

HİBE VAADI. BAĞIŞLAYANIN ÖLÜMÜ. SUKUT. AHLAKİ VAZİFENİN İFASI. DAVA İLE İCBAR İMKANININ YOKLUĞU.

Prof. Dr. Kemal Fikret ARIK

Yargıtay Kararı:

Dâvanın Konusu; Dâvacı R. B. nin Mısır Hidivi Abbas Hilmi Paşaya İstanbuldan yazdığı 15.12.1943 tarihli mektupla Abbas Hilmi Paşanın mutemedi tarafından R. B. ye Mersinden yazılan 20. 12. 1943 tarihli mektuptur.

(R. B.) mektubunda (Pasaport muamelesinin bittiğini, Lozan Üniversitesine kaydedildiğini; gerek Perapalasta, gerek daha önce arzettiği üzere bir senelik yardım ricasının tekrarlandığını, bir sene sonra Maarif Vekâletinin imdadına yetiyeceğini ve bir seneden maksadının sekiz ay olduğunu) bildirmek suretiyle Abbas Hilmi Paşadan yardım istemiş ve Paşa da mutemedi vasıtasıyla verdiği cevapta İsviçre'ye kadar yol parası, İsviçre'de iki aylık masraf dâvacıya ait olmak üzere geri kalan tahsil masrafının muayyen zamanlarda tediyesini kabul etmiştir. Tarafların icap ve kabulü ile vücut bulmuş olan bu muamele asliye mahkemesinin de kabulü veçhile ahlâkî bir vazifenin ifası değil, hibe tahhüdü mahiyetinde bir tasarruf olmak lâzımgelir. Boçlar Kanununun 247 nci maddesi mucibince vahibin vefatı ile hibenin hükmü nihayet bulur. Tahsil süresinin muayyen olması hibe taahhüdünün ölümünden sonra devam edeceğine bir karine olmaz. Çünkü sekiz aylık yardım istemiş olan dâvacının böyle bir karineye istinat edemiyeceği şüphesizdir.

Her ne kadar dâvacı bu sekiz aylık yardımın tahsil sonuna kadar devamını Paşa'nın şifahen kabul ve taahhüt ettiğini iddia etmiş ise de Borçlar Kanunu hükümlerine göre hibe taahhüdü ve taahhüdün tâdili tahriri şekilde olmak lâzımgelir bu hususta şahit dinlenmesi caiz değildir. Kaldı ki: dâvacının bu iddiasını ispat için dinlettiği şahitlerin ifadeleri yargıç tarafından takdir edilerek Paşanın taahhüdünü tâdil ettiğine kanaat getirilmemiş ve dâvalı usulü dairesinde kendisine teklif olunan yemini de kabul ve icra etmiştir.

Dâvacının iddiası veçhile bu tasarrufun ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetinde olduğu kabul edildiği takdirde BK. ya göre ahlâkî bir vazifenin

ifası için verilen şeyin istirdadı lâzımgelmezse de; müteahhit hiçbir zaman yani ne kendisi ne de ölümünden sonra mirasçısı taahhüdün ifasına icbar edilemez. Çünkü bu gibi tabii borçlar ifadan evvel hüküm ifade etmeyip ancak ifa ile hüküm ifade eder. Binaenaleyh; sözü geçen tasarruf ister hibe taahhüdü mahiyetinde olsun, isterse ahlâkî bir vazifenin ifasından ibaret bulunsun mirasçıyı ilzam edemiyeceğine göre asliye mahkemeden önce dâvanın reddine dair verilen karar usul ve kanuna uygun olup hükümün onanmasına ve temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 30.9.948 tarihinde oy birliği ile karar verildi. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi No. 593/4113).

KARARIN TAHLİLİ:

Yukarıya aynen naklettiğimiz karar birkaç bakımdan tahlile değer.

I. Ahlâkî bir vazife nedir ve hibe vâdinden farkları nedir?

1. Mahkeme kararında sözü geçen durumun hukukî bakımdan tavsifi mühimdir. Dâvacı ile kendisine yardımcı bulunan zatın temsilcisi arasında cereyan eden mektuplaşma ve tekerrür eden münasebete tatbik edilecek hükümler, bu meselenin halline bağlıdır. Filhakika *ahlâkî bir vazifenin ifası* taahhüdü ile *hibe vâdi* arasında bilhassa hukuken iki bakımdan mühim fark vardır:

a) Bir kere hibe vâdi *yazılı şekle tâbi* olduğu halde ahlâkî bir vazifenin ifası için yapılan taahhüt böyle bir şekle tâbi değildir. (Bak.: Oser-Schönenberger: Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht, 2. Auflage madde 239 No. 13; von Tuhr, Partie générale du Code fédéral des Obligations, sahife 29 - 30).

b) Bazı sebeplerin tahassülü halinde hibe vâdinden rücu imkânı mevcut olduğu halde ahlâkî bir vazifenin ifasından sonra böyle bir rücu bahis mevzuu olamaz.

2. Ahlâkî bir vazifeyi tefrik eden kıstas nedir?

Borçlar Kanununumuzun 62. maddesinin 2. fıkrasında ve 234. maddesinin 3. fıkrası - tarif etmeksizin- bu mefhumdan bahsetmiştir. *Fakat ahlâkî vazife nedir?* 234. maddede geçen ahlâkî vazifeden ne anlaşılacak icabettiği hususunda ileri sürülen düşünceleri kısaca kaydetmeği uygun görüyoruz:

a) İsviçre Borçlar Kanunu şârihlerinden ve Bern şehrinde bu kanun hükümlerini büyük bir selâhiyet ve selâsetle izah eden *Becker'e* göre (ahlâkî bir vazifenin ifası hukukî bir camiada hâkim olan ahlâkî teamüllere, kanaatlere göre emredilmiş görünen edalardır. Krş, Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht 1934 madde 239 No. 13)

Aynı müellife göre (bahis mevzuu olan bir edanın ahlâkî bir vazife icabı olup olmadığını tâyin için daima iki tarafın şahsî ve iktisadî durum ve münasebetlerinin heyeti umumiyesini nazarı itibara almalıdır. Hususiy- le, aynı sebepten ötürü daha önce başka edalar yapılmış olup olmadığı araştırılmalıdır.) (Bak.: idem, ibidem).

b) Adalet Bakanlığı tarafından dilimize çevirtilmeğe başlanmış olan Zurich şehrinde Federal Mahkeme âzasından müteveffa Profesör *Oser* ile birlikte Borçlar Kanununu şerheden Federal Mahkeme âzasından Profe- sör *Schönenberger* ise (Tabii bir borcun ifası için yapılan kazandırıcı mu- amele hibe değildir. Bundan başka ahlâkî bir vazifenin ifası dahi - 239. maddenin 3. fıkrasının sarih hükmü icabı - hibe sayılmaz. Bu maddenin 3. fıkrasının mânası hakkında bak.: 1905 tarihli federal hükûmet tezke- resi ve Langenthal Komisyonu tasarısında 1266 . madde: Ahlâkî bir va- zifenin ifası kolaylaştırılmalıdır. Bunun için de bu vazifeyi (ivazsız, fay- dalandırma maksadiyle müterafık) ifa vâdinin şekle tâbi olmaması. Rü- cuun ve madde 62 f. 3 hükmünce istirdat talebinin bertaraf edilmesi lâzım- dır.

Bilfarz İMK . madde 328 mucibince bir nafaka mükellefiyetinin bahis mevzuu olmadığı hallerde hısımların iâşesini ve nafakasını temin için ya- pılan edalar ahlâkî vazifenin ifası demektir. (Mamafih bu takdirde bu kabil bir vâdin hukuken bağlanmak maksadı ile yapılp yapılmadığı husu- su tetkik edilmek icabeder. Bak.: FMK. 45,II s. 298, ve *von Tuhr*, 4 N.) Bundan başka şu haller ahlâkî bir vazifenin ifası sayılır: Tanınmamış veya mahkeme kararı ile babası tesbit edilememiş bir evlilik dışı çocuğa babası tarafından yapılan nafaka vâdi (FMK. 44, II s. 6, *Huber* Millî Mec- lis Sten. Bull. yıl 1906, s. 1237; *Bussy*, Sebepsiz İktisap 1922 s. 56), Umu- mî felâketlerde hayır ve umumî menfaat düşüncesiyle yapılan bağışlar, hadisenin hususiyetlerine göre hattâ akraba veya uzun zaman emeği geç- miş müstahdemlere yapılan yardım veya bunlar lehine atfedilen sigorta (*Becker*. No. 13, *Gmür*, Familienrecht 2. basım , madde 177 No. 19 c, Ja- eger İHK. Şerhi madde 268 N. 3, keza FMK. 34 II, s. 44), ivazsız olarak yapılan hizmet ve yardımlara karşılık verilen mükâfat (*von Tuhr*, 4 N.7 *Becker* N. 13) Bu müellifin fikrinde kanun hükmünün tâkip ettiği gayeye göre (Ahlâkî vazife mefhumu dar mânada tefsir edilmemek lâzımdır, şöyle ki, meselâ sigorta mukavelesi hakkındaki kanunun (biraz farklı sek- ilde yazılan) 15.maddesinin anladığı mânada “insanî tesanüd duygusu- nun emrettiği bağışlar” da bu mefhuma ithal edilmelidir.)

Bu müellif başka bir konuya daha ilismektedir: “*Sadece muâşeret ve teamül icabı olarak verilen hediyeler de ahlâkî vazifenin ifası kavra- mına dâhil midir?* Muâşeretin gerektirdiği miktarda verilen doğum günü,

evlenme, yılbaşı, Noel, sünnet hediyeleri bu kabil ehediyelerdendir. Bunların ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetinde sayılması lehinde ve aleyhinde bulunan müellifler vardır: *Oser*'in birinci basımı, *Fick*, 239 hakkında ilk mülâhazalar, N. 49 - 70, *Becker* N. 13. bu hediyeleri ahlâkî vazifenin ifası mahiyetinde görmektedirler. Buna karşılık, *Oser*'in ikinci basımı madde 63 N. 3, *von Thur* 'İsviçre Hukûçular Dergisi: SJZ. 18. s. 202 III de çıkan makalesinden bu fikrin aleyhindedirler. Müellif *Schönenberger* de von Thur'un fikrini kabul ediyor. Filhakika *Schönenberger'e* göre Alman Medenî Kanunu, 534. maddesinde nezaket ve muâşeret icabı verilen hediyeleri ve ahlâkî vazifenin ifasını hibe hükümlerine tâbi tutar, lâkin bunları hibeye tallûk eden istirdat ve rücu hükümlerinden istisna eder. İtiraf etmeli ki bu muameleleri bilhassa hibe vâdine ait şekile tâbi kılmamak için ahlâkî vazife ile aynı hükme tâbi tutmak temenni edilirdi. Fakat ahlâkî vazife mefhumu bu hediyeleri tenavül edemez. Bundan başka MK. 527 (TMK . 507) nci maddenin 3. bendi ve 632 (TMK 609) uncu maddesinde (mûtad vesilelerle - âdet üzere verilen hediyelerin) hibe mefhumu içinde bulunduğu telâkkisinden hareket etmiştir. Böyle olmasaydı kanun, ahlâkî vazifelerden dolayı yapılan teberrulardan hiç bahsetmediği halde bu kabil hediyeler için bir istisna koymağa kendisini mecbur tutmazdı. (İcra ve İflâs Kanununun 286 "bizde 278" de bakınız). Fakat MK. ve Borçlar Kanunları doğumları icabı teşriî bir vahdet sayıldığından bu kanunlardan herbirinin öbürü ile ahenkli olarak tefsiri lâzımdır. Bundan da 239 (bizde 234). maddede ancak kelimenin tam mânasıyla ahlâkî vazifeye istinad eden teberruların kastedilmiş olduğu neticesi çıkarılabilir. *von Thur* adı geçen makale s. 202). *Schönenberger* şöyle devam ediyor: (Muâşeret icabı hediyelerin hibe hükmünde tutulması, mûtad vesilelerle verilen hediyeler için bana hiçbir mahzuru mucip görünmüyor, çünkü bu kabil hediyeler ekseriya elden hibe suretinde verilirler.

c) İsviçreli müelliflerden ve İsviçre Sigorta Mukavelesi Kanunu şârihi *Hans Rölli* Sigorta Hukuku hakkında yazdığı maruf eserin 236. sahifesinde bu meseleye temasla şöyle diyor: (İnsanlar arasında mevcut tesanüt duygusunu gözönünde tutarak yaptığımız her eda, ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetindedir.).

d. Borçlar Kanunu şârihlerinden *Fick* ise şu kanaattedir.: (Muayyen bir durumda normal bir kimseye ahlâkî bir vazife olarak görünen her hususu ahlâkî bir vazife icabı olarak kabul etmek icap eder; fakat mübalâğalı bir hassasiyete mâlik olan bir kimsenin bu bapta telâkkisi esas olamaz, Bak.: *Fick*: Commentaire du Code fédéral des Obligations, 1915, s. 417 N. 59). Bu müellif de zengin bir kimsenin yaşlı ve emektar hizmetçisine veya ailelerine yaptığı teberruları hattâ bu kimseler lehine sigorta ak-

detmesini ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetinde telâkki etmektedir.

e) *Federal Mahkeme* bu bahiste daha geniş bir görüşe sahip gibidir: (Teberrüde bulunan kimsenin ahlâkî bir vazife ifa ettiği kanaatiyle hareket etmesi kâfidir; böyle bir halde ahlâkî bir vazifenin mevcut olduğu genel olarak kabul edilmese bile teberru hibe değil, fakat Borçlar Kanununun 234. maddesindeki mânasiyle bir ahlâkî vazifenin ifası olur. Bak.: *Federal Mahkeme Kararları* cilt 53 kısım II s. 199, aynı karar *Journal des Tribunaux* s. 12 de de çıkmıştır.)

Yine *Federal Mahkemeye* göre (Bir kimsenin kendisine yapılmış meccanî hizmetleri mükâfatlandırmak maksadiyle verdiği veya vâdettiği şeyler de ahlâkî bir vazifenin ifası olur. Bak.: *Federal Mahkeme Kararları* cilt 46, kısım II , s. 41).

Netice: Tahlil ettiğimiz kararda geçen yardımın mutlaka bir hibe olarak kabulü icabetmez.. Eğer çok zengin ve bu kabil muhtaç talebeleri okutmağı bir vicdan vazifesi sayan bir zatın, kendisinden açıkça bir yardım talebinde bulunan bir gencin tahsil masraflarını deruhte etmesi bir yardım, yani bir ahlâkî vazifenin ifası vâdi mahiyetini de haiz olabilir. *Aradaki fark, bilhassa böyle bir vâdin hibe vâdi hakkındaki şekle tâbi olmaması bakımından mühimdir.* Nitekim Yargıtay, böyle bir yardımı hibe vâdi olarak kabul ettikten sonra onun tâdilinin de şekle tâbi olması icabettiğini, aksi takdirde muteber olmayacağını ifade ederek bu ciheti belirtiyor. Fakat, bir an için, hadisede ahlâkî bir vazife mahiyeti olduğunu kabul edelim ve Yargıtay'ın kararını tahlile devam edelim:

II. - *Ahlâkî bir vazifeyi ifa taahhüdü dâvası kaabil midir?*

Yargıtay kararında bahis konusu borcun ahlâkî bir vazife olduğunu farzederek şimdi şu suali irad ediyoruz: Böyle bir vazifenin ifası taahhüdü, vâdi, hukuken muteber midir? Yani böyle bir vâ'de dayanarak vâdedeni veya mirasçısını vâdi ifaya icbar etmek, bu yolda bir dâva açmak mümkün müdür?

Yargıta böyle bir taahhüdün lüzum ifade edeceğine kâni değildir:

(Dâvacının iddiası veçhile bu tasarrufun ahlâkî bir vazifenin ifası mahiyetinde olduğu kabul edildiği takdirde BK.'a göre ahlâkî bir vazifenin ifası için verilen şeyin istirdadı lâzımgelmezse de ; müteahhit hiçbir zaman - yani ne kendisi ne ölümünden sonra mirasçısı - taahhüdün ifasına icbar edilemez. *Çünkü bu gibi tabî borçlar, ifadan evvel hüküm ifade etmeyip ancak ifa ile hüküm ifade eder.* Binaenaleyh, sözü geçen tasarruf ister hibe taahhüdü mahiyetinde olsun- isterse ahlâkî bir vazifenin ifasından ibaret bulunsun mirasçıyı izan edemiyeceğine göre).

Acaba Yargıtay'ın bu düşünce tarzı, üzerinde ittifak edilmiş bir ka-

naatin ifadesi mahiyetinde midir , yoksa başka tarzda düşünmek de kabilmidir?

Bu mesele ile uzaktan yakından ilgilenen müelliflerin mütalâaları birbirinin aynı olmaktan uzaktır. Bu hususta iki görüş tarzı mevcuttur: Ahlâkî vazifenin ifası vâdini hukukan muteber addeden görüş, böyle bir vazifenin ifası vâdinin hukuken ilzam edici olmadığını kabul eden görüş. Bunları kısaca görmek bahsin aydınlanması bakımından faydalıdır :

A) *Ahlâkî bir vazifeyi ifa taahhüdünü muteber sayan görüş:*

a) Memleketimizde de çok tanınmış olan *von Tuhr* bu suale müsbet şekilde cevap veriyor: (Ahlâkî vazife kumar borcundan şu suretle ayrılır: Ahlâkî vazifenin yalnız ifası değil, fakat ifasının vâdi de muteberdir. Böyle bir vaid hibe sayılmaz. Bu itibarla hibe için mevzu şekle de tâbi değildir. Bak.: *Partie générale du Code Fédéral des Obligations* 2. bası s. 29 - 30).

Mamafih aynı müellif *Schweizerische Juristen Zeitung* adlı İsviçre hukuk dergisinin 1 Aralık 1922 tarihli sayısında hibe üzerine yazdığı bir makalede bu konu hakkında şöyle diyor: (Borçlar Kanununun 239 - bizde 234 - üncü maddesinin 2. fıkrası şöyle diyor: "Ahlâkî bir vazifenin ifası hibe sayılmaz". Alman Medenî Kanunu mucibince bu gibi teberrular esas itibarıyla hibedir. Fakat 534. maddesi mucibince yoksulluğa düşmekten dolayı istirdada ve nankörlükten dolayı feshe tâbi değildir .Ve daha başka birkaç noktadan hibe hükmüne tâbi tutulmamıştır. Bununla beraber bu neviden bir taahhüt Alman Medenî Kanunu mucibince hibe şekline muhtaçtır. Borçlar Kanununca ise bir hibe mevcut olmadığından şekilden âzadedir. Bu hüküm hayat icaplarına uygun mudur, bilmiyorum. Misâl olarak şöyle bir hal düşünelim: Bir kimse fakir olan uzak bir akrabasına ölünceye kadar bakacağını taahhüt etmiş olsun. *Böyle bir şifahî taahhüdün lüzum ifade etmesi bence şüpheli görünüyor. Çünkü bir ahlâkî vazife bahis mevzuu olduğundan taahhüt edende çok kere hukukî bir bağlantı kasti yoktur.* 243 - bizde 238 - inci madde mucibince sadece tahririlikten ibaret olan hibe şeklini şart koşmak daha doğru olmaz mıydı? (Bu tercüme için Bak.: *S. Ş. Ansay: Adliye Ceridesi* , 1936 , sayı 23, sahife 1720).

b) Fransız Enstitüsü âzasından ve Paris Hukuk Fakültesi Profesörlerinden *G. Ripert* (Medenî vecibelerde ahlâk kaidesi = *La règle morale dans les Obligations civiles*) adlı eserinin 1935 te yapılan 3. basımının 414. sahifesinde aynen şöyle der: "Ahlâkî bir vazifenin ifası zımında yapılmış olan bir vâit de tıpkı ifanın kendisi gibi tamamiyle muteberdir ve asla bir hibe değildir.).

c) Keza, *Planiol* (*Traité élémentaire de Droit Civil*) adlı eserinin II.

cildinde ahlâkî bir vazifeyi ifa hususunda yapılmış olan bir vâdin bir hibe teşkil etmemesine rağmen, vâdedeni hukuken (Civilement) bağladığını kabul eder ve bu fikrini birçok mahkeme kararına istinat ettirir.

d) İsviçre'li hukukçu *Bussy*, Lausanne Hukuk Fakültesinde yaptığı (sebepsiz iktisap) adlı doktora tezinde -ki 1922 de basılmıştır- 2. kısmın 75 numaralı bendinde şöyle demektedir: (Tediye vâdinin mücerret olduğu kabul olunursa vâdeden, taahhüdünün tabii bir borca veya ahlâkî bir vazifeye mütedair olması takdirinde ifayı reddedemeyecektir... Tediye vâdinin mücerret olmadığı kabul olunursa bu sistem pek açık yolsuzluklara sebebiyet verecektir: meselâ gayri meşrû münasebetten doğan bir çocuk lehine yapılan bir nafaka tediyesi taahhüdünün hiç bir hukukî kıymeti olnaması ve böyle bir taahhüde istinaden ifanın talep edilememesi gerekecektir... Böyle bir içtihat nasafete aykırı neticeler doğuracağından sayanı arzu değildir) (*Bussy*'nin bu eseri Ankara Hukuk Fakültesi doçentlerinden Dr Kemal Tahir Gürsoy tarafından dilimize çevrilmiştir).

e) İstanbul Hukuk Fakültesinden sayın Ord. Profesör Ebül'ulâ Mardin de Türk hukukunda yukarıdaki tezi müdafaa ediyor: (Ahlâkî vazifeleri ifadan doğan borçlara gelince: vakıa bu borçlar, doğrudan doğruya gayri tam olarak doğdukları cihetle bu kısımda - yani tabii borçlar kısmında- mevki ahyorlarsa da hukukî hükümlerde kısmen ayrılıyorlar. Ahlâkî bir borcu ifa hadisesinde iptidaen gayri tam olarak doğan borç, *bu bapta yapılacak bir taahhülle* hukukan muteber, tam bir borç halini alabiliyor. Bakınız ahlâka mugayir bir borç kambiyo senedine rabit halinde bile tam borca tahavvül edemezken ahlâkî vazifeyi ifa sadedindeki borç değil kambiyo senedine, alelâde bir senede raptedilse bile tam bir borç halini alabiliyor.. Bak: Medeni Hukuk Dersleri: Borçlar Hukuku, umumî hükümler. İstanbul 1939 s. 67 - 68).

f) Yine İstanbul Hukuk Fakültesinde Medeni Hukuk Ordinaryüs Profesörü sayın *Samim Gönensay*'a göre (Ahlâkî vazifeleri kumar ve bahisten ayıran nokta, bu vazifelerin ifası taahhüdünün kumar ve bahisten muhalif olarak muteber olmasıdır: *Çünkü bu bir hibe taahhüdü mahiyetindedir.* (Bak.: Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1948, s. 17). Fakat sayının müellifin böyle bir vâdi hibe taahhüdü mahiyetinde görmesi, kanunun 234, maddesinin 3. fıkrasının sarahatine ve atıfta bulunduğu *von Tuhr*'un fikrine uygun görülmüyor.

B.— Ahlâkî bir vazifeyi ifa vâdini dahi tabii bir borç, yani kabili dâva olmayan bir borç sayan görüş:

a) Biraz önce işaret ettiğimiz gibi Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin tahlil ettiğimiz kararı bu görüşe mütemayil gibidir.

b) *Oser*, Borçlar Kanununun umumî kısmı hakkında yazdığı şerhin ikinci basımında “ madde 1 - 67 hakkındaki ilk mülâhazalar N. 61 ” de şöyle demektedir: (Ahlâkî borçlar da tabiî borçlara benzerler. Bunlar da onların haiz olduğu mümeyyiz vasıfları haizdirler... Bu borç tam bir borçla takas edilmeğe elverişli değildir. Bir eda vadi yine ahlâkî bir borç doğurur. (Aynı düşüncede FMK. 45, II, 298). Lâkin böyle bir vait ivazsız olarak bir kazandırma meydana getirmek kasdına dayanırsa, bağışlama şekline riayet edilmeksizin bu vait muteberdir. (239 f. 3 - TBK. 234 f.3). Federal mahkeme kararları cilt 44,II, sahife 6 da çıkan kararında Federal mahkemenin, gayri meşrû babalığı tesbit edilmemiş bulunan kimsenin eda vâdine dair yazdıklarına bak....)

c) Federal mahkeme de tamamiyle *Oser*'in kanaatindedir. Bu mahkemenin 1919 yılında verdiği bir kararı, bu bakımdan son derece mühim ve âdeta bir prensip kararı teşkil ettiği için, geniş ölçüde iktibas edeceğiz.

(Dâvacı L.D. oldukça zengin olan babası N.D. den miras hissesine mahsup edilmek üzere müttaddit yıllardanberi para almaktadır. Bu dâvada L. D. dâvacı, babası N. D. ise dâvalı vaziyetindedir N. D. oğluna verdiği paraları bir deftere , oğlunun borcu olarak kaydediyor, oğlu da her yıl sonunda bakiyeyi kabul ediyordu. Bu suretle yapılan avanslar 1 Ocak 1914 tarihinde 57.546 franga yükselmisti... Oğlunun yeni ve külliyetli taleplerinden çekinen N. D., Kerns komünü başkanının huzurunda oğlu ile bir görüşme yaptı (Bu görüşme 13 Şubat 1914 tarihinde vukubulmuştur). Bu görüşmede dâvalı N. D. müstemilâtı ile birlikte bir evi oğluna senede 350 frank kira bedeli karşılığında bırakmağı, bu kira bedelini miras hissesine mahsup etmeğı, oğlunun (muahhar geçimine) yılda 1200 frank nafaka vererek yardım edeceğini, bu paranın kömün müdürünün aracılığı ile her ay 100 frank olarak ödeyeceğini, dâvacının oğlunun terbiye masraflarının tutarını ve oğlunun bir kunduracıya olan 350 frank borcunu ödemeğı taahhüt ediyordu. Bütün bu ödemeler tereke hesabına ve faizsiz olarak yapılacaktı. Bundan başka N. D., gerek oğlunun , gerek onun ailesi efradının bundan böyle borçlarından mes'ul olmayacağını beyan eylemiş ve kömün başkanı da bu şifahî beyanları, bir not defteri üzerine kaydetmiş, fakat bu yazı taraflarca imzalanmamıştır.

Bu anlaşma gereğince iki yıl muntazaman tediyatta bulunduktan sonra N. D. vesayet altına alındı. Vasi Haziran 1916 tarihinden itibaren tediyatı kesti. Bunun üzerine dâvacı L. D. babası aleyhine dâva açarak 13 Şubat 1914 tarihli anlaşmanın ilzamedici bir mahiyet taşıdığını tesbit ve binnetice dâvalıyı her yıl kendisine 1200 frank ödemeğe mahkûm

etmesini mahkemeden talep etmiştir.. Dâvacıya göre 13 Şubat 1914 tarihli anlaşma MK. 328 (TMK 315) maddesinin icrasını sağlayan bir tedbirdir, yani dâvalının nafaka borcunu tanınmasını tazammun eder; dâvacının iddiasına göre, bu borç kendisi tam mânasile müzayakada olmayıp ihtiyaç halinde olsa bile hukuken mevcuttur.

Dâvacı şu itirazda bulunmuştur: Bu nafaka mevcut değildir, zaten 13 Şubat 1914 tarihinde de mevcut değildi. Bundan başka, dâvalı çalışabilecek bir haldedir, isterse çalışarak kolaylıkla hayatını kazanabilir; zaten karısı bir mirasa konduğu için ve çocukları da hayatlarını kazancak bir yaşa geldiklerine göre dâvalının maddî durumu düzelmiştir, dâvalı bunu ispata hazırdır. 13 Şubat 1914 tarihinden önce ödenmiş olan paralar alelâde karzdan ibarettir ki, dâvacının miras hissesine mahsup edilecektir. 13 Şubat 1914 tarihli anlaşmanın hedefi bu ödünç miktarını tahdit etmekte, dâvacının miras hissesi bittiği zaman bu tediyaatın sona ereceği tabii idi. Nitekim bu hal vâki olmuştur. Filhakika dâvalının serveti 320.000 frank, karısının serveti ise 28.000 franktır. Her ikisi birden 348.000 franka baliğ olmaktadır. Bunun dörtte biri karıya isabet edeceğinden dört çocuktan her birine düşecek hisse 50.000 frank olacaktır. Şu halde dâvalının miras hissesine mahsuben verilen ödünç para miktarı bu hisseyi tamamiyle tüketmiştir. İlam edici bir vait bahis mevzuu değildi, sadece her an kesilebilecek ihtiyarî tediyaat bahis mevzuu idi. Esasen gerçekten bir akit bahis mevzuu olsaydı bile bu akdin, dâvacının durumu değişir değişmez feshi mümkün olmak icabederdi.

Bidayet Mahkemesi dâvacıya hak vermiştir. Mahkemenin bulunduğu kantonun mer'iyet kanuna göre nafaka dâvalarını görmek kanton hûkûmetinin selâhiyeti cümlesinden olduğu ve hâdisede de miras mukavelesi için riayeti gerekli şekil şartına riayet olunmadığı için 13 Şubat 1914 tarihli anlaşmayı ancak borçlar hukuku alanına giren akitlere kabili tatbik esaslar bakımından mütalâa etmiştir. Mahkeme bu suretle dâvalının kendisini ilzam edici bir taahhütte bulunmak isteyip istemediğini araştırmak mecburiyetini hissetmiştir. Mahallî mahkeme bu araştırmaya neticesinde dâvalının böyle bir taahhüt altına girmek istediği neticesine varıyor. Mahallî mahkeme şöyle düşünüyor: Bu meseleyi halledilebilmek için önce dâvacının ve umumiyetle D. ailesinin vaziyetini nazarı itibare almak lâzımdır. Dâvalı, oğlunu bir sanat öğrenmeğe mecbur etmeyi ve hayatını kazanacak bir işle uğraşmasını sağlamayı ihmal etmiştir. Babası kendi işlerine istediği zaman ve istediği şekilde karışmakta oğlunu serbest bırakmış, onun ve ailesinin masraflarını daima karşılamıştı. Aile gelenekleri ve dâvalının sosyal durumu malûm olduğuna göre

re, dâvalının kendi seviyesine tekabül eden kaynakları sağlamak ve oğlunun ailesini yabancıların yardımına el açmaktan müstağni kılmak niyetinde olduğu aşikârdır. Zaten tarafların bir akit yapmak istedikleri üçüncü bir şahsı konuşmaya iştirâke dâvet etmeleriyle de sabittir. Bu şahıs tarafından tutulan zabıt o tarzda kaleme alınmıştır ki tarafların bir mukavele yapmak itemiş olduklarına kani olmak icab eder. Dosyada mevcut belgeler dâvacının durumunda iddia edilen düzelmenin vâki olduğunu ispat etmemiştir : Dâvacının karısına düşen miras miktarı gösterilmemiştir ve dâvacının 17 ile 20 yaşındaki çocuklarının elde edebileceği kazanç miktarı hakkında da hiç bir malûmat yoktur. Nihayet dâvacıya yapılan ödeme yekûnunun ona düşecek miras hissesini tecavüz ettiğine karar vermek bugün imkânsızdır; bu nokta ancak terekenin açıldığı zaman vuzuha kavuşabilir.

Dâvalı tarafından yapılan müracaat Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir ve mahallî mahkeme kararı bozulmuştur.

Federal mahkeme bu kararında şöyle demektedir:

13 Şubat tarihli akdin ilzam edici bir sözleşme olduğunu kabul etmek için bu akdi, bidayet mahkemesinin yaptığı gibi, Borçlar Hukukuna dahil ve taraflarca arzu edilmiş bir sözleşme olarak telâkki etmek kâfi değildir. Bu taahhüdün hukukî sebebinin ne olduğunu araştırmak icabeder. Çünkü vâdin muteber olup olmadığı ve tâbi olduğu şekil şartları bu noktaya tâbidir. Bu bakımdan komün başkanının kaleme aldığı metin hiç bir bilgi vermiyor. Hususiyle vâdedilen meblâğın dâvacının ve ailesinin (bakımına) yaramak üzere vadedilmiş olması vakiasından bir netice çıkarmak mümkün değildir. Bu kayıt yapılacak edaların hukukî sebebine taallûk etmiyor, verilecek paraların tahsis edileceği hedefe taallûk ediyor ki , bu nokta hukuken haizi ehemmiyet değildir. Sözleşmede dâvalının kendi oğluna karşı bu kabil tediyatta bulunmağa mecbur olduğundan dolayı bu paraları vermeği vâdettiğine dair bir kayıt olmadığı gibi, görüşme esnasında hazır bulunan Komün başkanının şahadetine göre görüşme esnasında bu mealde bir şey geçmemiştir. Tediyatın (tereke hesabına) yapılacağını tesbit eden hükme gelince bunun hakkında da aynı şey söylenebilir. Bu hükümde bahis mevzuu olan şey sadece terekeye iade mükellefiyetine taallûk eden bir kayıttır ki Medeni kanuna göre (Bak.: madde 626) müstakbel bir mirasçı lehine yapılan herhangi bir teberrua refaket edebilir. Bu hüküm teberruun mahiyet ve seciyesini hiç bir veçhile tasrih etmiyor. Bahis mevzuu olan şeyin bir karzdan ibaret olduğuna dair dâvalı tarafından ileri sürülen fikir şüphesiz ki haksızdır. Çünkü dâvalının oğlunun aldığı paraları

geri vermesi bahis mevzuu olmamıştı. Halbuki bu iade vecibesi karzın esaslı unsurlarından biridir. Bu paraların miras hissesi ile mahsup edilmesi iade vecibesini tazammun etmez. Filhakika dâvalının terekeden hiç bir şey almaması veya aldığı paralardan az bir şey alması icabettiğini farzetsek bile, babasının kendisine bir teberruda bulunmak istediği kabul olunursa, bu hal dâvalının bir şey iade etmeğe mecbur olduğunu ifade edemezdi. Dâvacının mirası reddetmesi veya mirastan iskat edilmesi halinde onun almış olduğu meblâğları iade etmeğe mecbur edileceğinin taraflarca arzu edilmiş olduğuna dair sözleşmede hiçbir kayıt yoktur. Dâvacının, babasının defterlerinde borçlu olarak gösterilmesinin sebebi ona verilen avansların tutarını tesbit etmek ve bu hususta mirasçılarla arada hasıl olacak ihtilâfları önlemek düşüncesi idi, lâkin bu hal ortada bir karz olduğunu asla ispat etmez ve dâvaya konu olan diğer olaylar bu ihtimali bertaraf etmektedirler. Şu halde bu vâdin hukukî sebebi ya bir teberru yapmak yahut ahlâkî veya kanunî bir nafaka vazifesini yerine getirmek maksadıdır. Dâvacı Medeni Kanunun 328. maddesini ileri sürdüğüne göre dâvacı bu son noktai nazarı kabul ediyor demektir. Fakat bu görüş tarzının yanlış olduğu muhakkaktır. Eğer taraflar bir babanın kendi oğluna karşı kanunen ifa ile mükellef olduğu edaların bahis mevzuu bulunduğunu kabul etmiş olsalardı bunu, mutlaka, gerek komün müdürünün zabtettiği mukavelede gerek müzakerat esnasında ifade ederlerdi. Halbuki komün başkanının ifadesine göre ne sözü geçen kanun hükmü, ne de dâvacının ödenmesi mutasavver edaları talep hususunda bir hakkı olduğu hiçbir suretle düşünülmediği sabit olmuştur. Tarafların dâvacının vücudunu iddia ettiği gayeyi takip etmedikleri kabul edilmek icabettiğine göre bahis mevzuu hukukî sebebin bu hadisede gerçekten mevcut olup olmadığını yani anlaşma yapıldığı tarihte veya bu gün dâvalının dâvacıya karşı Medeni Kanunun 328. maddesine göre bir nafaka borcu ile mükellef olup olmadığını araştırmağa mahal yoktur...

Tam mânasiyle bir teberru yani bir hibe bakımından da dâva yine reddolunmak gerekir. Çünkü hibe vâdinin muteber olması için BK. 239 (TBK. 234) ın derpiş ettiği yazılı şekle riayet edilmiş değildir. Niha-yet, cemiyet içinde işgal ettiği mevki ve aile şeref ve haysiyeti bakımından dâvalının bir ahlâkî vazife ifa etmek maksadiyle hareket etmiş olduğu yolundaki bir iddia da faydasızdır: şüphe yok ki ahlâkî bir vazifenin mevcudiyeti (eğer bu mefhum ahlâktan ibaret olmayıp sadece cemiyet içindeki alelâde itibar ve saygı kaidelerine teşmil edilebilirse) verilen şeyin istirdadını imkânsız kılar (BK. 63 f. 2; 239 f. 3), lâkin vaitten istifade edecek kimseye dâva hakkı veren bir hukukî sebep teşkil

edemez. Bunun aksi kabul edilirse, yani ahlâkî bir vazife hukukî bir vazifeyi tazammun etseydi, BK. 63 f. 2 hükmü zait olurdu. Çünkü bu takdirde hukukî sebebi olmaksızın yapılmış bir tediye veya borç olmayan bir şeyin tediyesi bahis mevzuu olmazdı ve umumî prensipler istirdadı imkânsız kılmağa kâfi gelirdi. Borçlar kanununun ahlâkî bir vazifenin ifası maksadiyle verilen şeyin istirdat edilemeyeceğini tasrih etmesinin sebebi vardır: Vicdanın teyid ettiği iktisabın, hukukî sebepten mahrum olmasına rağmen gayri meşrû (haskız, sebepsiz) olmadığını kabul ediyor. Ahlâkî vazife hukukî bir borç ve mükellefiyeti tazammun etmediğine göre, bu vazifeyi ifa taahhüdü de ilzam edici bir vâdin konusu olamaz. (Bak.: Oser: Commentaire, sahife 5, Not VII, 1 c.). *Şu halde, bu dâvada olduğu gibi, bir baba, muayyen bir hayat tarzına mâlik olması için kendi oğluna bir takım nakdî menfaatler sağlarsa bununla tâkip ettiği maksat esas itibariyle bu yolda bir hukukî borç altına girmek değildir, ve umumiyetle kabul edilen telâkkilere göre böyle bir vâit hukuken bağlanmak iradesini açıklayan vâitlerden mâdût sayılmaz. Bahis mevzuu olan tamamıyla ihtiyarî olan bir takım edalardır ve bu bapta hiç bir şekle riayet edilmeden verilmiş olan teminat diğer taraf lehine tam mânasiyle bir hak ihdas etmez.*

Ortada hukukî bakımdan ilzam edici bir vâit bulunmamasına göre dâvanın reddi icabettiğinden, (muteber bir vâit olsaydı) dâvacının, karısının iktisap ettiği miras sebebiyle servetinde ne gibi bir netice doğuracağını tetkik etmeğe mahal yoktur (1).

c) Bu konu ile ilgili bir noktai nazar da Cenevre Cour de Justice Civile'i tarafından müdafaa edilmiştir. Filhakika bu mahkeme 22 Mart 1921 tarihli bir kararında ahlâkî bir vazifenin veya tabîî bir borcu ifa vâdinin, yazılı şekle riayet edilmemiş olmasından dolayı kabili dâva olmadığını beyan etmiştir. (Bak.: Weiss, Entscheidungen zum ZGB und OR, III, 2 N. 5287).

NETICE:

Yargıtayın tahlil ettiğimiz kararı ahlâkî bir vazifenin taahhüd edilmekle tam bir borç mahiyetini alamıyacağını tesbit etmesi ve bu bakımdan -doktrindeki muhalif bir cereyana rağmen- İsviçre Federal Mahkemesinin oldukça uzun zaman önce kabul ettiği hal tarzını akıl için tarik birdir kaziyesine tevfikan- ondan habersiz olarak benimsemiş bulunuyor.

Prof. Kemal Fikret ARIK

(1) (II. Hukuk Dairesi — Ostertag, Soldati, Jaeger, Reichel, Oser, Hauser ve Affelter) (Journal des Tribunaux, 1919, s. 423 - 428).