın kat'an nazar sunu söylemekle iktifa edelim ki ileri sürülen bu nazariye hayli sun'î ve zoraklıdır ve hukukî sebep mefhumunun alışılmış çerçevesini ve hududunu aşmaktadır. Hukukî sebep burada tasarrufi muamelenin ilk hukukî gayesidir. Elden bağışlamada taraflar bağışlama niyeti üzerinde mutabık kahrılar ve kalmalıdır. İleride birtakım hâdiselerin zuhurile birtakım talep hakları doğacak mı, doğmayacak mı meselesi akdin in'ikadını değil, hükümlerini ilgilendirir. Sebep mefhumu ise burada bir in'ikad meselesi olarak manzur olur.

53) Alman müelliflerinden Collatz'a göre, elden bağışlamada daima önceden mevcut bir taahhüt muamelesi vardır; borcun ifası derhal vuku bulduğundan taahhüt muamelesi nazardan kaçabilir; hakikatte ise daima bir taahhüt muamelesi mevcuttur ve elden bağışlama bunun derhal vuku bulan bir ifasıdır. Collatz'ın fikrinde, bir edimin hukukî sebebi taahhüt muamelesinin mevcudiyetinden ibarettir. Bu müellif «causa credendi» ve «causa donandi» tarzındaki sebep nevelerini kabul etmeyip bir tek sebebe yer verir ki o da «causa solvendi» dir. Kanaatinde, bütün edimler bu sebeple vuku bulur.

Bizim zannımıza kalırsa, Collatz'ın elden bağışlamada bir borç münasebetinin mevcudiyetini kabul eden görüşü ile sebep hakkındaki nazariyesi hem ahenktir; birini iltizam etmek diğerini de benimsemeyi mucip olur. Binaenaleyh bu müellifin fikirlerinde bir insicam vardır. Fakat elden bağışlamanın borç doğuran bir münasebet vücade getirdiğini kabul eden diğer müellifler bu görüşün tabii bir neticesi olarak elden bağışlamada «causa solvendi» nin mevcud olacağını kabul etmezler. Kanaatimizce, bu görüşlerden birincisini alıp ikincisini red etmek tenakuza düşmektir. Mamafih şunu önemle ilâve edelim ki her iki fikri almakta da isabet yoktur zannediyoruz. Zira elden bağışlamanın bir borç münasebeti doğurduğu fikri bir faraziye den (bir «fiction» dan) ibarettir. Binnetice, elden bağışlamanın «solvendi causa» olarak vuku bulduğu keyfiyeti de hakikate uygun olmaktan uzaktır (Collatzın nazariyesi için bakınız: Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, Berlin, 1899).

nin kanaatine ivazsızlık daima bir akitten meydana geldiğine göre, elden bağışlamanın borç doğuran bir akit vücade getirdiği keyfiyetini kabul etmemek zordur⁵⁴.

Elden bağışlamanın aynı zamanda hem borç doğuran bir akit, hem de tasarrufî bir akit olduğunu kabul edenlere göre, elden bağışlama derhal ifa edilen bir bağışlamadır⁵⁵. Borç altına girmekle borcun ifası aynı zamanda vuku bulmuştur. Borç doğuran muamele (taahhüt muamelesi) ile tasarruf muamelesini birbirinden ayırmıya imkân yoktur⁵⁶.

2 — Menfi görüş :

Elden bağışlama, menfi görüş taraftarlarınca, borç münasebeti doğurmeyen bir tasarruf akdidir.

Netekim v. Tuhr'a göre, «Elden bağışlama bir tasarruf muamelesidir ki (muteber veya bâtil) bir bağışlama taahhüdü mevcut olmaksızın yapılabilir»⁵⁷.

Bu müellif başka bir yerde aynı fikri şöyle ifade ve izah ediyor: «Elden hibede, hibe taahhüdü gibi teberrüün (kazandırıcı muamelenin) ivazsızlığı üzerinde tarafların birleşmesi lâzımdır. Fakat bu birleşme, elden hibede ekseriya, meselâ Oser tarafından da M. 242 not 3 de de kabul olunduğu üzere vecibevî karakteri haiz değildir. Yani bu hibeden vâhibin bir mükellefiyeti tevellüt etmeyip (vâhibin 248 inci maddenin 1 inci fıkrasından çıkan mükellefiyeti tarafların rızasına değil kanuna müstenittir), belki teberrüün beyanına yarayan hukukî sebep doğar. Elden hibede tarafların birleşmesine, vâhibin derhal eda ile ifa ettiği zımî bir mükellefiyeti taahhüdü suretinde mânâ vermek tekeffülî olduğu kadar lüzumsuz da bir şey olur»⁵⁸.

54) Bürgi (Wolfhart), F. J. S. No. 50; aynı fikirde Oser, II. not 22, madde 234 CO.

55) Guhl dahi bu fikirdedir. Ona göre de elden bağışlamada (eğer maksadını iyi anlayabilmiş isek) taahhüt ile ifa aynı zamanda olur. Marnafih bu kıymetli müellifin Borçlar Hukuku eseri o kadar tasarrufî yani hülâsa bir tarzda kaleme alınmış ki insan zaman zaman asıl maksadı anlayıp anlamadığında mütereddit kalıyor. Filhakika şöyle demektedir: «Elden bağışlamada, akdin in'ikadı ve bunun ifası aynı zamandadır.» («Dans la donation manuelle, la conclusion du contrat et son exécution sont simultanées»). Fakat hangi akit bahis konusu? Borç doğuran akit mi? Tasarruf akdi mi? (Guhl, Le droit fédéral des obligations, § 43, II, b, p. 246).

56) Kudret Ayiter de aynı fikirdedir (Henüz intişar etmemiş bulunan ve mevzuu taahhüt ve tasarruf muameleleri olan kıymetli doktora tezi).

57) v. Tuhr, CO, p. 173; SJS, 18, p. 203.

58) v. Tuhr, adı geçen makale, tercüme eden Prof. Sabri Şakir Ansay, sahife 1723.

Keza, sayın hocamız Ord. Prof. Dr. Schwarz'a nazaran, «Borç münasebetini yalnız bağışlama vaadı (madde 238 - 239) doğurur; elden bağışlama için bu vârit olamaz»⁵⁹.

Elden bağışlamanın borç münasebeti doğurmadığı, kanaatimizce, şu yolda izah olunabilir:

Evvelâ, elden bağışlamada taraflar ancak tasarruf muamelesi ve onun sebebi üzerinde görüşüp mutabık kalırlar; borç doğuran bir akit vücade getirme hususunda irade izharında bulunmazlar⁶⁰.

Saniyen, elden bağışlamada borç doğuran bir akit vücade bulsa idi o zaman bu borç doğuran akdin hukukî sebebi «causa donandi», elden bağışlamanın hukukî sebebi ise «causa solvendi» olurdu. Halbuki elden bağışlamanın hukukî sebebi «causa donandi» dir; «causa solvendi» nin bulunduğu yerde bağışlamadan bahis edilemez.

Elden bağışlamanın borç doğurmadığı kabul edildiği takdirde bağışlamayı bir borçlar hukuku müessesesi olarak telâkki etmek mümkün olamayacaktır.

Bu mevzuda Schwarz not halinde şunu kaydediyor:

«Hattâ bu sebeple, bağışlamanın hukuk sistemindeki yerini tayin hususunda ekseriya güçlülere rastlanmaktadır; hukukî eserlerde bağışlama bazan hususî hukukun umumî kısmında, kazandırıcı muamelelerin umumî sebebi (kaynağı) olarak bahis mevzuudur (Bunun için hassaten karşılaştırınız: Savigny, System des heutigen römischen Rechts - Bugünkü Roma Hukukunun Sistemi)».

Şahsen, ilmî bakımdan, bahis konusu yerî biz de uygun buluyoruz.

59) Schwarz, B. H. D., sahife 26.

60) Filhakıka Savigny şöyle yazıyor: «Bu yanılma (teslimin akdi mahiyeti hususunda yanılma) mukaddem bir borç olmaksızın teslimin vâki olduğu daha nadir hallerde aşikârdır; böylece bir fakire verilen bir sadaka hiçbir borç olmaksızın vuku bulan hakiki bir akit teşkil eder; sadakayı vermek ve onu kabul etmek iradelerin üzerlerinde mutabık kaldıkları yegâne hâdiselerdir (vakialardır). («Cette méprise est évidente dans les cas plus rares de la tradition sans obligation antérieure; ainsi l'aumône faite à un pauvre constitue un contrat véritable sans aucune obligation; donner et recevoir sont les seuls faits sur lesquels s'accordent les volontés.»).

Keyfiyet sadaka hakkında böyle olduğu gibi elden bağışlamada da aynen böyledir. Hukukumuzda göre elden bağışlamada tarafların iradeleri tasarruf muamelesine ve onun sebebine müteveccihdir; hiçbir borç doğmaz.

Borç belki Fransız hukukundaki elden bağışlamada doğar. Fransızların «don manuel» veya «donation de main chaude» dedikleri elden bağışlama hakikatte şekilden âri bir nevi bağışlama taahhüdü mahiyetini andırır. Bununla bir miktar para veya menkul bir şey, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle ve müteakiben yapılan fiilî teslim ile bağışlanır. Burada aynı bir akit bahis mevzuudur. Borç doğuran bu akdin tamamıyeti için teslim elzemdir.

Kanunumuz ise pratik bir zihniyetle hareket etmiş ve bu itibarla bağışlamayı Borçlar Kanununun hususî kısmında akdın muhtelif neveleri arasında nizamlamıştır; yoksa elden bağışlamaya borç münasebeti doğurur bir mahiyet vermek istemiş değildir.

V — *Elden bağışlama, bağışlama taahhüdüne nisbetle, daha hakikî bir bağışlama mıdır?*

Rossel'e göre, hakikî bağışlama elden yapılandır⁶¹. Buna kısaca bağışlama, taahhüt mahiyetinde olanına ise bağışlama vaadi (veya taahhüdü) diyor. İsviçre metni, matlap itibarile, bu fikre uygundur. Zira elden bağışlama maddesinin matlabında sadece bağışlama tâbirini kullanıyor.

Bizim metin ise maddede olduğu gibi matlapta da elden bağışlama tâbirini kullanmıştır ki doğrusu budur. Çünkü gerek bağışlama taahhüdü, gerek elden bağışlama hakikî ve tam bağışlamadır.

§ 3 — Şart veya mükellefiyetle takyid olunmuş bağışlama :

Bağışlamanın bir nevi de şart veya mükellefiyetle takyid olunmuş bağışlamadır. Borçlar Kanunumuzun 240 ıncı maddesi «Bağışlama şartla yahut mükellefiyetle takyid olunabilir» demek suretile buna cevaz vermiştir.

I — Şart ve mükellefiyetin mânâsı :

1 — Şart :

Şart, vukuu şüpheli bir hâdisedir ki bir akdın veya bir borcun hükümleri buna bağlıdır.

Şart tâlikî veya infisahî olur. Meselâ bana piyango isabet ettiği takdirde size bunun yarısını bağışlamayı taahhütte tâlikî şartlı bir bağışlama vardır. Çocuğum olmaması kaydile size bir şey bağışladığım takdirde infisahî şartlı bir bağışlama vardır: çocuğum olursa bağışlama infisah edecektir. İnfisahî şart tahakkuk edince hukukî muamele kendiliğinden hükümsüz olur.

2 — Mükellefiyet :

Mükellefiyet bir kimseyi bir edimde bulunmaya mecbur eden bir borçtur. Mükellefiyet, vukuu mükellefin iradesine bağlı bir edimde bulun-

61) H. Halis Sungur da bu fikirdedir (Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, II. sahife 64).

mayaya icbar eder. Mükellefiyetin bağışlanan tarafından yerine getirilmemesi bağışlamanın kendiliğinden infisahını mucib olmaz.

II — Şart veya mükellefiyetin hükümsüzlüğünün bağışlamaya tesiri:

Şart veya mükellefiyetle takyid olunmuş bir bağışlamada şart veya mükellefiyet, mahiyetleri dolayısıyla, hükümsüz ise, bunun bağışlamaya tesiri nedir? Yalnız bu şart veya mükellefiyet mi lâğvedilir? Yoksa bağışlama mı ortadan kalkar, yani bătıldır?

1 — Fransız hukukunda :

Fransız Medenî Kanununa göre, ivazsız muamelelerde, gayrı mümkün şartlar, kanuna veya umumî âdâba aykırı şartlar lâğıvdır (F. M. K., m. 900).

(İvazlı muamelelerde ise böyle şartlar bulunduğu taktirde bu şartlar bătıldır ve muamelenin de butlanını müeddi olur - F. M. K., m. 1172 -).

2 — İsviçre - Türk hukukunda :

Bu hususta, kanunumuz, bağışlama babında sâkittir. Ancak ölüme bağlı tasarruflarda bu noktayı ele almıştır. Oradaki hükümler burada da kıyasen tatbik edilebilir (M. K., m. 462 kıyasen).

Kanun bir tefrik yapıyor:

Kanuna veya umumî âdâba aykırı mükellefiyetle veya şartla takyid olunan bağışlama bătıldır.

Faydasız veya yalnız başkalarını rahatsız etmek için konulan şartlar veya mükellefiyetlerin bağışlamayı takyid etmesi halinde bağışlama sahih kalıp sadece bu şartlar veya mükellefiyetler lâğıvdır.

III — Mükellefiyetli bağışlamada mükellefiyetin icrasını kimler isteyebilir?

Evvelâ, tabiatile, bağışlayan isteyebilir. Bunun ölümü halinde ise mükellefiyetin yerine getirilmesini isteme hakkı mirasçılara geçer.

Saniyen, bağışlanana âmmenin menfaati için tahmil edilmiş olan mükellefiyetin icrasını istemek hakkı bağışlayanın ölümünden sonra, ve ancak o zaman, ait olduğu mercie geçer.

Salisen, eğer bağışlamayı takyid eden mükellefiyet muayyen bir şahsa bir edimde bulunmak ise bu şahsa bir talep hakkı tanımak gerekir (v. Tuhr, CO, § 82, not 34; Oser, rem, 2 C; Becker, rem. 10 ad art. 246).

IV — Şartlı bağışlama neveleri :

1 — Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama :

A. Tarifi :

Bu, bir bağışlama taahhüdüdür ki bunun tenfizi tarafların rızasile geri bırakılmış, vukuu şüpheli (meşkük) bir hâdiseye yani bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesine tâlik edilmiştir.

Bu ölüme bağlı bağışlama taahhüdü bağışlayanın ölümünde onun mirasçıları tarafından tenfiz edilecektir.

B. Ölüme bağlı tasarruftan farkı :

Tenfizi, bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama ile ölüme bağlı tasarruflardan miras mukavelesi arasında fark vardır. Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, miras mukavelesinin hilâfına olarak, daha bağışlayanın hayatında borç doğuran bir akittir. Bağışlayan bu akdin in'ikadile beraber bir taahhüt altına girmiştir; bağışlanılan şey üzerinde tasarruf etmemekle mükelleftir.

C. Ölüme bağlı tasarrufla birleştiği cihet :

Tenfizi, bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama ölüme bağlı tasarruflardan miras mukavelesine çok yaklaşır. Zira tenfiz ancak bağışlayanın ölümünden sonra onun mirasçıları tarafından vuku bulacaktır ve böylece tasarruf muamelesi bakımından olan hükümler ancak bağışlayanın ölümünden sonra tenfizle cereyan edecektir. Onun içindir ki bu türlü bağışlamaya, muhteva, şekil, tasarruf ehliyeti ve tasarruf serbestliği bakımlarından, ölüme bağlı tasarruflar hükmü tatbik olunur.

Borçlar Kanunumuzun 240'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, «Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada vasiyet hükmü cereyan eder.»

Mehazda ise bu türlü bağışlamalar ölüme bağlı tasarrufların hükümlerine tâbi tutulmuştur.

Metnimiz yanlış olarak burada vasiyet hükmünün cereyan edeceğini söylüyor. Bununla beraber bir akit bahis konusu olduğuna göre bu nevi bağışlamanın miras mukavelesi şeklinde yapılması gerekir. Vasiyetname tarzında yapılabilmesi tasavvur olunamaz. Çünkü, bilindiği üzere, vasiyet bağışlamanın hilâfına, tek taraflı bir hukukî muameledir.

2 — Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanılan şeyin bağışlayanın mülküne avdet etmesi şartile yapılan bağışlama :

Borçlar Kanunumuzun 242 nci maddesinin 1 inci fıkrası şöyle der:
«Bağışlayan, bağışlananın kendisinden evvel vefatı halinde bağışlanılan şeyin mülküne rücu etmesini şart edebilir».

A. *Rücu tâbirinin tenkidi :*

Bu fıkrada rücu tâbiri kullanılıyor ki yerinde değildir. Mehazın fransızca metnindeki «retour» tâbirine uygun olarak bizde de «avdet» denilmeli idi. Sözü geçen maddemizin matlabında da «rücu şartları» denilmiştir. Buna mukabil mehazın fransızca metnindeki matlapta «droit de retour» yani avdet hakkı tâbirine rastlıyoruz. Bizde avdet şartı tâbiri kullanılsa idi isabetli olurdu.

B. *Bu nevi bağışlamanın mahiyeti :*

Bu nevi bağışlama infisahî şartla yapılmış bir elden bağışlamadır ki meşkûk hâdiseyi bağışlamanın bağışlayandan önce ölmesi teşkil eder.

Elden bağışlama yapılmış ve bağışlanılan şey bağışlananın mamelektine dahil olmuştur; fakat eğer bağışlanan bağışlayandan önce ölürse, bağışlanılan şey veya hak kendiliğinden bağışlayana avdet eder; bağışlananın mirasçıları, bu taktirde, bağışlanılan şeyin avdet ettirilmesi (iade edilmesi) borcunu ifa ile mükelleftirler.

C. *Avdet şartının teminat altına alınması :*

Bu türlü bağışlamanın mevzuu üzerindeki mülkiyet veya diğer aynı haklar veya alacak hakkı, bağışlanana geçtiği ve bunları üzerindeki tasarruf hakkı da kendisine intikal ettiği cihetle bağışlananın üçüncü bir şahıs lehine bir tasarrufta bulunmasına karşı kanun gayrimenkullerde veya bunlar üzerindeki aynı haklarda bağışlayanı korumak yani avdet şartını teminat altına almak için bu şartın tapu siciline şerh verilmesi çaresini tasrih etmiştir. Filhakika Borçlar Kanunumuzun 242 nci maddesinin ikinci fıkrası diyor ki:

«Bağışlanılan gayri menkule veya bir gayrimenkul üzerindeki aynı hakka taallûk eden rücu (avdet) şartı, tapu siciline şerh verilebilir.»

Bu taktirde, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanılan üzerindeki hakkın bağışlayana avdet etmesi talebi sadece bağışlananın mirasçılarına karşı değil, bu arada gayrimenkul üzerinde bir hak iddia edecek üçüncü şahıslara karşı dahi dermeyan edilebilir.

Âkitlerce mukavelede kararlaştırılan diğer bir teminat da, hukuka aykırı olmadıkça, kabul edilebilir.

D. *Bu nevi bağışlamanın amelî gayesi :*

Bu nevi bağışlama ile istihdaf olunan amelî gaye ekseriya şudur: Bağışlayanın ancak bağışlanan ile sıkı münasebetlerde bulunup bunun

mirasçılarla kat'iyen ilgisi olmaması sebebiyle bağışlamadan bunları faydalandırmamak.

E. Bu nevi bağışlamalarda tatbik edilecek hükümler :

Bu nevi bağışlamaya ölüme bağlı tasarruflar hükmü tatbik edilmez. Bu bağışlamada bağışlama ve şart hakkındaki kaideler cereyan eder.

3 — Kayıtsız şartsız rücu şartı ile yapılan bağışlama :

Kanunumuz böyle bir bağışlamayı muteber addetmiştir. Filhakika Medeni Kanunun 507 nci maddesi «Hibe edenin, kayıtsız şartsız rücu hakkı olan hibeler» in ölüme bağlı teberrular gibi tenkis edilmekten müstesna olduğunu beyan ederek böyle bağışlamaların mevcudiyetini kabul ettiğini anlatıyor. Bu nevi bağışlamalara serbestçe rücu edilebilen bağışlamalar («donations librement révocables») denir.

Fick'e göre (serbestçe) rücu edebilme kaydile yapılan bağışlamanın hiçbir hukukî kuvveti yoktur.

Bu müellifin fikrinde, bağışlayanın (serbestçe) rücu edebileceği bir elden bağışlama, rücu hakkı mevcut oldukça, netice itibarile, bir âriyet teşkil eder.

Bu mütalâalara iştirak edemiyoruz. Bize öyle geliyor ki, serbestçe rücu kaydı mevcut olsa da ortada bir bağışlama vardır. Bağışlama taahhüdü bahis mevzuu olduğu taktirde, bağışlayan serbestçe rücu kaydını alkomuş ise, bağışlayan evvelemirde bağışlama taahhüdü ve vecibesi altındadır; meğer ki rücu hakkını kullanmak istesin. Bağışlama taahhüdünün doğumile beraber ve bağışlanan lehine olmak üzere bir alacak hakkı doğar; bağışlayan rücu hakkını kullanmakladır ki, bu alacak hakkını neticesiz bırakmış olur. Elden bağışlama bahis mevzuu olduğu taktirde, bağışlayan serbestçe rücu kaydını muhafaza etmiş ise, bu kayda rağmen mülkiyet hakkı veya alacak üzerindeki hak bağışlanana intikal etmiştir; bağışlayan bilâhare rücu hakkını kullanırsa o zaman malın kendi mülküne avdet etmesi istenecektir.

4 — Bağışlayan hayatta oldukça, bağışlananın bağışlanılan gayri menkulde tasarruf edemeyeceği şartı ile yapılan bağışlama :

Gayri menkul bağışlaması yapılırken, bağışlama taahhüdüne müteallik resmî senedde, bağışlananın bağışlayan sağ bulundukça, bağışlanılan gayrimenkul üzerinde hiçbir tasarrufta bulunamayacağına dair bir şart konulması ve bağışlayana dönme şartının bu suretle kuvvetlendirilmesi

câiz midir? Ord. Prof. H. V. Velidedeoğlu ve G. Esmer ile birlikte bu soruya müsbet cevap vereceğiz ve bu müelliflerin mucip sebeplerine dayanacağız⁶².

Böyle bir şart ne Borçlar Kanununa, ne de Medenî Kanuna aykırı değildir.

Borçlar Kanunu şartlı ve mükellefiyetli bağışlamalara, hattâ kayıtsız şartsız rücu hakkile yapılan bağışlamalara cevaz verdiğine göre, bahis konusu şart bu kanunun ruhuna uygundur.

Medenî Kanuna gelince, bu şart bu kanunun «kimse medenî haklardan ve onları istimalden kısmen olsun feragat edemez» diyen 23 üncü maddesine aykırı gibi görünür ise de aykırılık yoktur. Çünkü bu maddenin yazılış tarzı biraz yanlıştır. Bahis konusu olan yasak, medenî haklardan faydalanma ehliyetinden ve medenî hakları kullanma ehliyetinden feragattir. Hâdisemizde ise ehliyetten vazgeçme yoktur; ehliyet ne umumî, ne de kısmî surette tahdid olunmamış, ancak bağışlayan hayatta oldukça, bağışlanan gayri menkulde tasarruf etmeme yolunda, bir zamana maksur kalmak üzere bir borç altına girme vardır. Bu şart tapu siciline şerh verilmekle nisbî mahiyetini kaybederek aynı hak kuvvetini iktisab eder ve böylece üçüncü şahıslara karşı da dermeyan olunabilir. Bu taktirde tasarruf hakkı tamamen hükümsüz kalıyor ise de bu hâl ancak bağışlayanın sağ olduğu müddetçe muteber yani zamanla mukayyet olduğuna göre, burada dahi ne umumî, ne de kısmî bir tarzda ehliyetten feragat yoktur.

§ 4 — Dolayısıyla veya vasıtalı bağışlama («Donation indirecte») :

Bu türlü bağışlama, bağışlama akdinden gayri birtakım akitlerden doğar ki bunlarda onları yapanın bağışlama arzusu («animus donandi») açıkça tezahür eder. Bu akitlerin başlıcaları şunlardır: Başkası lehine mirastan feragat, borcun ibrası, başkası lehine şart, borcun nakli.

§ 5 — Gizli bağışlama («Donation déguisée») :

Burada bağışlama akdi zahiren yapılan bir akdin, meşelâ bir satım akdinin, altında gizlenmiş bulunmaktadır. Taraflar zahiren bir satım akdi yapmışlar, fakat bedelin ödenmiyeceğini aralarında gizlice kararlaştırmışlardır^{62a}.

62) Velidedeoğlu ve Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicilli Tatbikatı, sahife 260.

62a) Gizli bağışlamanın muteber olup olmadığı meselesine ilerde bağışlamanın tâbî olduğu şekil bahsinde temas edilecektir (Kısım III, Bab 1, § 2, II, 2; § 4, II).

§ 6 — «Mixte» akit tarzında bağışlama :

Cüz'î bir ivaz mukabilinde yapılan bağışlama karışık bir akittir. Farz ediyoruz ki tarafların ağır basan maksadı bağışlamadır, fakat bağışlanan şeyin kıymetine nazaran cüz'î mahiyette bir ivaz verilmesi de kararlaştırılmıştır. Bu taktirde, bağışlanan şey bakımından bağışlama hükümleri tatbik olunur; ivaz bakımından ise alım - satım hükümleri cereyan eder.

Wolfhart Bürgi şöyle yazıyor: «Une vente faite sciemment sans contre - valeur est un acte juridique mixte auquel il faut appliquer le droit de la donation, pour autant qu'il ait réellement donation, et qui vaut, en outre, comme contrat de vente»⁶³.

(Mealen tercümesi: «Mukabil bir kıymet olmaksızın iltizamen yapılan bir alım - satım karışık bir hukukî muameledir ki buna, hakikaten bağışlama olduğu nisbette, bağışlama hukuku tatbik edilmelidir, ve bu ayrıca alım - satım mesabesinde»).

Zannımızca Bürgi'nin bu ifadesi biraz kapalıdır. Müellif, mukabil bir kıymet olmaksızın demekle her halde bir ivaz bulunmaksızın demek istemeyip cüz'î bir ivaz kararlaştırılmış olmasını kast etmiştir. Aksi taktirde, hem bağışlama, hem alım - satım nasıl bahis konusu olabilir ve her iki akdın kaideleri nasıl tatbik edilebilir? O zaman, ne bağışlama olur, ne alım - satım vardır.

K A S I M III

BAĞIŞLAMANIN MAHİYETİNE VE NEVİLERİNE TERETTÜB EDEN HUSUSİYETLER VE NETİCELER

Plân

Giriş — Bağışlamanın lehinde ve aleyhindeki fikirler.

Bab 1 — Bağışlamanın tâbi olduğu şekil. § 1 — Hangi bağışlamaların şekli gerektirdiğine dair ölçü. § 2 — Bağışlama taahhüdünde aranan şekil. § 3 — Eiden bağışlamanın şekle tâbi olmayışı. § 4 — Bağışlama taahhüdünün tenfizi.

Bab 2 — Bağışlamada tarafların ehliyeti. § 1 — Bağışlamada buluma ehliyeti. § 2 — Bağışlamayı kabul ehliyeti.

Bab 3 — Bağışlamada kabulün neticeleri.

Bab 4 — Bağışlayanın sorumluluğu.

63) Bürgi, adı geçen eser.

Bab 5 — Bağışlamadan rücu, bağışlamanın iptali ve son buluşu. § 1 — Bağışlamadan rücu. § 2 — Bağışlama taahhüdünün iptali. § 3 — Bağışlayanın ölümü ile bağışlamanın son buluşu.

Bab 6 — Bağışlamanın mahiyetine terettüb eden diğer neticeler. § 1 — Hususî salâhiyeti olmadıkça vekilin bağışlama yapamaması. § 2 — Bağışlamanın mevcut farz olunmaması. § 3 — Bağışlama akdinin bağışlayan lehine tefsiri. § 4 — Bağışlamada hile, bağışlanan tarafından vâki olsun veya üçüncü bir şahsın eseri bulunsun durum aynıdır.

Giriş

BAĞIŞLAMANIN LEHİNDE VE ALEYHİNDEKİ FİKİRLER

İyi bir sâikin eseri bulunan bağışlamalar, insanlar arasında yardımlaşmanın, sevişmenin tecellisine vesile olduğu, içtimaî varlığın ahengini temine hizmet ettiği cihetle pek ziyade makbul, matlub muamelelerdendir. Bağışlama birçok kimselerin kin ve hasedlerini def edip bil'akis teveccühlerini celbe medar olabilir. İyi ve cömert bir insan için bağışlamada bulunmak pek yüksek ve necib bir ihtiyaktır. Bu bakımlardan bağışlama hukuken himayeye ve teşvike lâayık bir muamele sayılmak lâzım gelir.

Fakat madalyanın diğer tarafı da var : Bağışlama kaideten ivazsız muamelelerden olduğu cihetle aşırı ve düşüncesiz bir tarzda cömertlikte bulunan kimseyi zarurete ve hattâ harab olmaya kadar götürebilir. Bu itibarla hukuk, bağışlamada bulunmak isteyene itidali ve dikkati telkin edecek hükümleri muhtevi bulunmalıdır.

Bağışlama Roma hukukunda klâsik devrin sonuna kadar kanunkoyucu tarafından fena bir gözle görüldü. Bağışlamayı men için birçok hükümler konuldu. Meselâ «Cincia» kanunu avukatlara bağışlamada bulunulmasını men etmekle kalmıyor, bazı hısımlara yapılanları müstesna olmak üzere, muayyen bir kıymetten yukarı bağışlamalara cevaz vermiyordu. «Calpurnia» kanunu da hâkimlerin veya diğer yüksek memurların, maiyetlerindeki kimselerden bağışlama kabul etmelerini yasak ediyordu. Jürisprüdans ise eşler arasındaki bağışlamalara mâni oluyordu. Böylece üçüncü asra kadar, bağışlamaya müteallik bütün hükümler men hususunda idi. Aşağı imparatorluk devrindedir ki aksi bir cereyan belirdi. Bağışlamanın tatbikatta sık sık görülmesi ve adeta âdet hâlini alması üzerine bu müesseseyi, müspet bir görüşle, nizamlamak lüzumu hissölundu ve bu ihtiyacı karşılamak maksadile birçok hükümler konuldu.

BAB 1

BAĞIŞLAMANIN TÂBİ OLDUĞU ŞEKİL

§ 1 — Hangi bağışlamaların şekli gerektirdiğine dair ölçü :

Bütün hukuk sistemleri bazı bağışlamaları şekle veya hiç olmazsa teslim tâbi tutmuştur. Fakat hangi bağışlamaların şekil dairesinde yapılacağı, hangilerinin şekilden âri olacağı hususunda hukuklar arasında farklar vardır.

Müşterek hukukta ve bunu model ittihaz eden hukuklarda hangi bağışlamaların şekle tâbi olup olmayacağı meselesi bağışlamanın kıymeti esas alınarak halledilmektedir. Cüz'î kıymette bağışlamalar şekilden âri tutulmuş, diğerleri hakkında aksi bir hal tarzı kabul edilmiştir.

Cermen hukukunda ve bu sisteme dahil hukuklarda bağışlamaları şekle tâbi tutup tutmamak için nazara alınacak ölçü başkadır: Elden bağışlama hakikî mânâda bir şekli icab ettirmez iken (elden bağışlamada teslim ihtiyacı vardır ve teslim şekil yerine geçiyor) bağışlama taahhüdü şekil dairesinde yapılmak lâzımdır. İsviçre Medenî Kanunundan evvel bu memleketin kantonlarının ekserisi bu usulü kabul etmişti. İsviçre Borçlar Kanunu ve onu mehzaz ittihaz eden Türk Borçlar Kanunumuz da böyle yapmıştır.

§ 2 — Bağışlama taahhüdünde aranan şekil :

I — Burada şeklin lüzumu :

Hayat tecrübeleri göstermiştir ki bir kimse az çok uzak bir istikbalde bir şeyi bağışlayacağına dair şifahî taahhüde pek o kadar düşünmeksizin girebilir. Ciddiyetle ve etraflıca düşünmeksizin verilen böyle bir karar ve söz hemen hukukî bir hüküm ifade etse idi birçok kimseler bağışlama taahhüdü ve vecibesi altına girmiş, hukuken bağlanmış ve borçlanmış olurdu ve bu kimseler bağışladıkları menkul veya gayrimenkul mallarını bağışlanana devretmeye mecbur kalmış olurlardı. İnsanları böyle geliş güzel mallarını heder etmek tehlikesinden kurtarmak için kanun koyucumuz bağışlama taahhüdünün vücut bulabilmesini şekle tâbi tutmuştur.

II — Bu şeklin neden ibaret olduğu :

Bu hususta, bağışlama taahhüdünün mevzuuna göre bir ayırma yapmalıdır:

1 — *Menkuller ve alacaklar hakkında :*

Bunlar hakkındaki «bağışlama taahhüdünün muteber olması tahriri olmasına mütevakkihtir» (B. K. m. 238, f. 1).

Menkul satımı şekle bağlı değil iken menkulün bağışlanması taahhüdü yazı ile yapılmak lâzımdır.

Alacağın temliki vaadi (taahhüdü) şekle tâbi olmadığı halde bu taahhüt meccanen yapılırsa bağışlama taahhüdü meydana gelir ki bu yazılı şekle tâbidir.

2 — *Gayrimenkuller hakkında :*

Gayrimenkullere ve bunlar üzerindeki aynı haklara taallük eden bağışlama taahhüdü resmî senetle yapılmadıkça muteber olmaz (B. K. m. 238, f. 2).

Bağışlayana rücu, daha doğrusu avdet şartı yani bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanan şeyin veya hakkın bağışlayanın mülküne dönmesi şartı, bir gayrimenkule taallük ediyorsa, bağışlama taahhüdü için yapılan resmî senede bunun dercedilmesi lâzımdır. Eğer bu şart daha sonra kararlaştırılmış ise ayrıca resmî senede bağlanması gerekir.

Bu senet, her iki halde de, ancak şahsî bir hak doğurur yani yalnız taraflar arasında hüküm ifade eder.

Gayrimenkulü sonradan iktisab eden üçüncü şahıslara karşı dermeyanın mümkün olabilmesi için, bağışlayana dönme şartının tapuya şerh verilmesi lâzımdır (B. K. m. 242, f. 2; Tapu Sicili Nizamnamesi m. 77).

Resmî senedin, Tapu Kanununun 26 ncı maddesine göre, sicil muhafız veya memuru tarafından tanzim edilmesi gerekir.

Tarafların hakikî iradesi bağışlama taahhüdü yapmak olduğu halde taraflar buna satım akdi süsü verirler ise gizli kalmış bağışlama taahhüdü mü, yoksa zahirî satım akdi mi muteber sayılacaktır?

Federal Mahkeme bu taktirde her iki akdi de bâtil addetmektedir. Federal Mahkemenin bir kararına göre, gayrimenkullere dair bağışlama taahhüdünün mevcut olabilmesi için «causa donandi» nin resmî senette sarahaten beyan edilmiş olması lâzımdır. Zahirî muamele (satım akdi) ile gizli muamele (bağışlama taahhüdü) gayrimenkule müteallik olması dolayısıyla resmî senetle yapılmak lâzım geldiği yani her iki muamelede de şekil aynı olduğu halde, Federal Mahkeme bağışlama taahhüdünün muteber olabilmesi için sadece resmî senedin mevcudiyetile iktifa etme-

miş, bağışlama sebebinin bu resmî senette sarahaten beyan edilmiş olmasını aramıştır. Hâdisede ise bağışlama sebebi resmî senette sarahaten beyan edilmeyip bu senette satım akdinin sebebi yani «causa credendi» beyan edilmiş olduğuna göre, Federal Mahkeme burada bağışlamanın bâtil olduğuna karar vermiştir. Zahirî satım akdi de Federal Mahkemenin kararına göre batıldır, çünkü tarafların hakikî iradelerine uymamaktadır. Bu iki butlanı Federal Mahkeme şöyle anlatıyor: Bir gayrimenkule müteallik bağışlama taahhüdünün «resmî senetle beyan edilmesi kevfiyetî, bağışlamanın bütün esaslî unsurları ve bu arada evvelâ bağışlama arzusu hakkında cereyan eder. Binaenaleyh, böyle bir arzu resmî senetten istimbad olunmadığı ve bil'âkis burada zıddı bir arzu beyan edilmiş bulunduğu, yani gayrimenkul mülkiyetini ivaz mukabilinde devr etme taahhüdü arzusu mevcut olduğu cihetle, madde 243, f. 2 (bizde madde 238, f. 2) hükmünce aranan şekle riayet olunduğunu iddia etmek imkânsızdır. Gerçi bir taraftan bir bağışlama taahhüdü, diğer taraftan bir resmî senet karşısında bulunmakta ise de bu resmî senet satıma dair resmî senet olup bağışlama taahhüdü sırf sözlü mahiyette'dir ve bu itibarla hukukî kıymetten mahrumdur. Binaenaleyh resmî sened tarzındaki şeklin kanun tarafından gerek satım, gerekse bağışlama taahhüdü için aranmış olmasının bir önemi yoktur. Bu şekil birbirine zıt iki gayeye, elbet ki, muteber bir surette, kullanılamaz: satım, lüzumu veçhile, resmî senette beyan edilmiş olmakla beraber, bâtil telâkki edilecektir; zira tarafların hakikî iradesine uymamaktadır; bağışlama taahhüdü ise, tarafların iradesine uymakla beraber, keza bâtil addedilecektir, çünkü bağışlama arzusu resmî senette beyan olunmamıştır. Diğer herhangi bir tefsir tarzı, kanun koyucunun tâkib etmekte olduğu gayeye avkırı düşer. Bu gaye hileyi önlemek ve tarafların dikkatini muamelenin önemi üzerine çekmektir. Bu sebepledir ki taraflar, muamelenin neticeleri hakkında kendilerini tenvir edecek durumda bulunan resmî memura, müracaat etmekle mükellef tutulmuşlardır...» (ATF, XLV², 27 et s.; Praxis, VIII, 102 et s.; J. d. T., 1919, p. 246 et s.).

Bu hal tarzı her ne kadar pek şekilci görünmekte ise de kararda belirtilen yüksek mülâhazalara dayanmakta olduğundan kanaatimizce sevinçle karşılanmak icab eder.

Fransız mahkeme içtihatları İsviçre görüşünün aksi bir yol tutmuştur. Buna göre ivazlı bir akit perdesi altında gizlenmiş bağışlamaların müteber olması için bunun zahirî akdin tâbi olduğu şekli haiz olması kâfidir.

§ 3 — Elden bağışlamanın şekle tâbi olmayışı :

I — Elden bağışlamanın teslim ile vücud buluşu :

«Elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi (veya hamile muharrer senette teşahhüs etmiş bir alacağı), bağışlanana teslim etmesile vücud bulur.» (B. K. m. 237, f. 1.)

Burada teslim ile tamam olan, vücud bulan bir akit bahis konusudur. Bu bir aynı tasarruf akdidir. (Sadece «aynî akit» sözü borç doğuran akitlerin vücud buluşu teslimle bağlı olduğu taktirde kullanılmak lâzım geldiği cihette, elden bağışlamayı aynı tasarruf akdi diye vasıflandırıyoruz.)

Teslim ânında taraflar şu noktalar üzerinde karşılıklı ve uygun bir surette iradelerini izhar ederler:

1° — Tasarruf muamelesi üzerinde, yani mülkiyetin devri ve iktisabı hususunda;

2° — Tasarruf muamelesinin sebebi, yani «causa donandi» üzerinde.

Elden bağışlama hususî bir bağışlama şekline tâbi olmayıp ancak kazandırıcı muamelenin nev'inin icab ettirdiği şekle bağlıdır. Bu cihetle bir alacağın temlik suretile elden bağışlama yazılı şekilde yapılmak lâzımdır ve bu bağışlama temlik senedinin teslimile vücud bulur.

v. Tuhr'a göre, ibra suretile elden bağışlama mümkündür ve bu taktirde hiçbir şekle ihtiyaç yoktur. Fakat şahsen biz burada teslim göremiyoruz. Gerçi ibra muamelesi şekle bağlı değildir. Fakat elden bağışlama tarzında yapılabilmesi için yazılı şekle ihtiyaç yok mudur, diye düşünüyoruz.

II — Teslimin hakikî mânâda şekil olmayışı :

Elden bağışlama teslim ile vücud bulan bir tasarrufî akit olduğuna göre buna şekle tâbi bir muamele denebilir mi? Yani burada teslim hakiki mânâda bir şekil midir?

Kanaatimizce hayır. Çünkü hakikî mânâsile şekil, irade beyanının tezahür tarzıdır. İrade beyanına eklenen bir unsur hakikî mânâda şekil sayılmaz. Burada teslim irade beyanına eklenen, irade beyanı dışında bir unsur olduğundan hakikî mânâda şekilden bahsedilemez. Muhterem hocamız Ord. Prof. Schwarz'ın dediği gibi, «ahzukabz akitlerinde «aynî şekil»-den bahsedilirse bu akitlerin mahiyeti tamamen yanlış mütalea edilmiş olur. Şekle tâbi akitlerde irade beyanı gerekli şekil çerçevesinde tezahür eder, buna mukabil ahzukabz akitlerinde bir şeyin teslim ve tesellüm

edilmesi, irade beyanına eklenen bir husustur; fakat irade beyanının şekli değildir.»⁶⁴.

III — Elden bağışlamanın mevzuu :

Gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki aynı hakların elden bağışlanması imkânsızdır.

Elden bağışlanma ancak menkuller ve hamile muharrer senetlerde taşahhus etmiş alacaklar için mümkündür.

IV — Elden bağışlamada teslimin ne suretle yapılabileceği :

1° — Malın aynen teslimi veya vasıtaların teslimi ile yapılabilir.

2° — Kısa elden teslim ile yapılabilir.

3° — Zilyedliğin havalesi ile yapılabilip yapılamıyacağı münakaşalıdır.

4° — Hükmen teslim ile yapılabilip yapılamıyacağı münakaşalıdır. Bu halleri sırasile inceleyelim:

1° — Malın aynen teslimi veya vasıtalarının teslimi :

Medenî Kanunumuzun 890 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası gereğince «Zilyetlik, şeyin aynını veya onu iktisab edenin yeddi iktidarına geçirecek vesaiti teslim ile intikal eder». Görülüyor ki, bu madde «bizzat malın teslimi» ile «iktisab edene mal üzerinde iktidar temin eden vasıtanın teslimi» arasında bir tefrik yapmakta ve her ikisine de cevaz vermektedir.

Borçlar Kanunumuzun 237 nci maddesi ise şu hükmü koymaktadır: «Elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulur». Bu hüküm sert bir tarzda tefsir edilecek olursa elden bağışlamada iktisap imkânının tahdide uğradığı ve malın aynen tesliminin

64) Schwarz, B. H. D., § 28, sahife 235, not 5 (tercüme Doçent Dr. Bülent Davran).

Ayrıca işaret edelim ki sayın Davran aynı akit tâbirinin ifade ettiği hakiki mâna ile karışmaması için «cahukabz akdi» sözünü kullanıyor. Biz de aynı maksatlardır ki biraz yukarıda elden bağışlamanın aynı tasarruf akdi olduğunu söyledik. Tekrar edelim, aynı akit borç doğuran akitler içinde tamamıyetli yani vücut bulması teslimine bağlı olanları hatırlatır. İlâve edelim ki «cahukabz akitleri» pek geniş bir mâna ifade eder ve mefhumun içine aynı akitler de, aynı tasarruf akitleri de girer.

Aynı akit tâbiri Roma hukukundan gelmektedir. Esasen Romada akit deyince ancak borç doğuran ve «jus civile» tarafından tanınan mukaveleler «enastırdı. Diğer mukavelelere «pactum» denirdi.

gerektiği neticesi çıkar. Zira madde sarih surette malın tesliminden bahsetmektedir. Bu lâfız nazara alındığı taktirde, iktisab edene mal üzerinde iktidar temin edecek vasıtanın (meselâ içinde bağışlanan malların bulunduğu bodurumun anahtarının) teslimini elden bağışlama için kâfi saymamak icab eder. Fakat kanun vazının, hükümlerini tam ve muayyen surette ifade hususundaki kasden ve fiilen yaptığı kayıtsızlığı göz önünde tutmalı ve daha mantıkî, hayat icaplarına daha uygun geniş bir tefsir cihetine gitmelidir. Bu noktadan hareket edince kanun vazının Borçlar Kanunumuzun 237 nci maddesinde «bir şeyi bağışlanana teslim» sözü ile gerek malın aynen teslimini, gerek vasıtaların teslimini kasd ettiğini kabul etmek lâzımgelir. Bu hususta, ekseri müellifler müttefiktir⁶⁵.

2° — *Kısa elden teslim* («Brevi manu traditio») :

Kısa elden teslim bir malın, zilyetten o zamanki vaziüyedine, rızaların birleşmesi suretile, kısa yoldan, zilyedliğinin naklidir.

Burada, iktisab eden zâten mal üzerinde bir hâkimiyeti haizdir. Asıl zilyedliğin kendisine nakli için malı geri alıp teslim etmek pek garip olur. Binaenaleyh, zilyedliğin ve mülkiyetin ona intikal edebilmesi bu hususta tarafların mutabık kalmasıyla mümkündür. Bu cihet gayet tabii olduğundan Medenî Kanun veya Borçlar Kanunu bu tarzdan hiçbir surette bahsetmek lüzumunu duymamıştır. Kanunun bu noktadaki sükûtu böyle izah olunabilir.

Kısa elden teslimde her ne kadar bir malın fiilen teslimi mevcut değilse de elden bağışlama için mülkiyetin bu yolda naklini kâfi görmek yerinde olur. Kiralayan, malı kiracıya bağışlamak isterse, tarafların rızalarının birleşmesinden başka bir hususa lüzum olmadığı kabul edile-

65) v. Tuhr şöyle yazıyor: «Kanun koyanın 242 (bizde Borçlar Kanunu, 237) nci maddede "malın teslimi" kelimesi ile 922 (bizde Medenî Kanun, 890) nci maddenin bütün unsurunu kastedtiği kolayca kabul olunur.» (v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1725).

Docent Dr. Halid Kemal Elbir de su tefsirde bulunuyor: «Kanun, mezkûr maddesinde (B. K. m 237) "teslim" diyor ise de bunu mülkiyetin nakli anlamak iktiza eder. Nitekim, aynı maddenin ikinci fıkrasının, gayrimenkulün elden hibesinin ancak tapu siciline kaydolunmakla tamam olacağını beyan etmiş bulunması da, burada "teslim" den mülkiyeti nakledici muamele sıfatıyla bahsedildiğini gösterecek bir husustur.» (Docent Dr. Halid Kemal Elbir, Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesine Mütellik Umumi Mülâhazalar Ve Bu Müessesenin Hukukî Maliyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XVIII, sayı 1-2, sahife 282).

Bu müellif diğer taraftan bağışlamada (gerek elden yapılanında, gerek vaad suretile vukubulanında) mülkiyeti muhafaza kaydının tatbikine inkan olmadığını ince bir tarzda izah etmektedir (aynı yazı, sahife 282-283).

bilir⁶⁶. Keza, arkadaşına âriyet olarak bir kitap vermiş olan kimse bu kitabı ona bağışlamak istediği takdirde tarafların bu husustaki rızaları elden bağışlamanın tamam olması için kâfi sayılabilir⁶⁷.

3° — *Zilyetliğin havalesi* («La délégation de possession», «die Besitzanweisung») :

Medenî Kanunumuzun 892 nci maddesine göre, «Bir üçüncü şahıs... hususî bir sebebe binaen zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın iktisab olunabilir.» (fıkra 1).

Zilyedliğin havalesinde bir kimse muayyen bir şeyin aslı zilyedidir; diğer bir kimse (üçüncü şahıs) da bu şeyin hususî bir sebeple (mukavele veya kanun dolayısıyla) fer'î zilyedidir (yani mal fiilen bu üçüncü şahsın kendi tasarrufu altındadır); zilyedliğin nakli için, nakleden ile iktisab edenin, üçüncü şahsın bundan böyle şeyi, iktisab eden hesabına elinde bulunduracağı hususunda mutabık kalmaları kâfidir. Mamafih, «Zilyed olmakta devam eden üçüncü şahıs, temlik (nakil) eden kimse tarafından haberdar edilmedikçe, zilyedliğin nakli ona karşı hüküm ifade etmez.» (M. K. m. 892, f. 2).

Zilyedliğin havalesinde, bir üçüncü şahsın (meselâ kiracının veya müstevdiin) elinde bulunan mal üzerindeki zilyedliğin, teslim vuku bulmaksızın, nakli bahis mevzuudur.

v. Tuhr'a göre, kanun «elden hibe için malın teslimini şart koştüğundan zilyedliği havalenin elden hibe için kâfi olmadığı anlaşılır. Bir kimse müstecirde bulunan bir malını hibe etmek isterse mevhubunlehe hemen mülkiyetini nakledemeyip ancak ona malı taahhüt edebilir ve icarın bitmesinden sonra müstecirden alması için salâhiyet verebilir. Böyle yapılmak suretiledir ki hibe tenfiz ve mevhubunleh malik olmuş olur.»^{67 a}.

4° — *Hükmen teslim* («Constitut possessoire», «Beitzauftragung») :

Medenî Kanunumuzun 892 nci maddesine göre, «... temlik eden hususî bir sebebe binaen zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın iktisab olunabilir.»

66) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1725.

67) Tuor, Le Code Civil Suisse, exposé systématique, traduit de l'allemand d'après la 4 e édition par Henri Deschenaux, Zurich, 1942, p. 409.

Bu müellif meseleye sırf zilyedliğin intikali bakımından temas etmekte ise de yazdığı husus elden bağışlamanın tamamıyeti hakkında da câri tezkiki edilebilir.

67 a) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1724.

Zilyedliğin naklinin bu nev'ine hükmen teslim denir^{67 b}.

Burada meselâ bağışlayan, zilyedlikte devam etmektedir. Bu taktirde teslimsiz olarak zilyedliğin intikalile elden bağışlama mümkün müdür ?

v. Tuhr'a göre, « taraflar malın, muhafaza için yahut her hangi başka bir sebepten dolayı vahipte kalacağını mukavele ederlerse hibe tenfiz ve mülkiyet nakledilmiş olmaz (fakat vahip malı teslim eder ve muhafaza için mevhubunlehten tekrar geri alırsa hibe muteber olur). Bu kabil mukavelelerin hükümsüzlüğü bence teşri itibarile doğru görünür. Filhaki-ka vahip, malı alıkoyabilse idi onun için hibe kararı çok kolaylaşır. Ve kanunun hibe taahhüdünde şekil şartile önüne geçmek istediği teemmül-süz hareket tehlikesi olurdu.»^{67 c}.

§ 4 — Bağışlama taahhüdünün tenfizi.

I — Menkullerde :

1 — *Muteber bir bağışlama taahhüdünün tenfizi* : Bunun için kanunumuz zilyedliğin nakli hususunda özel bir kayıt koymamıştır. Bağışlanılanın mutlaka teslimi icabetmez. Tenfiz bu yolda yapılabileceği gibi hükmi teslim («constitut possessoire») suretile de olabilir. Meselâ, bağışlayan kıymetli evrakı, bağışlananın adına bir bankaya tevdi eder, veya kıymetleri, bağışlanan hesabına yazmaları için bankaya malûmat verir (ATF, 57, II, 513; yahut JdT, 1932, 489).

2 — *Muteber olmayan bir bağışlama taahhüdünün tenfizi* :

Menkullerin veya hamile muharrer senetlerle temsil olunan alacakların bağışlanması taahhüdü şekle uyulmaksızın yani sözlü olarak yapıldıktan sonra tenfiz edilirse elden bağışlama hükümleri cereyan eder. Filhakika kanunumuz şöyle diyor : «Bağışlama taahhüdü tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur.» (B. K. m. 238, f. 3).

Bu maddenin mânası nedir ? Bu madde eski muamelenin mi sıhhat kazanacağını söylemiştir, yoksa yeni bir muamele sayılacağını mı ifade etmiştir.

Bazı hukukçulara göre, tenfizle şekil noksanı örtülmüş olur⁶⁸.

67 b) Medeni Kanunumuzun 690'inci maddesinin matlabı «hükmen teslim» dir.

67 c) V. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1724.

68) Alman Medeni Kanununa göre şekil noksanı, bağışlama taahhüdünde, § 518, f. 2 gereğince (ve başka bir takım hallerde) taahhüt olunan edimin ifasile ortadan kalkar. İsvicreli müellif Oser Alman sistemine taraftardır (Oser, madde 243 not 7; madde 11, not 33, madde 239, not 34).

Diğer hukukçular ise burada yeni bir muamele bahis konusu olduğu fikrindedir ki bu bize daha isabetli görünüyor. Çünkü, kanaatimizce bağışlama taahhüdü bâtil olmakta devam etmektedir. Tenfiz edilmiş bir sıhhat kazandırmamıştır. Bu itibarla tenfiz muamelesi, bağışlama taahhüdüne (gerek muteber, gerek bâtil) ihtiyaç göstermiyen elden bağışlamayı teşkil etmektedir.

Taahhüt muamelesinin ifası ile şekil noksanının ortadan kalkacağına dair bir kaideyi İsviçre - Türk Borçlar Kanunu ne bağışlamada, ne de başka hallerde tanımaz⁶⁹.

Fakat aynı netice B. K. m. 238, f. 3 hükmü ile başka yoldan elde edilir. «Bağışlama taahhüdü tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur» hükmünü tahlil için v. Tuhr iki hali ayırıyor :

«1° — Taraflar hibe taahhüdünün hükümsüzlüğünü bilmektedirler. Buna rağmen eda yapılmış olursa hibe arzusunun devam etmekte olduğunu kabul etmek lâzımdır. Bundan dolayı 243 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki (bizde madde 238, f. 3) hüküm olmaksızın dahi elden hibe gibi sayılması lâzım gelecek bir unsur vardır».

«2° — Taraflar edayı yaparken hukukî hatadan dolayı şekilsiz taahhüdün muteberliğine inanmaktadırlar. Burada eda, hibe kasdile olmamıştır. Belki var sanılan bir mükellefiyetin (borcun) ifası için yapılmıştır. Şu halde Borçlar Kanununun 63 üncü (bizde 62 nci) maddesine göre ortada istirdad edilecek bir alacak bulunurdu. Burada 243 üncü maddenin 3 üncü fıkrası (bizde 238, f. 3) işe karışır ve hâdisenin hibe sayılmasını emreder. Yani taraflarca arzu edilen «causa solvendi» yerine hibeye dair hakikatte yok olan birlik var farz olunur. Her iki yolda, Alman Medenî Kanunu yolunda ve Borçlar Kanunu yolunda, aynı gaye elde edilir: yani şekilsiz olan hibe taahhüdünün ifasında «condictio indebiti» nin imkânca olması.⁷⁰»

3 — Muteber olmayan bir bağışlama taahhüdünün tenfizi ve mücerret hukukî muamele :

Arsebük, Medenî Kanunun 238 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında «Bağışlama taahhüdü, tenfiz edilince elden bağışlama gibi olur» hükmü ile mücerret muamele arasında bir münasebet görüyor. Filhakika bu müellif şöyle demektedir :

69) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1725

70) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1725 - 1726.

«Her ne kadar Federal Mahkeme menkullerde teslimin illetten mücerret bir tasarruf muamelesi sayılmıyacağını ve çünkü bu hususta kanunda hiç bir sarahat bulunmadığını kararında zikretmekte... ise de B. K. nun 238 inci maddesi (fıkra 3) bu noktada pek haklı tereddütlere meydan verecek bir hükmü muhtevi bulunmaktadır... Bu fıkraya göre şifahî bir taahhüdün yerine getirilmesi lüzum ifade etmekte yani bir tasarruf muamelesi mahiyetini haiz olan eda, illetteki "muteber olmamak" bozukluğunu ortadan kaldırmaktadır. Görülüyor ki 238 inci maddenin 3 üncü fıkrası Federal Mahkemenin "kanunda hiç bir sarahat bulunmadığı" yolundaki düşüncesini sarsacak mahiyette bir hükümdür. Çünkü şifahen yapılan bir hibe taahhüdünün "ifa" sı causa solvendi'ye istinad ettiği halde elden yapılan bir hibenin iletisi causa donandi'dir. Şu izahata göre gayrimenkullerde tasarrufun illetten mücerret olmaması lâzımgelceği hakkında M. K. un kabul ettiği prensibe B. K. tam bir surette sadık kalamamıştır diyebiliriz.»

Kanaatimizce, Medenî Kanununun 238 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmünün mücerret hukukî muamele ile hiçbir ilgisi yoktur. Zira mücerret hukukî muamele sebebin bâtil olması halinde muteber ise de sebepsiz iktisap dâvasına mevzu teşkil eder. Yukardaki fıkra hükmünde ise tamamen sahîh bir muamele karşısında bulunuyoruz ve binnetice sebepsiz iktisap bahis konusu olmuyor.

II — Gayrimenkullerde :

Gayrimenkullerde tenfiz nasıl olur ?

Mülkiyet veya diğer aynî hak, muteber bir bağışlama taahhüdüne istinaden, tapu siciline teşçil edilmektedir ki bağışlanana geçer (B. K. m. 237, f. 2 ve 3).

Gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki aynî hakların bağışlanması taahhüdü şekil bakımından bâtil olduğu taktirde tenfiz muamelesi yani tapu siciline teşçil mümkün değildir. Zira «Bu teşçil, ancak muteber bir bağışlama taahhüdüne istinaden yapılabilir.» (B. K. m. 237, f. 3).

Hataen teşçil edilmiş olmak halinde dahi butlan giderilmiş olmaz. Meselâ bağışlayan, gayrimenkulün bağışlanması taahhüdünü sözlü olarak yapmış ve sonra teşçil hataen vuku bulmuş ise bağışlama yoktur.

Gizli bağışlamalar hakkında da, Federal Mahkemeye göre, durum aynıdır ve bu, kanaatimizce Borçlar Kanunumuzun 237 nci maddesinin 3 üncü fıkrası iktizasıdır.

Mamafih Federal Mahkemenin bu kararı Rossel'e göre, «Bağışlama taahhüdü, tenfiz edilince elden yapılmış gibi olur» diyen kanunî hükme aykırıdır⁷¹.

Rossel, burada Journal des Tribunaux müellifinin fikirlerine iltihak ediyor. Bu müellif şöyle yazmaktadır : (Kanun) «bir gayrimenkulün yahut gayrimenkul üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması taahhüdü, ancak resmî senedle yapılmış ise muteber olur ve gayrimenkulün veya gayrimenkul üzerindeki hakların bağışlanması, ancak tapu siciline tescil edilmekle tamam olur» dedikten sonra madde 243, fıkra 3 (bizde madde 238, f. 3) ilâve ediyor ki «bağışlama taahhüdü, tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olur.» Halbuki elden bağışlamanın esası her türlü şekilden kurtarılmış olmasıdır. Binaenaleyh buradan şu neticeye varılabileceği zâhirdir ki, bağışlananın lehine olarak bağışlama taahhüdü, gayrimenkulün tapu siciline tescil edilmesi suretile infaz edildikten sonra artık tesçilin dayandığı hukukî muamelenin şekil noksanı ileri sürülemez ve binnetice artık muvazaa iddiasında bulunulamaz. Eğer madde 243, f. 3 (bizde madde 238, f. 3) ün mânası bu değilse, elden bağışlamalara benzetmenin ameli neticesinin ne olabileceğini beyhude aramış olacağız.» (JdT., 1919, p. 251).

Bu mütalâa Rossel'e haklı görünüyor ve onun kanaatine bir başka akit altında gizlenmiş bulunan bağışlamaların mutlak surette mahkûm edilemeyeceği keyfiyetinin delillerinden birini teşkil etmektedir.

Bu fikri kabul edemiyoruz. Çünkü bahis konusu fıkra tatbik sahası ancak menkullerdir. Yani ancak bunlar hakkında elden bağışlamaya benzetme yapılabilir.

Federal Mahkemenin kararı bize itiraz götürmez mahiyette görünüyor. Bu kararda şöyle deniliyor :

«Bağışlama taahhüdünün, tenfiz edilince elden yapılmış bağışlama gibi olması keyfiyeti, tesçilin dayandığı hukukî muamelenin şekil noksanı sebebiyle mülkiyetin intikali neticesinin fesih edilebilmesine mâni değildir; filhakika B. K. madde 242, fıkra 3 (bizde 237, f. 3) tesçilin ancak muteber bir bağışlama taahhüdüne istinaden yapılabileceği hükmünü koymuş ve Medenî Kanununun 975 inci maddesindeki (bizde madde 933) umumî esasa göre haklı bir sebep olmaksızın, hususile şekil bakımından yolsuz bir bağışlama taahhüdüne istinaden, yapılan bir tesçilin terkini istenebilir.» (ATF., 54, II, 30; JdT., 1919, I, 246; Praxis VIII, No. 40).

71) Rossel, CO, p. 316 - 317, No. 480.

BAB 2

BAĞIŞLAMADA TARAFLARIN EHLİYETİ

§ 1 — Bağışlamada bulunma ehliyeti.

I — *Kaide* :

Medenî hakları kullanma ehliyetine ve tasarruf salâhiyetine (kudretine) sahip olan herkes bağışlama yapabilir.

II — *Tahdidleri* :

Karı koca mallarının idaresi usulünden yahut mirasçılık hakkından doğan tahdidler mahfuzdur.

Mal rejimlerinden doğan tahdidler :

Mal birliği usulünde :

«Koca, kendi mülkiyetine geçmemiş olan, karıya ait şahsî mallarda alelâde idarî muamelât müstesna olmak üzere karısının rızası olmaksızın tasarruf edemez».

«Şu kadar ki rızanın verilmediğini bilenler veya bilmesi lâzım gelenler yahut kadına aidiyetini herkesin anlayabileceği mallar üzerinde vaki tasarrufta alâkadar olanlar müstesna olmak üzere bu rıza üçüncü şahıslar lehine mevcut ad olunur.» (M. K. m. 198).

Mal ortaklığı usulünde :

«Karı ve koca, alelâde idarî muamelât müstesna olmak üzere ortaklığa giren mallar üzerinde ancak müştereken veya yekdiğerinin rızası ile tasarruf edebilir.

«Şu kadar ki rızanın verilmediğini bilenler veya bilmesi lâzım gelenler yahut ortaklığa dahil olduğu herkesin anlayabileceği mallar üzerinde vaki tasarrufta alâkadar olanlar müstesna olmak üzere bu rıza, üçüncü şahıs lehine mevcut ad olunur.» (M. K. m. 213).

«Karı ve kocanın şahsî mallarına veya mal ortaklığı usulüne tâbî mallara dair karı koca arasındaki hukukî tasarruflar (muameleler) sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.» (M. K. m. 169, f. 2).

Miras hukukundan doğan tahditler :

Mirasçılık hakkından doğan tahditlere gelince, Medenî Kanunumuzun 507 nci maddesi şöyle demektedir : «Hibe edenin kayıtsız şartsız rücu hakkı olan hibeler ile âdet üzere verilen hediyeler müstesna olarak, vefatından evvelki bir sene (İsviçrede beş) içinde yapılmış hibeler» ölüme

bağlı teberrüler gibi tenkise tâbidir. Bu ifade tarzı yanlıştır. Doğrusu şudur : «Âdet üzere verilen hediyeler müstesna olmak üzere, hibe edenin kayıtsız şartsız rücuu hakkı olan hibeler ile vefatından evvelki bir sene içinde yapılmış hibeler» ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbidir. Cümleyi böyle tertib etmelidir. Çünkü istisna ancak âdet üzere verilen hibeler hakkındadır (İsviçre Medenî Kanunu ile karşılaştırınız).

III — *Medenî hakları kullanmaya ehil olmayanın malı bağışlanabilir mi ?*

Borçlar Kanunumuzun 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, «Tasarrufa ehil olmayanın malı, ancak kanunî mümessillerinin mesuliyetleri kaydile* ve vesayet hakkındaki hükümlere riayetle bağışlanabilir.»

Bu hükümden vesayet altındaki şahısların mallarının bağışlanabileceği mânası çıkmakta ise de Medenî Kanunumuzun 392 nci maddesinde mutlak ve kesin olarak «Vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını hibe» edemez denildiğine göre, buna imkân yoktur.

Halbuki İsviçre metninde memnuiyet ancak «ehemmiyetli bağışlamalarda» mevcut olduğundan İsviçre hukukunda vasi kendi sorumlu olarak, vesayeti altındaki kimsenin malından, ehemmiyetsiz bağışlamalarda bulunabilir (İsviçre Medenî Kanunu, madde 408).

Mamafih v. Tuhr başka bir mütalâa serdetmektedir.

v. Tuhr, bu hususta şöyle yazıyor :

«Kanun, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi, cevaz («Dürfen») ve imkân («Können») kelimelerini teknik tâbir olarak kullanmadığından 408 inci maddenin metninden vesayet altındaki bir kimsenin mamelekinden yapılan ehemmiyetli hibelerin gayrı muteber mi olacağı yoksa sadece vasinin, vazifesini ihlâl etmiş mi sayılacağı istinbat olunamaz. Egger'in serhinde muteber olmadığı kabul edilmektedir. Doğrusu da budur. Çünkü asıl olan şudur ki : M. K. daha önce umumî hukukta (müşterek hukukta) ve Alman Medenî Kanununun 1804 üncü maddesinde olduğu gibi vesayet altında bulunan kimsenin mamelekini, vasinin ihsanlarile azalmasına karşı müessir surette himaye etmek istemiştir. Fakat bu tefsir 240 (235) inci maddenin 2 nci fıkrasında M. K. nun 408 inci maddesine atıf için kullanılan sözlerle tereddüde düşmektedir. Bu ikinci fıkrada şöyle deniyor : «Medenî hakları istimale (tasarrufa) ehil olmayanın malı, ancak kanunî mümessilin mesuliyeti kaydile ve vesayet hukukuna dair olan hükümlere riayetle hibe olunabilir.» Bu metin sanki M. K. 408 inci maddesine göre caiz olmayan bir hibe mutebermiş ve fakat kanunî mümessilin mesuliyetini muclp

olmuş gibi bir fikir uyandırmaktadır. Filhakika bu hibe muteber olmasaydı kanunî mümessilin mesuliyetini söylemeye lüzum olmaz idi. Çünkü M. K. 426 (409) uncu maddesi mucibince kasıt ve ihmal ile sebebiyet verdiği her zarardan mesul olan vasinin bilhassa, kendisine men edilen bir hukukî muamele ile iras ettiği zarardan mesul olacağı tabii bir keyfiyettir. Bu düşünceye rağmen bana öyle geliyor ki, vesayet altında bulunan kimsenin mamelekenden yapılacak hibeyi muteber tutmamak ve 240 ıncı maddede vasinin mesuliyetinden bahsedilmiş olmasını zait bir söz saymak doğrudur»⁷².

v. Tuhr'un bu fikirlerine iştirak edemiyoruz. Bizce İsviçre Kanununa göre vasi kendi sorumlu olarak, vesayeti altındaki kimsenin malından, ehemmiyetsiz bağışlamalarda bulunabilir. Böylece maddeleri telif etme cihetine gitmelidir.

Bizim kanunumuza göre ise durum başkadır.

Medenî Kanunumuzun 392 nci maddesile Borçlar Kanunumuzun 235 inci maddesinin ikinci fıkrası arasında bir tezat görülüyor. Bu uyumsuzluk 392 nci maddenin tercümesi yapılırken, mehzadaki «ehemmiyetli» kelimesinin ihmal edilmiş veya ne ehemmiyette olursa olsun tarzında anlaşılmış olmasından ileri gelse gerektir.

Bu yanlışlık sebebiyle bizde, medenî hakları kullanmağa ehil olmayan kimsenin malının hiçbir suretle ve ne miktarda olursa olsun bağışlanılmıyacağını kabul etmek lâzımdır. Zira burada Borçlar Kanununun 235 inci maddesi «vesayet hakkındaki hükümlere» yani Medenî Kanunun 392 nci maddesine atıf yapmakta ve kendisine atıfta bulunulan bu madde de vasinin, vesayeti altındaki kimseye ait malı bağışlamıyacağını mutlak surette ifade etmektedir.

Acaba veli, vesayeti altındaki kimsenin malını bağışlayabilir mi ?

Bu soruya menfi surette cevap vermek gerektir. Zira «vesayet altında bulunan kimsenin âdî muamelâta iştiraki müstesna olmak üzere, vasi marifetile temsile müteallik hükümler veli hakkında da tatbik olunur.» (M. 269, f. 2).

Vasi veya veli, vesayeti veya velâyeti altındaki kimsenin malını bağışlayamadığına göre, bu hususta mahçura veya küçüğe izin dahi veremez.

Böylece, mahdut ehliyetsizler kendi mallarını bağışlayamayacakları gibi bu muameleyi temsilcilerinin riza veya icazetiyle veya onlar marifet ve vasitasiyle de yapamazlar.

72) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1721 - 1722.

Mahdud ehliyetli kimsenin durumuna gelince yani hacrine kâfi sebep bulunmamakla beraber medenî haklarını istimal ehliyetinden kısmen mahrum edilmesi menfaatî iktizasından bulunan reşide kanunun tahdidi olarak saydığı işlerinde reyi alınmak üzerinde bir müşavir tayin olduğu takdirde bu reşidin bağışlama yapabilme bakımından kanunî müşavirin reyine ihtiyacı olup olmamasına gelince :

Bu hususta Medenî Kanunumuzun 379 uncu maddesi kanunî müşavirin reyine lüzum gösteren işleri 9 kalem olarak sıralamış ve bunların yedincisi olarak bağışlamayı kaydetmiş olduğuna göre, kendisine kanunî müşavir tayin olunan kimsenin bağışlamada bulunabilmesi için müşavirinin reyini alması gerektir.

İsraf sebebiyle hacrolunan hakkında kanunumuz bağışlamaya dair hususî bir hüküm sevketmiştir ki o da şudur : «Bir bağışlamayı takib eden sene içinde başlayan bir mahkeme neticesinde, bağışlayanın israfından dolayı hacrine hükmolunursa, o bağışlama sulh mahkemesince iptal olunabilir.» (B. K. m. 235, f. 3)⁷³⁻⁷⁴.

Burada bu bağışlama ancak sulh mahkemesi tarafından iptal olunabilir. Yalnız başına vasiinin böyle bir hakkı yoktur.

Bağışlayan ancak israfından dolayı hacredilmiş olmalıdır. Diğer bir sebeple hacir bahis konusu değildir.

Hacire dair muhakeme bağışlamayı takib eden sene içinde başlamış olmalıdır.

Böylece bidayette muteber olan bir bağışlama sulh mahkemesi kararile iptal olunmaktadır. Bu karar makale şâmilidir.

Başlıbaşına bağışlamanın bir israf addedilip edilmemesi ehemmiyeti haiz değildir. Hacir kararının bağışlayanın veya üçüncü bir şahsın talebi üzerine verilmiş olmasının da bir kıymeti yoktur. Kanunun aradığı şart bağışlayanın israf sebebiyle hacredilmiş olmasıdır.

73) İsviçre Borçlar Kanununa göre, bu iptal vesayet dairesinin dâvası üzerine yapılır. Bu hususu v. Tuhr garip olarak vasıflandırıyor. Zira bütün başka dâvatar kanunî mümessil sıfatile vasi tarafından açılır ve vesayet dairesi murakabe ve şikâyet mercii sıfatile vazife görür (v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1722).

Bizim kanunda «sulh mahkemesince iptal olunabilir» denmesine göre bu garabet ortadan kalkmıştır (v. Tuhr, adı geçen makale, aynı sahife, Prof. Sabri Şakir Ansay'ın notu).

74) Bu hüküm Alman Medenî Kanununa nazaran bir terakki ifade eder. Alman Medenî Kanununa göre böyle bir bağışlama, sonradan haczedilen bağışlamanın akli vaziyeti itibarile ahlâk ve adaba aykırı görünürse ancak o zaman bâtıldır (v. Tuhr, Alman Medenî Kanunu Umumi Hükümleri, § 70, not 127).

§ 2 — Bağışlamayı kabul ehliyeti :

I — *Bağışlama şartlı veya mükellefiyetli olmadığı takdirde :*

Bağışlamayı kabul edebilmek için temyiz kudretine sahip olmak kâfidir (B. K. m. 236, f. 1). Medenî hakları kullanma ehliyetine ihtiyaç yoktur. Mümeyyiz küçük ve mümeyyiz mahçurlar mahdud ehliyetsizdirler ve ivazsız iktisapta bulunmak için kanunî mümessillerinin rızalarına muhtaç değildirler (M. K. m. 16, f. 1). Bağışlamaya mevzu teşkil eden şeyin menkul veya gayrimenkul olması arasında bir fark yoktur.

Fakat bu kimselerin kanunî mümessilleri bunları bağışlamayı kabul-den men veya bağışlanılan şeyin geri verilmesini emredebilir. Bu takdirde bağışlama taahhüdü keenlemyekûn veya elden bağışlama merdud olur yani bundan dönülmüş sayılır (B. K. m. 236, f. 2). Kanunî mümessilin bu müdahalesile, bağışlama makable şâmil olarak («ex tunc») ortadan kalkar.

Burada bağışlamanın saiki kanunî mümessile şaibeli görünmektedir. Bilhassa, mümeyyiz küçüklere yapılan bağışlamaların ahlâkî bakımdan iyi maksatlara matuf olmaması gibi hallerde kanunî mümessile, bu fıkra, müdahale hakkı bahşetmiştir.

Böylece, bağışlamanın saiki esas itibarile hukuk nazarında bir ehemmiyeti haiz değil iken bu saikin şaibeli görüldüğü hallerde istisnaen bir hukukî netice hasıl edebilmektedir.

II — *Bağışlama şartlı veya mükellefiyetli olduğu takdirde :*

Eğer bağışlama şartlı veya mükellefiyetli ise mahdud ehliyetsiz kimse bunu kanunî temsilcisinin rızası olmadan kabul edemez. Mükellefiyetli bağışlamalar sırf ivazsız iktisab mahiyetinde değildir.

BAB 3

BAĞIŞLAMADA KABULÜN NETİCELERİ

§ 1 — *Umumî hükümler :*

Bağışlamada icab ve kabule dair umumî hükümler kaideten cereyan eder^{74a}. Fakat kanun bağışlamaya hâs bazı istisnai hükümler de kabul etmiştir.

Evvelâ icaba dair birkaç umumî hükmü hatırlatalım :

74 a) Funk, ad. art., 244, p. 168.

Bilindiği üzere, umumî hükümlere göre, «Hazır olmayan bir şahsa karşı müddet tâyin olunmaksızın dermeyan olunan icab, zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vusûlüne intizar edebileceği dakikaya kadar, onu yapan hakkında lüzum ifade eder.» (B. K. m. 5, f. 1).

Keza umumî hükümlere göre, icabın geri alınması şöyle olur :

«İcabın geri alındığı haberi icabın vusulünden evvel yahut aynı zamanda mürselünileyhe vasıl olur yahut icabdan sonra vasıl olmakla beraber mürselünileyh icaba muttali olmazdan evvel kendisine tebliğ olunursa, icab keenlemyekûn addolunur.

«Bu kaide kabulün geri alınmasına da tatbik edilir.» (B. K. m. 9).

§ 2 — Hususî hükümler :

Bazı umumî hükümler, bağışlamada tatbik olunmayıp burada kanun hususî hükümler sevketmiştir.

İşte, icab ve kabulün geri alınması hususunda yukarıda beyan olunan umumî hükme bir istisna teşkil etmek üzere, bağışlayan, kabul haberi kendisine vasıl oluncaya kadar icabından dönebilir^{74b}. Kabul haberi kendisine vasıl olduktan sonra artık bağışlama akdi in'ikad etmiştir. Demek oluyor ki, in'ikattan evvel, bağışlayanın icabından dönmesi kabildir.

Filhakika Borçlar Kanunumuzun 239 uncu maddesindeki hususî hükme göre ; «Bir kimse, diğerine bağışladığı malı, diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile, bağışlayanın kabulüne kadar bağışlamasından rücu edebilir.»

Daha doğrusu icab, bağışlanan tarafından kabul edilinceye kadar, bağışlayan bağışlama kararından dönebilir. Biraz yukarıda söylediğimiz gibi bu icabın geri alınabilmesi kabul haberi bağışlayana vasıl olmadıkça mümkündür.

Elden bağışlamada da durum böyledir. Bağışlanılan bağışlayan tarafından bağışlanana teslim edilmedikçe rücu kabildir. Burada tesellüm kabul yerine geçer

Eğer icab, bağışlanan tarafından vâki olursa, bağışlayanın rıza göstermesi veya şeyi teslim etmesi veya göndermesi kabul teşkil eder. Bu kabulden ise ancak Borçlar Kanununun 9 uncu maddesi gereğince dönülebilir.

Şu noktayı önemle belirtelim ki burada bahis mevzuu olan kabul sadece bağışlanılan mala taallük etmeyip bağışlama kasdine de matuftur.

74 b) Funk, ad. art., 244, p. 108.

v. Tuhr'un dediği gibi, bu mesele İsviçrenin eski jürisprüdansında münazaalı idi ve bundan dolayı kanunca hal edilmesi lâzımgeliyordu. Kanunun hal tarzına göre, bağışlananın kazandırıcı muameleyi bağışlama niyetile yapıldığı mülâhazasile kabul etmesi lâzımdır. Bu nokta 244 (bizde 239) uncu maddede kapalı ve binnetice yanlış anlaşılabilir bir surette ifade olunmuştur. Filhakika, kabul kelimesi iki mânaya gelir. Bundan maksat bağışlanan şeyin kabulü olabileceği gibi bağışlama niyetine muvafakat dahi olabilir. Maksat bu ikincisidir.

Sözü v. Tuhr'un kendisine bırakalım :

«Eğer hibe kasdı — kural olarak câri olduğu üzere — teberrü (kazandırıcı muamele) sırasında izhar edilmiş ise teberrüün kabulünde aynı zamanda vâhibin kasdına muvafakat vardır.

«Fakat hibe arzusu izhar edilmeden teberrü (kazandırıcı muamele) yapılırsa, meselâ A, B ye 100 lira gönderir ve bu hibedeki maksadını B ye sonraki bir mektupta bildirmek isterse iş başkalaşır. Burağa B, parayı aldıktan sonra, fakat mektubu henüz almadan önce A, maksadını değiştirebilir mi? Ve parayı geri isteyebilir mi?

«244 üncü (bizde 239 uncu) maddedeki kabul, teberrüe (kazandırıcı muameleye) matuf olursa, demek lâzım gelecektir ki para B tarafından kabul edilmiş olduğundan artık geri alınmayacaktır. Fakat kanundaki mâna bu olamaz. Çünkü henüz kabul edilmemiş olan yani henüz tamam olmamış olan bir teberrüün geri alınabileceği pek tabiidir ve teberrüün her nev'inde câridir. Ve bunun için hibede ayrıca söylenmesine lüzum yoktur.

«Bundan dolayı 244 üncü maddedeki kabul (Alman Medenî Kanununun 516 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında olduğu gibi) ancak hibe kasdına muvafakati tazammun eder. Şu halde misalimizde A nın mektubu B ye ulaşmış olmadıkça ve B muvafakatini sarîh veya zımnî surette izhar etmedikçe A parasını geri isteyebilir.»⁷⁵.

239 uncu maddedeki, «malı, diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile» kaydının mânasına gelince, bu ibare tereddüde düşürecek mahiyette kaleme alınmıştır.

v. Tuhr'un dediği veçhile, «Kanunun ne gibi haller tasavvur ettiği Alman Medenî Kanununun 516 ncı maddesinin 2 nci fıkrasından anlaşılır: Taraflar henüz hibe hakkında bir olmuş değillerken (yani mutabık kalmış

75) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1718. v. Tuhr'un ilâve ettiği gibi «bu hüküm, 244 üncü maddenin (bizde 239 uncu maddenin) şaşkırtıcı metni ile o kadar kapalı kalmıştır ki kanunun hakiki mânasını anlamakta yanılan bir kimse bundan dolayı muaheze edilemez.» (v. Tuhr, adı geçen makale, aynı sahife).

değillerken) A'nın mamelekenden hukukî bir tefrik ve B'nin mamelekine bir nakil yapılmış olması, meselâ B'nin borcunun ödenmesi, yahut B'nin lehine bir alacak vücade getirilmesi hallerinde işbu daha önce yapılmış olan teberrüler (kazandırıcı muameleler) ancak B, A'nın hibe arzusuna muvafakat ettiği surette hibe olur.⁷⁶⁻⁷⁷

«Malı, diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile» kaydıla kanunun kastettiği mâna bu olup her hangi bir tefrik bahis konusu olamaz.

Gene v. Tuhr'un kayıt ettiği gibi, meselâ A'nın B'ye bağışlamak istediği şeyi bilfarz parayı B'ye mahsus olmak üzere bir yere faraza yazı masasına koyması kanunun «bilfiil tefrik» ile kastettiği mâna olamaz. «Çünkü, diyor v. Tuhr, A'nın bu parayı geri alabileceği o kadar bedihidir ki bir kanun için bunu beyana lüzum yoktur. A, paranın maliki olarak kalır. Yazı masasına her hangi bir maksatla koymuş olduğu bütün öbür paralar üzerinde olduğu gibi bu para üzerinde de o suretle serbestçe tasarruf eder. Hattâ B'nin yapacağı bir kabul beyanı da bu vaziyette hibenin tamam olması için kâfi gelemes. Çünkü A, B'ye, ayrılmış parayı hibe ettiğini bildirirse ve B teşekkürle muvafakat etse B, teslim vuku bulmadığı için paranın maliki olamayacağı gibi tahriri şekilde yapılmadığı için bir hibe taahhüdünün alacaklısı da olmaz.»⁷⁸

BAB 4

BAĞIŞLAYANIN SORUMLULUĞU

Bilindiği veçhile, akitlerde umumî kaide borçlunun her kusurundan mesul olmasıdır (B. K. m. 98, f. 1).

Bağışlayanın sorumluluğu ise diğer herhangi bir âkidinkinden umumiyetle daha dardır. Çünkü bağışlama bağışlayana menfaat sağlamaya matuf bir akit değildir.

Bu dar mesuliyet hakkında kanunumuzda birkaç madde vardır.

Borçlar Kanunumuzun 98 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, bir akit borçlu için fayda sağlamaya matuf değilse sorumluluk daha az şiddetle takdir olunur.

Bu bakımdan, Borçlar Kanunumuzun 104 üncü maddesindeki hüküm de nazara alınmalıdır: «... hibe ettiği bir miktar paranın tedlyesinden

76) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1719.

77) Alman Medeni Kanununun adı geçen hükmüne evvelce de temas etmiştik.

78) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1719.

temerrüt eden borçlu bunlar için geçmiş günler faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren tediye mecburdur.»

Bu, istisnai ve bağışlamaya has bir hükümdür. Çünkü kaide bu faizi temerrüd tarihinden itibaren ödemeye mecbur değildir.

Bunlardan başka bir de Borçlar Kanunumuzun 243 üncü maddesi bağışlayanın sorumluluğuna temas ile şöyle diyor :

«Bağışlayan, hileden veya ağır dikkatsizlikten maada hallerde, bağışlamadan neşet eden zarardan bağışlanana karşı mesul olmayıp, ancak bağışlanılan şeyin veya alacağın tekeffülünü vadetmiş ise, bununla mükelleftir.»

Bu madde mehzada iki fıkra halinde yazılmıştır ki doğrusu budur. Çünkü bu maddede iki ayrı meseleden söz açılmıştır.

Birinci fıkrada bağışlamanın kendisinden bağışlanan için bir zarar hasıl olması bahis konusudur. Bağışlanılan at huysuzmuş, köpek kuduzmuş, ev çökmek üzere imiş... Bu yüzden bağışlanan zarara duçar olmuş.

Bu taktirde kaide, bağışlayanın mesul olmayacağıdır. İstisnaen iki halde sorumlu olur :

Evvelâ, bağışlayanın hilesi varsa mesul olur. Hilenin olabilmesi için bağışlayanın bu tehlikeyi bilmesi gerektir.

Saniyen, bağışlayanın ağır dikkatsizliği varsa mesul olur. Ağır dikkatsizlik (ağır ihmal) bağışlayanın mutad ihtimamla hareket etse idi tehlikeyi bilebileceği haller de vardır.

İkinci fıkrada evvelâ, bağışlananın üçüncü şahıs tarafından zaptına veya ayıplarına karşı mesuliyet meselesi bahis konusudur. Burada satıcının sorumluluğu derecesinde bir teminat borcu hakkeniyete uygun olmaz. Bu itibarla kanun, bağışlayamı bağışlananın üçüncü şahıs tarafından zaptı veya ayıplarından dolayı kaideten mesul tutmayıp ancak bu hususun tekeffülünü vaad etmiş ise bununla mükellef kılar.

İkinci fıkrada saniyen, alacağın ivazsız olarak temlik edilmesi halinde alacağın mevcudiyeti veya borçlunun ödeme kabiliyeti bakımından bağışlayanın sorumluluğu bahis konusudur.

Alacağın bağışlanmasında esas kaide şudur :

«Temlik meccanen vaki olmuş ise temlik eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zamin olmaz» (B. K. m. 169, f. 3).

Alacağın meccanen temlikinde borçlunun aczinden de temlik eden mesul değildir.

Bağışlayan, bunların tekeffülünü vaad etmiş olduğu taktirdedir ki bu vaadi yerine getirmekle mükelleftir.

Böylece alacağın mevcudiyetini ancak tekeffül etmiş olma halinde zamin bulunma bağışlayana has istisnai bir hükümdür. Zira «Alacağın

temlikli ivaz mukabilinde icra edilmiş ise, temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamindir.» (B. K. m. 169, f. 1).

Halbuki borçlunun ödeme kabiliyeti bakımından meccani temlikle ivazlı temlik arasında fark yoktur. İvazlı temlikde temlik eden «Ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun aczinden mesul değildir.» (B. K. m. 169, f. 2).

Diğer bir mesele de ifanın imkânsızlığı defini alâkadar eder. İfanın imkânsızlığının kendi hile veya ağır ihmalden neşet etmediğini isbat eden bağışlayan bu defide bulunabilir.

Bağışlanan, bağışlama taahhüdüne dayanarak, bağışlayana veya bunun ölümü halinde (eğer bağışlama muayyen zamanlarda edimde bulunulmasını tazammun etmiyorsa) mirasçılara karşı, taahhüdün ifası veya tazminat itası yolunda dâva açabilir.

Bağışlama taahhüdünün ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi sebebiyle açılan tazminat talebi dâvasına karşı, bağışlayan eğer ifanın imkânsızlığının kendi hile veya ağır kusurundan ileri gelmediğini isbat ederse borcundan kurtulur (B. K. m. 98).

BAB 5

BAGIŞLAMADAN RÜCU, BAGIŞLAMANIN İPTALİ VE SON BULUŞU

§ 1 — Bağışlamadan rücu.

§§ 1 — Evvelki hukukumuzda :

Evvelki hukukumuzda hibenin tamamıyeti kabza mütevakıf olduğundan hibeden rücu keyfiyetinin arzettiği hususiyetlere nüfuz edebilmek için, kabzdan evvelki rücu ile kabzdan sonraki rücu t-frik etmek gerekirdi.

Kabzdan evvel :

Hibe, icab ve kabul ile mün'akid olursa da tamam olmadığı cihetle vâhib, kabzdan evvel hibesinden bizzat (yani mevhubulehin rızasına veya hâkimin kararına — kazasına — muhtaç olmaksızın) rücu edebilirdi, velev ki bu hibe zî rahmi mahrem hakkında yapılmış olsun. Mevhubunleh, mevhubu bizzat veya naibi vasıtasıyla kabzetmedikçe ona mâlik olmadığından vâhib, kabz vuku bulmadıkça mevhubda tasarruf edebileceği gibi mevhubun zevaidi de kendisine ait bulunur, hattâ böyle kabz vuku bulmadan vâhib veya mevhubunleh ölse hibe bâtil olur idi.

Vâhib vefat etmiş ise hibe edilen mal vâhibin vârislerine geçerdi. Mevhubunleh vefat etmiş ise hibe edilen mal vâhibe veya vâhibin vârislerine avdet ederdi.

Kabzdan evvel hibeden rücu, kavlen olabileceği gibi fillen de mümkündür. «Hibemi nakzettim» veya «hibemden döndüm» gibi sözler kullanılması halinde kavlen rücu vardı. Mevhubu başkasına hibe ve teslim etmek veya satıp teslim eylemek gibi hallerde ise fillen rücu karşısında kahrırđı.

Vâhibin, icabından sonra mevhubunlehi kabzetmekten nehiy etmesi de hibeden rücu idi, velev ki kabul vâki olmuş bulunsun. Vâhibin icabı, hernekadar kabza delâleten izin demek idise de sarahaten nehiy halinde bu delâlete itibar olunmazdı. Hattâ kabza sarahaten izin vermiş olsa bile bu nehiy yine muteberdi. Çünkü kabz vuku bulmadığından mevhubunlehe mülkiyet sabit olmamış sayılırdı. Artık bu halde mevhubunleh mevhubu kabzederse gâsıb olurdu.

Hülâsa, bir kimseye hibe edilen bir mal, o kimse tarafından kabzedilmedikçe hibeden serbestçe rücu edilebilir ve o mal başkasına hibe olunabilirdi. Çünkü bu mal, kabz vuku bulmadıkça vahibin mülkünden çıkmış olmazdı.

Kabzdan sonra:

Vâhib, kabzdan evvel olduğu gibi kabzdan sonra da hibesinden rücu edebilirdi. Şu kadar ki kabzdan sonra rücu edebilmesi için ya rıza veya kaza bulunmalı idi. Vâhib, mevhubunlehin rızası veya hâkimin kazası olmaksızın, makbuz bulunan hibesinden rücu ederek mevhubu istirdad etse gâsıb olarak kendisine zaman lâzım gelirdi. Zira kabz ile mülkiyet mevhubunlehe intikal etmiş olurdu. Fakat hibede kabz ile hâsil olan mülk, bir mülkü gayrı lâzımdı. Binaenaleyh bir mâni bulunmadıkça bundan birrıza rücu olunabileceği gibi bil'kaza da rücu olunabilirdi. Mevhubunleh, kabzdan sonra vâhibin rücuuna ve hibenin feshine razı olmaz ise vâhib, hâkime müracaat edebilirdi. Hâkim, rücu mâni bulunmayınca, hibe akdini fesh ve mevhubu vâhibe iade ederdi. Hâkim feshe karar vermedikçe mevhub, mevhubulehin mülkünde bulunmuş, onda başkasına hibe veya bey' gibi tasarrufatı nâfiz olmuş olurdu. Rücu mânilerinden biri bulunduğu takdirde ise fesih cihetine gidilemezdi ve hâkim vâhibin rücu hakkı olmadığına hükmederdi, meğer ki bir hibeî fâside bahis mevzuu olsun. Hibeden bilkaza rücu bir fesihti. İki tarafın birrıza rücuu ise bazılarına göre yeni bir hibe, bazılarınca fesihti.

Tamam olan bir hibeden rücu yedi hâl mâni idi: 1° — Neseben karabeti mahremiye, 2° — Zevciyet, 3° — İvaz, 4° — Ziyadei muttasıla.

5° — Mevhubunlehin mülkünden mevhubun çıkması, 6° — Mevhubun helâki, 7 — Vâhib ile mevhubunlehden birinin vefatı.

Tamam olan bir hibeden rücu mâni teşkil eden yedi hali kısaca izah edelim :

1° — Neseben karabeti mahremiye :

Nesebce olan karabeti mahremiye, vâhib ile mevhubunlehdin arasında dîn veya tâbiyet ihtilâfı bulunsa bile, sahih bir hibeden rücu mâni idi. Böylece, bir kimse, usulüne, fûruuna, kardeşlerine veya bunların evlâdına, yahut amcalarına, halalarına, dayılarına, teyzelerine bir malını sahih surette hibe ve teslim etse artık hibesinden rücu edemezdi. Bu taktirde hibe, mahrem olan zî rahme yapılmış olurdu. Böyle bir hibeden dönmek, kat'ı rahme ve karibler arasında adavet ve bürudet husulüne sebebiyet verebileceği cihetle tecviz olunmamıştı.

2° — Zevciyet :

Hibe zamanında mevcut olan zevciyet, hibe sahihadan rücu mâni idi. Binaenaleyh bir erkek karısına veya bir kadın kocasına bir malını hibe ve teslim etse rücu edemezdi, velev ki sonradan zevciyet, talâk ile zail olsun.

3° — İvaz :

Sahihi bir hibenin tamamına mukabil mevhub malın gayrisından verilip vâhib tarafından ivaz olduğu bilinerek kabzedilen bir mal, hibeden rücu mâni idi.

4° — Ziyadei muttasıla :

Mevhubun tamamen aynı anda kıymetinin tezayüdünü mucib bir surette vücade gelen ziyadei muttasıla, hibeden rücu mâni idi. Meselâ mevhub bir arsa olup ta mevhubunlehdin bunun üzerinde kıymetinin artmasını mucib bir bina yaptırarsa artık hibeden rücu edilemezdi.

5° — Mevhubunlehin mülkünden mevhubun çıkması :

Mevhubunlehin mevhubu mülkünden çıkarması hibeden rücu mâni idi. Meselâ mevhubunlehdin mevhubu satsa veya hibe edip teslim etse artık rücu imkân kalmazdı.

6° — Mevhubun helâki :

Mevhubun telef olması veya itlâf edilmesi, hibeden rücu mâni idi. Meselâ mevhub kendi kendine zâyî olsa veya mevhubunlehdin veya başkası tarafından istihlâk edilse vâhibin rücu hakkı kalmazdı.

7° — Vâhib ile mevhubunlehten birinin vefatı :

Bu da hibeden rücu mâni idi.

Vâhib vefat etse vârisleri hibeden dönemezdi. Çünkü rücu hakkı ancak vâhibe verilmişti.

Mevhubunleh vefat etse vâhib hibesinden rücu edemezdi. Zira mevhub, mevhubunlehin vârislerine intikal etmiş olurdu.

Tamam olan hibeden rücu mâni teşkil eden yedi hâlin tetkikinden çıkan netice şu oluyor ki kabzdan sonra da kaideten rücu kabildi, fakat rücu mânileri olarak istikra olunan yedi sebepten biri hâdisede bulunursa vâhib hibesinden dönemezdi. Diğer bir ifade ile, eski hukukumuzda hibeden rücu asıldı, rücu mânilerinden birinin bulunması hâlinde hibeden dönülemez keyfiyeti istisnaî bir durumdu.

§§ 2 — İ s v i ç r e - T ü r k h u k u k u n d a :

Şimdiki hukukumuzda bağışlamadan rücu edilememek asıldır; kanunen muayyen sebeplerin tahaddüsünde, bağışlayanın bağışlamasından dönebilmesi istisnadır : filhakika rücu, muayyen sebepler dolayısıyla ancak bazı hâdiselerde istisnaen kabul olunur .

Yani bir akit olması itibarile, bağışlama ister elden yapılmış, ister taahhüt edilmiş olsun, kaideten rücu kabul etmez ve binnetice bir tarafın iradesi mahsulü olarak bağışlamadan kaideten dönülemez. Fakat bağışlama pek hususî birtakım vasıfları haiz bulunduğundan rücu bahsinde kendine has kaideleri gerektirir. Bu cihetleri göz önünde bulunduran kanun vazı bağışlamadan rücu istisnaen ve muayyen rücu sebeplerinin mevcudiyeti halinde cevaz vermiştir.

Kanunumuz elden bağışlamadan veya tenfiz edilmiş bağışlama taahhüdünden rücu ile bağışlama taahhüdünden rücu arasında bir tefrik yaparak rücu hallerini (sebeplerini), rücuun neticelerini, rücuda müruru-zamanı, rücu hakkının mirasçılara geçmesi meselesini tanzim etmiştir.

I — *Elden bağışlamadan veya tenfiz edilmiş bağışlama taahhüdünden rücu halleri.*

1 — *Mükellefiyetle takyid olunmayan bağışlamalarda :*

Mükellefiyetle takyid olunmayan bağışlamalarda bağışlanan hukuken hiçbir borç altına girmiş olmaz ise de bağışlayana karşı ahlâken bir şükran borcu ile bağlı bulunur. Bu pasif bir borç olup bağışlayana karşı şükran hissi ile tamamen aykırı hareketlerde bulunmaktan çekinme tarzında tezahür eder. Bağışlanan bu şükran borcuna aykırı hareket ettiği takdirde hukukî bir müeyyide ile karşılaşır ki o da şundan ibarettir :

Bağışlayan bağışlananın bir nevi nankörlüğünü ileri sürerek bağışlamadan rücu edebilir. Mamafih her türlü nankörlük rücu sebebi teşkil etmez. Kanun koyucu ne türlü nankörlük hareketlerinin rücu sebebi olarak nazara alınabileceğini belirtmiştir. Filhakika burada rücu için miras hakkından (daha doğrusu mahfuz hisseden) cezai olarak ıskatı mucib sebepler aranır ki şunlardır :

A — *Bağışlananın, bağışlayana yahut yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm irtikâb etmesi* (B. K. m. 244, n. 1):

Ağır cürüm tâbiri geniş mânada tefsir edilmelidir. Ceza kanununda her bir cürüm için verilen tarifleri nazara almak lâzım gelmez.

Bu cürmün bağışlayana yahut yakınlarından birine karşı işlenmiş olması aranır. Bağışlayanın yakınlarından maksat sadece hısımları olmayıp içtîmâî bağlarla ve sevgi ile merbut olduğu kimselerdir. Meselâ samimî bir arkadaşı da yakınlarından sayılır.

v. Tuhr ağır cürüm tâbiri yerine ağır aykırı hareket mefhumunu koymak istemektedir.

v. Tuhr'un bu husustaki satırlarını aynen dercediyoruz :

«249 (244) üncü madde 1 inci numarası mevhubunlehin vahibe karşı ağır bir cürüm irtikâb etmesi hâlinde rücu müsaade etmektedir. Bu hüküm bana dar görünmektedir. Çünkü fiil veya delil ile yapılmış ağır bir tecavüz gerek hukuk dilinde ve gerek alel'âde dilde ağır cürüm demek olmadığı halde benim hukukî hissime göre hibeden rücu hak vermeli idi. Filhakika rücu, mevhubünlehin haksız bir hareketine değil, belki teşekkür hususundaki ahlâkî mükellefiyetine karşı olan tecavüzüne müstenittir. Bunun için Alman Medenî Kanununun 530 uncu maddesi, hakkile, mevhubunlehin ağır bir aykırı hareketinden («Verfehlung») bahsetmiş ve bu tâbirle burada bahis mevzuu olan haksızlığın hukukî değil, belki ahlâkî olduğunu anlatmak istemiştir. Borçlar Kanunu hibeden rücu, M. K. 477 (457) nci maddesinde mirasçının ağır bir cürüm işlemesi halinde bahis mevzuu olan mahfuz hisseden ıskat ile bir ahenkte bulundurmamak istedi. Mirastan ıskat sebebi hakkındaki işbu tavsif, teşriî noktadan haklı mıdır keyfiyetini bir tarafa bırakmak istiyorum. Fakat bence hibeden rücu için mirastan ıskattaki mülâhazalardan başka mülâhazalar göz önünde tutulmalı idi. Çünkü mirastan ıskat ile kanunun mirasçıya verdiği bir mamelek nezedilir. Halbuki vâhip sırf serbest kararile ve hayırhahlıktan teberrü ettiği şeyi geri almaktadır. Bui tibarla fikrimce mirastan mahrumiyet (ıskat) sebebi olmağa kâfi olmıyan aykırı hareketler («Verfehlungen») hibeden rücu yetebilir.»⁷⁹.

79) v. Tuhr, adı geçen makale, sahife 1728.

B — *Bağışlananın, bağışlayana veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifelere ehemmiyetli bir surette riayetsizlikte bulunmuş olması (B. K. m. 244, n. 2) :*

Gerek bağışlayanın kendisine, gerek ailesine karşı bağışlananın kanunen mükellef olduğu ailevî vazifelere mühim riayetsizlik bahis konusu olduğuna göre bağışlanan bağışlayanın hısmı olmalıdır.

Ailevî vazifeler mefhumu kesin bir surette tarif edilemez.

Bu vazifelere mühim bir riayetsizlikte bulunulmalıdır. Bağışlayana karşı saygıda ufak tefek kusur etmek veya bunun tasvib etmediği bir kimse ile evlenmek veya biraz serbestçe bir hayat sürmek bu ailevî vazifelere mühim bir riayetsizlik teşkil etmez. Bil'akis mesclâ karı koca arasındaki sadakat borcunun ihlâli, bilfarz zina, ailevî vazifelere mühim bir riayetsizliktir.

Aile mefhumu ancak yakın hısımlara şâmindir.

Borçlar Kanunumuzun 244 üncü maddesinin 2 numaralı fıkrasile ilgili 2 Temyiz kararını aşağıya aynen dercediyoruz :

İnci Karar :

Esas : 1131 - Karar : 1801.

Dâva : Dâvalıyı bir yaşından 27 yaşına kadar manevî evlât yaparak öz anası gibi bakmış ve tapunun 919 ada ve 15 parselinde kayıtlı evini (kendisinden evvel vefatı halinde yine kendisine rücu ettirmek suretile) hibe etmiş olduğu halde dâvalı açtığı nafaka dâvasının duruşmasında dâvalının nafaka vermiyeceğini ve kendisini ana tanımadığını beyan eylemiş olduğundan bahsile hibe ettiği gayrimenkulün dâvalı adına olan kaydının iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

Karar : Dâvacının mânevî evlâdı dâvalıya hibe ettiği ve ölünceye kadar bakmak şartı konulmadığı tarafların ifadeleri ve ibraz olunan tapu senedindeki meşruhat ile anlaşılmalı olmasına mebni mesnetsiz olan dâvanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay kararı : Dâvalının kendisine bakmadığı ve nafaka vermediği iddia edilmiş olmasına göre Borçlar Kanununun 244 üncü maddesinin 2 nci bendi hükümlerince gerekli inceleme yapılarak varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken eksik inceleme ile dâvanın reddi cihetine gidilmesi yolsuzdur. 30.6.1949.

2 nci Karar :

Yarg. 1 inci Huk. D., E. 951-8836/K. 3997. Mah. İst. As. 10 uncu Huk. Fatih'te Şehremini Paşa Cami Sokağında 2/3 numaralı evde oturan Şevkiye vekili nin Beşiktaşta Akaret apartımanlarında kapıcı aleyhine, müvekkilinin Fatih'te 3 numaralı mükerrer gayrimenkulün yarım hissesini manevî evlâdı olan dâvalıya Borçlar Kanununun 242 nci maddesi mucibince rücu şartı ile hibe etmiş ise de dâvalı müvekkiline hiçbir yardımda bulunmadığı gibi itaatsizlik ettiğinden ve hastalandığı halde tedavi ettirmemiş olduğundan hibeden rücu eylediğinin tesbitine ve tapu kaydının namına tashihine karar verilmesi talebile açtığı dâvadan dolayı cârî muhakeme sonunda : Tapudan gelen resmî senette yazılı olduğu üzere vâhip, mevhubunlehin kendisinden evvel vefatı halinde hibe edilen şeyin mülküne rücu etmesini Borçlar Kanununun 242 nci maddesi mucibince şart koymuştur. Aynı kanunun 240 nci maddesi gereğince hibe şartla veya mükellefiyetle takyid olunabilirse de hâdisede yapılan hibe bilâ şart ve mükellefiyet yapılmıştır. Bu itibarla dâvacı vekilinin dâvalı tarafından kendilerine bakılmadığını ve tedavi ettirilmediği ileri sürülerek akdin feshini istemeğe hakkı bulunmamış ve başkaca feshini mucip bir sebep te dermeyer edilmemiş olduğundan vârit olmayan dâvanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay kararı : Dosya mündericatinâ ve hükmün dayandığı kanunî sebeplere göre temyiz dilekçesinde ileri sürülen itirazlar yerinde olmadığından reddile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına 23.10.1952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

2 — Mükellefiyetle takyid olunan bağışlamalarda :

Burada bağışlayan yukardaki sebeplerden başka bir de hususî bir sebepten dolayı rücu edebilir. Filhakika, mükellefiyetle takyid olunan bağışlamalarda bağışlanan bu mükellefiyeti ifa etme borcu altındadır. Bu borcunu haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmediği takdirde kanun bağışlayana özel bir rücu sebebi kabul etmiştir.

Mükellefiyeti yerine getirmeme şu hallerde haklı bir sebebe dayanır:

«Bağışlanan şeyin kıymeti (mükellefiyetin) masrafını korumaz ve masraf fazlası kendisine tesviye edilmezse bağışlananın mükellefiyeti icradan imtina etmeğe hakkı vardır.» (B. K. m. 241, f. 3).

Bundan başka, mükellefiyetin ifa edilemeyecek mâniyette olması, faydasız olması veya yalnız başkalarını iz'âç için konulmuş bulunması hallerinde bu mükellefiyeti yerine getirmeme haklı bir sebep teşkil eder.

Bu hususu bağışlanan isbat edip rücu mâni olabilir.

II — *Elden bağışlamadan veya tenfiz edilmiş bağışlama taahhüdünden rücuun neticeleri :*

Bağışlayan, «bağışlananın elinde hâlâ ne kalmış ise onun iadesini dâva edebilir.» (B. K. m. 244).

Rücu sebeplerinin mevcudiyetini ihbar kâfi olmayıp dâva açmak lâzımdır. Rücu tek taraflı bir irade beyanıdır. Bununla, mülkiyetin intikali haksız iktisap mahiyetini alır. Haksız iktisap dâvası açılarak iade istenilir. Bunun şümulü mamelekte el'an mevcud ziyade nisbetindedir.

III — *Bağışlama taahhüdünden rücu halleri* (B. K. m. 245):

Bağışlama taahhüdünden rücu halleri veya sebepleri Borçlar Kanunumuzun 245 inci maddesinde üç kalem halinde gösterilmiştir :

1 — *Elden bağışlanan bir malın istirdadını talebe salâhiyet veren sebeplerden birinin bulunması* (yani cezaî iskat sebepleri ve mükellefiyetin yerine getirilmemesi sebebi).

2 — *Bağışlamayı taahhüt ettikten sonra tenfizi mütcahhidi için fevkalâde külfetli olacak derecede malî vaziyetinin değişmiş olması.*

Meselâ, bağışlayan ehemmiyetli bir iş üzerindedir ve bunun muvafakiyetle neticeleneceğine itimat etmektedir; halbuki bu iş yürümemiş ve bağışlayanın malî ümitleri kırılmıştır; binnetice artık bağışlama taahhüdünün tenfizi kendisi için «fevkalâde külfetli» bir mahiyet almıştır. Bu sebebin mevcut sayılabilmesi için hakikî bir muzayaka halinin bulunması iktiza etmez. Bağışlayanı diğer borçlarını yerine getirmekten alıkoyacak bir bağışlama taahhüdü «fevkalâde külfetli» telâkki olunur. Keza, bağışlayanı kendi veya yakınlarının hayat seviyelerini tamamen daraltmaya icbar edecek bir bağışlama taahhüdü «fevkalâde külfetli» dir. Gerçi, bağışlayan mukaddema sürdüğü hayat tarzını aynen muhafaza edebilmeyi dermeyen edemez, fakat bu hayat seviyesini bir dereceye kadar nazara almak iktiza eder (Alman Medenî Kanununun 519 uncu paragrafına göre, mukaddema sürülen hayat tarzını aynen muhafaza edebilmek dermeyen edilebilir).

Bu vesile ile tahaddüs eden bir mesele de şudur : Farzedelim ki bir kimse muhtelif bağışlama taahhütlerinde bulunmuştur ve bunların hepsini birden ifa etmek «fevkalâde külfetli» olacaktır. Acaba bağışlayan bu taktirde dilediği taahhüdü tenfiz, dilediğinden rücu edebilmek hususunda muhtar mıdır? Bu mesele ihtilâfıdır. Fick bu soruya müspet cevap verir. Halbuki Schmid aksi kanaattedir.

Rücu keyfiyetinin bağışlananı ve yakınlarını zor bir durumda bırakması meselesi bahis mevzuu hükmün (yani bağışlamayı taahhüt ettikten

sonra tenfizli müteahhidi için fevkalâde külfetli olacak derecede malî vaziyetinin değişmiş olması halinde rücu cevaz verilmesi kaidesinin) tatbikine engel olmaz. Bağışlayanın malî vaziyetinin kendi kusurile fena-laşmış olması hâdisesinde de durum böyledir.

3 — *Bağışlamayı taahhütten sonra yeni veya hissolunacak derecede külfetli aile vazifeleri tahaddüs etmiş olması.*

Burada bahis konusu olan aile vazifeleri bilhassa şunlardır : Boşanma halinde ödenecek tazminat (M. K. m. 143 - 145), evlenmeden doğan borçlar (M. K. m. 151 ve müteakip), çocukların işe ve terbiye (tahsil) masrafları (M. K. m. 261), babalık dâvasının sabit olması üzerine ana lehine hükmedilen tazminat (M. K. m. 304), nafaka borcu (M. K. m. 315 ve müteakip).

IV — *Bağışlama taahhüdünden rücuun neticeleri* (B. K. m. 245):

Tek taraflı irade beyanı kâfidir. Bağışlayan bağışlama taahhüdünün tenfizinden imtina edebilir. Bu hususta bir defî hakkı vardır. Yukardaki 2 ve 3 hallerinde «clausula rebus sic stantibus» def'i bahis konusudur. Bu iki halde bağışlama taahhüdünden tamamen rücu kabul edilmeyebilir. Bu taktirde duruma göre, sadece tenkis kabul edilebilir.

Eğer, bilahare, bağışlayanın malî durumu düzelecek olursa (meselâ miras yeme veya define bulma sebebile) yahut bağışlayana terettüp eden mükellefiyetler ortadan kalkarsa, bağışlama taahhüdü tekrar hüküm ifade edebilir. Bu taktirde, durumun iyileştiğini isbat bağışlanana teveccüh eder.

V — *Bağışlamadan rücuda mürruzaman :*

Bağışlayan, rücu sebebine vâkıf olduğu günden itibaren 1 sene içinde bağışlamadan rücu edebilir (B. K. m. 246, f. 1).

VI — *Rücu dâvası hakkının mirasçılara intikali :*

Bağışlayan, rücu sebebine vâkıf olduğu günden itibaren 1 sene geçmeden ölürse, dâva hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar senenin hitamına kadar rücu dâvası ikame edebilirler (B. K. m. 246, f. 2).

Bağışlanan haksız olarak ve taammüt ile (yani bilerek ve isteyerek), bağışlayanı öldürür veya rücu hakkını kullanmaktan men ederse, mirasçılar bağışlamadan rücu edebilirler (B. K. m. 246, f. 3).

§ 2 — *Bağışlama taahhüdünün iptali :*

«Bağışlamayı taahhüt eden kimsenin borcunu edadan aczi tevsik veya iflâsı ilân olunursa, bağışlama taahhüdü iptal olunur» (B. K. m. 245, f. son).

Bilindiği üzere umumî prensip şudur ki, borç ödemekten aciz borcun sukutu için bir sebep teşkil etmez. Bağışlama hakkında ise kanun bu umumî kaidenin hilâfına bir hüküm vazetmiştir. Binnetice, bağışlayanın borç ödemekten âciz olduğu tevsik edildiği veya bu kimsenin iflâsına karar verildiği taktirde, bağışlama taahhüdü hasbel kanun, kendiliğinden («ipso jure») iptal edilmiş olur. Bağışlayanın veya iflâs masası idaresinin bağışlamadan rücu dair bir talebine, iptal dâvası açmasına ihtiyaç yoktur. Borç ödemekten aczin tevsiki veya iflâsın ilânı kâfidir. Bağışlama taahhüdü henüz tenfiz edilmemiş olduğundan, mücerret aczin tevsiki veya iflâsın ilânile hükümsüz olur.

Bu suretle iptal olunan bağışlama taahhüdü iflâsın sona ermesile artık yeniden hüküm ifade edemez, velev ki bağışlayanın malî durumu düzelmiş olsun; bağışlama taahhüdü kat'i olarak nihayet bulmuştur, sukut etmiştir.

§ 3 — Bağışlayanın ölümü ile bağışlamanın son buluşu :

Hilâfına hüküm yoksa, mevzuu, muayyen zamanlarda edimlerde bulunmak olan bağışlama bağışlayanın ölümü ile sona erer.

Kanunumuz bu hükmü sevkettiği 247 nci maddede «muayyen zamanlarda bir şey verilmesini tazammun eden bağışlama» ifadesini kullanıyor.

Mehazın fransızca metni «la donation qui a pour objet des prestations périodiques» diyor ki şöyle tercüme edebiliriz : mevzuu, muayyen zamanlarda edimlerde bulunmak olan bağışlama.

Anlaşıldığı gibi sadece «bir şey verilmesi» bahis konusu olmayıp bir fiilde bulunmak da bu bağışlamanın mevzuunu teşkil edebilir.

Bağışlayanın ölümünden sonra artık yeni edimler istenemez.

Bil'akis muacceliyet kesbetmiş olan edimler bağışlayanın mirasçıları tarafından ifa edilmelidir.

Mamafih bu hususlarda hilâfına hükümler sarahaten konulmuş olabileceği gibi bunlar ahvalden de çıkabilir.

Böylece, mevzuu muayyen zamanlarda edimlerde bulunmak olan bağışlamanın borçlu (bağışlayan) öldüğü taktirde sona ereceği yolunda kanunî bir karine vardır. Bu bağışlamanın bağışlayanın ölümünden sonra da bâki kalacağını isbat bağışlanana düşer.

Mevzuu muayyen zamanlarda edimlerde bulunmak olan bağışlamanın bağışlayanın ölümüyle son bulmayacağına dair hükmün ahvalden istinbat edilebilmesine misal edimlerin zaman itibarile tahdid edilmiş olması veya muayyen bir hâdiseye kadar süreceğinin tesbit edilmiş bulunmasıdır (rüşt, tahsil sonu, evlenme gibi).

Böyle bir hüküm bulunmadığı taktirde, bağışlanan şey bir iradın taksitleri olsun veya nafaka kabilinden olsun, bağışlayanın mirasçıları bu edimleri yerine getirmekle mükellef değildirler.

İlave edelim ki, mevzuu muayyen zamanlarda edimlerde bulunmak olan bağışlamanın bu edimlerden istifade edecek kimsenin (bağışlananın) ölümüyle de son bulacağı yolunda bir karine vardır.

BAB 6

BAĞIŞLAMANIN MAHİYETİNE TERETTÜB EDEN DİĞER NETİCELER

§ 1 — Hususî salâhiyeti olmadıkça vekilin bağışlama yapamaması :

«Vekâlet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise taallük eylediği işin mahiyetine göre tâyin edilir.

«Vekâlet, vekilin tekabbül eylediği işin yapılması için icabeden hukukî tasarrufları (muameleleri) ifa salâhiyetini şâmindir.» (B. K. m. 388, f. 1 ve 2).

Bu kaideye göre, müvekkil tarafından sarîh surette men edilmedikçe, vekil deruhte ettiği işin gerektirdiği hukukî muamelelerde bulunmaya salâhiyetlidir.

Bu kaideye istisna teşkil etmek üzere, Borçlar Kanunumuzun adı geçen 388 inci maddesinin 3 üncü fıkrası bazı muamelelerin vekil marifetile yapılabilmesini hususî bir salâhiyetin bulunmasına mutevakkıf tutmuştur ki bunlar arasında bağışlama yapmak da vardır. Bu üçüncü fıkra aynen şöyledir : «Hususî bir salâhiyeti haiz olmadıkça vekil, dâva ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyid edemez.» Bu fıkraya göre, vekilin, müvekkili nam ve hesabına bağışlamada bulunabilmesi için bu hususta sarîh bir salâhiyeti haiz olması gerekir. Bağışlamada bulunabilme, hususî öneminden ötürü, vekilin deruhte ettiği işin mahiyetinden çıkabilecek vekâlet salâhiyetinin şümulü dışında kalır.

§ 2 — Bağışlamanın mevcud farz olunmaması :

Bağışlama muadil ivazsız bir muamele olduğu için bağışlamanın sebebi, yani «causa donandi», mevcud kabul edilmeyip, bağışlanan tarafından isbat edilmek lâzımdır.

§ 3 — Bağışlama akdinin bağışlayan lehine tefsiri :

Bağışlama, umumî esaslar dairesinde, nasafete uygun bir tarzda, bağışlayana karşı şiddet gösterilmeksizin ve tereddüt halinde dar surette tefsir olunmalıdır (ATF., 43, II, 654, cons. 3 et 4; ou Praxis, volume VII, no. 43; ou JdT., 1918, I, 554).

§ 4 — Bağışlamada hile, bağışlanan tarafından vâki olsun veya üçüncü bir şahsın eseri bulunsun durum aynıdır :

Borçlar Kanunumuzun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre «Üçüncü bir şahsın hilesine duçar olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki diğer taraf bu hileye vâkıf bulunur veya vâkıf olması lâzımgelirse, o akit lâzım olmaz.»

Bu hükmün ivazlı akitlerde tatbik edilmesi gerekir. Bağışlamada ise hile üçüncü bir şahsın eseri de olsa bağışlayan veya bunun mirsaçları bağışlamanın butlanını (nisbî butlan) ileri sürebilir. Zira bağışlama iyilik etme niyetinin, daha doğrusu saikinın mahsulü olduğu vakit pek necip bir muamele teşkil eder ve binnetice hukuken yerinde olarak himayeye mazhar olur. Bağışlayanın iradesi hile tesiri altında ifsad edildiği takdirde iyilik etme vasfı kalmaz. Vakaa bağışlamanın mevcudiyeti için esas itibarile saik önemli değildir. Fakat saikin hukuk nazarında ehemmiyet kesbettiği haller vardır ki biri de bağışlamada hile yapılmış olmasıdır.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

İSVİCRE HUKUKU

- Aeby (P.), La donation à cause de mort sous forme d'une donation affectée de la clause de retour d'après le code civil suisse, thèse, Fribourg, 1910.
- Becker, Commentaire du CO (en allemand), Berne.
- Bürgi (W.), Donation, Fiches juridiques Suisse, No. 50 et 51.
- Daepfen (O.), Le Code fédéral des obligations, interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral, traduit de l'allemand par Reymond, Zurich, 1937.
- Funk (F.), Commentaire du Code Fédéral des Obligations, 1930, traduit de l'allemand par Porret et Perregaux, Neuchâtel.
- Guhl (T.), Le droit fédéral des obligations, traduit de l'allemand d'après la 4^{ème} édition par Des Gouttes, Zurich, 1947.
- Martin, Le code fédéral des obligations, II (Contrats), 1932 (türkçeye Ahmet Cevat tarafından çevrilmiştir; Adliye Vekâleti tercümesi).
- Oser - Schönenberger, Commentaire du CO (en allemand) (Türkçeye Recai Seçkin tarafından çevrilmiştir).

- Reichel (H.), Zum Schenkungsrecht. Ein Rechtsgutachten (dans Festgabe der jurist. Fakultät), Zurich, 1914.
- Rossel (V.), Manuel du Droit Fédéral des Obligations, Tome Deuxième, 4ème édition, Lausanne et Genève, 1940 (Türkçeye eski harflerle Adliye Vekâleti tarafından çevrilmiştir).
- Rossel (V.), L'article dans la R. S. J. B., V. 58, p. 345.
- Schmid (H.), Die Schenkung nach dem schweizerischen Z G B, Zurich, 1909.
- Schneider (A.) et Fick (H.), Commentaire du Code fédéral des obligations, 1er Volume, révisé par, F. Fick, adaptation française de la 4 me édition allemande, par Porret, Neuchâtel, 1915.
- v. Tuhr, Partie générale du code fédéral des obligations, traduit de l'allemand par Torrenté et Thilo, Lausanne, 1933 (Premier Volume), 1934 (Deuxième Volume). (Birinci cilt Cevat Edege tarafından Türkçeye çevrilmiştir : Borçlar Hukuku, İstanbul, 1952).
- v. Tuhr, L'article dans la Revue suisse de jurisprudence (Schw. Juristen - Zeitung), 18, p. 201. (Türkçeye Prof. Sabri Sakir Ansay tarafından çevrilmiştir : «İsviçre Borçlar Kanununun hibe hükümleri hakkında düşünceler», Adliye Ceridesi, 1936, sahife 1717 ve müteakip).

TÜRK HUKUKU

- Arsebük (Esat), Hususi akit tipleri etrafında incelemeler, Bağışlama (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1948, cilt V, sayı 1-4; sah. 142-153.
- Göktürk (H. A.), Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri, Ankara, 1951, § 43, sahife 410-418.
- Sungur (H. Halls), Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, II, Akdın Muhtelif Nevileri, İst. 1943.
- Velidedeoğlu ve Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İst. 1950.

Ferih Tongsir