

ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA MUKAVELESİ

Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin

Memleketimizde halk arasında fazla rağbet gören ölünceye kadar bakma mukavelesi son zamanlarda Temyiz mahkememizin yeni bir içtiadı yüzünden mühim bir istihale geçirmektedir. Medenî Kanunumuzun hususî seciyelerile bahsı geçen içtihadın ne derecelerde telif edilebileceği keyfiyetinin esaslı bir tetkike tâbi tutulması gerek ilmî ve gerek tatbiki bakımdan faideden hali olmasa gerektir.

Halkımızın büyük bir ihtiyacına cevap vermekte bulunması itibarile evvelki hukukumuzda hükümleri üzerinde çok çalışılmış olan bu müessese için mevzu kaideleri mukavelelerin taallûk eylediği malın mahiyetine göre şu tarzda tafsil ve tasnif mümkündür:

1. — Ölünceye kadar bakma mukavelesi menkul mallarla mülk gayri menkullerde (emlâki sırfâ dahil) ivaz şartile hibedir. Binaenaleyh bu kabil mallara taallûk eden mukavelelerde şüf'adaki farklı vaziyet müstesna olmak üzere (1) ivaz şartile hibe kaideleri tatbik edilir ve binnetice:

a) İvazlarda tekabuz aranır. b) Müşam ivaz şartile hibesi tecviz olunmaz. c) Baba çocuğunun malını ivaz şartile de bağışlaya-

(1) Çünkü akarın ivaz şartile hibesinde şüf'a cereyan eder. Yani gerek hibe olunan akara ve gerek mevhubunleh tarafında, ivaz olarak verilen şey mülk gayri menkul ise ona karşı şüf'a hakkı kullanılabilir. Halbuki hibe yolile gayri menkul temlikinde şüf'a cereyan etmez. Hüküm bakımından şu farklı vaziyet ivaz şartile hibenin intihâen beyi olmasına teferru eden meselelerden biridir. İvaz ve muavvazda ayip ve rüyet muhayyerliklerinin cereyanı da telâkkiye teferru eylemektedir.

maz; halbuki gabniyesir ile satabilir. d) Gabin ve tağrir muhayyerliği cereyan etmez. e) İvazın miktarındaki ihtilâfta tehalüfe gidilemez.

Mecellenin 855 inci maddesinde, ivaz şartile hibeyi izah sadesinde temas ettiği bu mukavele için «bir kimse ölünceyedek kendisini beslemek şartile mülk akarını birine hibe ve teslim ettikte mevhubunleh şartı mezkûr üzere vâhibi beslemeğe razı iken vâhip nadim olup ta hibesinden rücu ile ol akarını istirdat edemez» yolunda sevk ettiği hükme de şu neticeler terettüp ediyordu:

A — Beslenen vâhibin vefatında mirasçısı hazine olsa bile bağışlanan mala müdahale edemiyor.

B — Mevhubunlehin beslemekten imtinaında vâhip malını geri alabiliyor, müstehlek ise ancak bedelini tazmin ettiriyor, yoksa mevhubunlehi beslemeğe icbar edemiyordu.

C — Vâhip sağ iken mevhubunleh bu mülkü başkasına bir suretle ne temlik edebiliyor ve ne her hangi bir suretle mülkünden çıkarabiliyordu. Çünkü bu tasarrufla vâhibin hakkı inkıtaa uğramadığından mevhubunleh için kat'i mülkiyet kabul olunamıyordu.

D — Tasarrufun ivaz şartile hibe olmasına rağmen şefi için şüf'a hakkı mevzuubahs olamıyordu.

E — Mevhubunlehin vâhipten evvel ölümü halinde vâhip malını nafaka'i misli mirasçılara tazmin ile geri alabiliyordu.

2. — Ölünceye kadar bakma mukavelesi arazii emiriye (2) icareteynli ve icareyi vâhidei kadimeli musaffakat ve müstagallatı

(2)18 sefer 1306 tarihli kanunun metni: Bir kimse arazii emiriyeden tıpû ile tasarrufunda olan yeri ölünceye değin kendini beslemek şartile ferağ eylese ferağ sahih ve şart muteberdir. Badesiferağ mefruğunleh şartı mezkûr üzere fariği beslemeğe razı iken fariğ ferağına nadim olup ta ol yeri mefruğunlehden istirdat edemez. Fakat şartı mezkûr mucibince kendisini beslemediğini mefruğunlehin inkârına mukarın fariğ iddia ederek mefruğunbihi mefruğunlehten istirdat etmek murad eylese hakikat hal erbabi vukuftan tahkik ve istihbar edilerek fariğin iddiası mukarını sıhhat olduğu ait olduğu mahkemede bilmuhakeme tebeyyün ederse mefruğunbih fariğa reddolunur.

Mefruğunleh fariğden evvel vefat ederse mefruğunlehin ashabı intikalden olan veresesi dahi fariği illevfat beslerler. Beslemedikleri halde fariğin mefruğunbihi vereseden istirdada salâhiyeti olacaktır.

Mefruğunleh ashabı intikalden asla varisi olmadığı halde vefat eder ise mefruğ ahara tefviz olunmayıp ana kelevvel fariğ mutasarrıf olur.

Fariğ vefat etmedikçe gerek mefruğunleh ve gerek mefruğunlehin ashabı intikalden olan veresesi mefruğunbihi ahara ferağ edemez. Bades-

vakfiye ile mukataai kadimeli müstagallâtı vakfiye (mülk aksamdan arı) diye yâd olunan gayri menkullerde; şartlı meccanen ferağdır. Yalnız şartın tapu sicilinde yazılı olması aranır. Burada da mefruğunleh fariği beslemeğe razı iken fariğin nedameti faide vermez, hilâfı iddia edilirse erbabı vukuftan hakikati hal tahkik ve istihbar edilir, davanın sıhhati tebeyyün ederse mefruğ fariğe red olunur, fariğ vefat ederse mefruğunleh iase külfetinden kurtulur, mefruğunleh vefat ederse intikal sahipleri halefiyet yolile şu şartlı vaziyetten istifade eder. Menkul ve mülk gayri menkullerde olduğu gibi mevhubunlehin ölümü üzerine vâhibin nafakai misli mirasçılara tazmin ederek mevhubu istirdat yolundaki hüküm erazii emiriye ve diğer saydığımız gayri menkullerde tatbik edilmez. Tapu idaresi intikal eshabından fariği iase edip etmiyeceklerini sorar, bunlar iaseye razı oldukları takdirde namlarına kaydı yürütürdü. İase mesuliyeti, gayri menkul ile alâkalı bir külfet olmasına binaen her intikal sahibine isabet eden hisseye göre teveccüh eder ve müfret bir hak olmasından dolayı iaseye rıza gösterilmemek halinde hak kendilğın-

ma şartı mezkûr ile vukubulacak ferağlar kabul ve şartlı mezkûr senedata dercolunacaktır. Senette münderic olmayan şart davasını hükkâm istima-dan memnudur.

Bu maddenin makamına kaim olduğu arazi kanununun hükmü mün-fesih 114 üncü maddesi şöyle idi:

«Madde 114. — Ölüncüye dek görüp gözetmek ve hoş geçinmek gibi şer'ân müfsit olan şurut ile arazii emiriye ve mevkufenin ferağ ve tefvizi muteber değildir.

Bu surette bir kimse böyle şurutu müfside ile teferruğ etmiş olduğu araziye ahara ferağ etmiş veyahut kendisi fevt olup da ol arazi evlâdına veyahut tabasına veya anasına intikal eylemiş olsa bile fariğ bulunan kimsenin ve eğer fevt olmuş ise hakkı intikale nail olan varislerinin şartı müfsit davasına salâhiyetleri vardır». Beslemek şartile ferağ olunan icareteyinli müsakkafat ve müstagallâtı mevkufe hakkında da aynı mealde yine 18 sefer 1306 tarihini taşıyan bir kanun vardır, 26 sefer 1306 tarihli ve 469 numaralı Ceridei mehakimin 5423 üncü sahifesinde münderiştir. Esasen 8 recep 1296 tarihli meclisi mahsusu vükelâ mazbatası ile istihsal olunan irade bu vaziyeti akaratı mevkufe için kabul etmişti.

Mazbata aynen şu esbabı mucibeyi ihtiva etmektedir:

«Bikes ve acezeden olan bazı kimseler billicareteyin tasarruflarında olan vakıf akarlarını ölüncüyedek kendisini beslemek şartile meccanen ahara ferağ edip senedat idaresi ise şart ile ferağını kabul etmediğinden zaruri bu makule şartlar huzuru mütevellide zikrolunamayıp tariğ ile mefruğunleh beyinlerinde bir mukaveleden ibaret kaldığı cihetle muahharen

den sukuta uğrar, yani müstenkife isabet eden hisse kendisi yokmuşçasına diğerlerine verilir. İaşeye rızadan sonra imtina edene karşı diğerleri masraflarından dolayı nafakası müştereke kaideleri dairesinde rücu ederler ve bu suretle imtina eden naili intikal mirasçının bizzat fariğ bulunması bile hükmü değiştirmez. Bu hususta daha ileri gidilir. Küçüğe beslemek şartile hibe caiz değilken küçüğün bu yolda naili intikal olmasına müsaade edilir, yani iptidaen tecviz olunmayan bir şeyin bakaen tecvizi cihetine gidilirdi. Fariğ sağ buldukça ne kendisi ve ne mefruğunleh mefruğu başkasına ferağ edemez. Çünkü ferağ akdinin şartlarından birini teşkil eden mefruğa «hakkulgayrin taallük etmemiş bulunması» keyfiyeti bu vaziyetlerde tahakkuk eyliyemezdi.

Görülüyor ki bu kabil gayri menkullerin de ölünceye kadar bakma mukavelesile temlikinde:

a) Beslenen fariğin vefatında halefi rakabe sahibi olsa bile mefruğa müdahale edemiyor.

b) Mefruğunlehin beslemekten imtinaında fariğ mefruğu geri alabiliyor ve bu müessese için kabul olunan hususî kolaylıklardan

mefruğunlehin mukavele olunan şarta ademi vefasından dolayı fariğ ferağ eylediği akarın istirdadını istida edip muhakimi şer'iyeye ledelhavale ekseriya fariğ hakikati hal yani şartın kable ferağ zikir ve mukavele olduğunu ve huzuru mütevellide şarttan asla bahsolunmadığını ifade edip bu surette huzuru mütevellide zikrolunmayan şartı ferağ muteber değildir diye davasının ademi istimaile cevap verilerek fariğin mağduriyetini müstelzim olmakta ve bazıları dahi hilâfı vaki yani şart huzuru mütevellide zikrolunup fakat temessüke derc olunmadığını iddia ile tashihî dava etmekte ise de senedat idaresinin bu makule şartla ferağı kabul etmediği mahakimce bir dereceye kadar malûm olduğundan bu davaya şuhud istimaında tereddüd olunarak bu makule davalarda bir takım müşkülât çekilmekte ve bu müşkülâtın asıl menşei ölünceyedek görüp gözetmek gibi şartların senedat idaresinden kabul ile temessüke derc olunamaması maddesi olmakla badema Mecellei ahkâmı adliyenin 855 inci maddesine tabikan bir kimse bilicaretyn tasarrufunda olan vakıf akarını ölünceyedek kendisini beslemek şartile ferağ ettikte mefruğunleh şartı mezkûr üzere fariği beslemeğe razı iken fariğ ferağına nadim olup ta ol akarı istirdat edememesi ve bu makule şartla vukubulan ferağları senedat idaresi kabul ile temessüke derc ve tahrir etmesi ve bundan böyle vuku bulacak ferağın temessüklerinde munderiç olmayan şart davalarının istimaından hükkâmın menolunması muvafıkı halü maslahat olmakla iradei seniyenin istihsalile umuma neşrü ilânı ve bu yolda Evkaf Nezareti celilesine malûmaat itası... ilh.»

istifade ediyor (3). Yalnız fariğ beslemek için mefruğunlehi icbar edemiyordu.

(3) Şarta riayetsizlik halinde mezun bilhüküm müvellâ marifetile kazai tahkikat icra ettirilerek mefruğu fariğe derhal iade gibi tevsia kabîlinden alınmış tedbirler vardı. Maamafih müddei için bu yoldan başkaca mahkemeye müracaat imkânı da mevcuttu. Mevzuubahs gayri-menkullerde cari olan bu kolaylığın mucip sebepleri Şûrayı Devletin 9 mayıs 1321 tarihli mazbatasile onu takip eden diğer mazbatalarında şöyle izah olunmaktadır :

«Bu yolda mülkünü şartla meccanen ferağ edenler alekser fakir ve miskin ve alil ve bîkes kimseler olup mücerret infak ve müdavât olunmak ve firaşı ihtizarda bakılmak için yegâne ümit ve istinatları şartla ferağ ettikleri şeyden ibaret iken mefruğunleh tarafından bakılmadıkları ve sokağa atıldıkları halde mefruğunlehlerin ekserisinin iadei ferağa yanaşmamalarından ve fariğler ise ahvali maruza sebeble mahkemei aidesine müracaatla ilâm istihsaline kudretyap olamamalarından naşi bu bapta mefruğunlehlerden ziyade fariğler şayestei merhamet ve bunların istirdadı mülk hakkındaki muamelelerinin tesri ve teshili muvafık görüldüğü...» Keza aynı mazbatadan: «Fihakika mülklerini ölünceye kadar kendilerine bakmak şartile meccanen ahara ferağ edenlerin ekseri fukara ve acezeden olup bunların mefruğunlehlerin şarta riayet etmedikleri takdirde mefruğunbihi istirdat için mahkemeye müracaat ve masarifi lâzimeyi ihtiyar ve tesviye etmeleri müşkül ve teşdidi zaruret ve sefaletlerini müstelzim olacağına nazaran...»

26 ağustos 1325 tarihli mazbatadan : «Mülklerini ölünceye kadar kendilerine bakmak şartile bilâbedel ahare ferağ edenlerin ekseri acezeden olup kendilerini mefruğunlehlerin şarta ademi riayetleri takdirinde mefruğunbihi istirdat için mahkemeye sevk etmek haklarında müşkülâtı mucip olacağı cihetle bu gibilerin iadei ferağ yolunda Defterhaneye vaki olacak müracaatları ve getirecekleri ilmühaber üzerine Defterhanece mahalline bir husus memuru izamile mefruğunlehler tarafından fariğlere bakılıp bakılmadığının bigaraz ehli vukuftan bittahkik olbapta tanzim olunacak beyanname ile ilmühaberler münderecatı esbabı müracaatını teyid eyler ise iadei ferağ muamelesinin icrası ve ancak daha ziyade temini vüsuk ve intizam için husus memuruna mefruğunbihin bulunduğu mahal mahkemesinden dahi mezunen bilhüküm bir memur terfikile salifüzzikir beyannamenin anın tarafından tahtim olunması hususunun usul ittihazı muvafıkı maslahat ve madelet görüldüğünden...»

10 nisan 1326 tarihli Şûrayı Devlet mazbatasından : «Şartı mezkûr ile meccanen ferağ olunup da mefruğunlehin fariğden evvel vefatından dolayı fariğe iadesi lâzım gelen mefruğun şartı vakia riayetle fariği besliyeceklerinden bilbahis uhdelerine muamelei intikaliyesinin icrası hakkında mefruğunlehin veresesi tarafından bîhakkın vuku bulacak müracaatın reddi muvafıkı nisfet ve madelet olmayacağına binaen şartı mezkûr ile emvali gayri menkulenin ferağında fariğlerden evvel mefruğun-

c) Fariğ sağ iken mefruğunleh mefruğu başkasına ferağ edemiyor.

d) Beslemek şartile ferağda ferağ arzı memlekete (arzi miri) taallük etse bile rüçhan hakkı mevzuubahs olamıyor.

e) Mefruğunlehin ölümü halinde naili intikal mirasçıları işe rıza gösterdikçe fariğ mefruğu geri alamıyordu.

3. — Memleketimizde halkın büyük bir ihtiyacını tatmin bakımından hususî ehemmiyeti bulunan beslemek şartile ferağ müessesesine, tatbikatı tevhid vazifesile mükellef bulunan yüksek Temyiz mahkememizin mütevali içtihatları vakit vakit Şûrayı Devletin bu tasarruftaki ehemmiyeti tebarüz ettiren kıymetli kararları dikkate değer kuvvet ve vüsat temin etmiştir. (4)

4 — Ölünceye kadar bakma mukavelesini Borçlar Kanunu 511 inci maddesinde şöyle tarif etmiştir: «*Kaydı hayat ile bakma mukavelesi, âkitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartile bir mamelek yahut bazı mallar temlikini iltizam etmesinden ibaret olan bir akittir.*» Görülüyor ki bu kanun-

lehler vefat edip de varisleri şarta riayet edeceklerini beyan eyledikleri takdirde emvali mezkûrenin muamelei intikaliyesinin icrası fakat verenin işbu şarta ademi riayetleri fariğler tarafından baîlmühaber iddia olunursa Defterhane idaresinden lieclittahkik mahalline izam olunacak husus memuruna mefruğun bulunduğu mahal mahkemesinden mezunen bilhüküm bir memur terfiki ve tanzim olunacak beyannamenin anın tarafından tahtimi ile ilmühabere beyanname münderecatı tevafuk eyler ise emvalin fariğa reddü iadesi...»

(4) Beslemek şartile ferağ olunan menazilde fariğ vefat eyledikten sonra mefruğunlehin şarta riayet edip etmediğinin tetkik ve taharrisine mahal kalmaksızın mefruğunlehin tasarrufu tekarrür edeceğine dair 23 haziran 1315 tarihli, şarta riayet olunup olunmadığının erbabı vukuftan tahkiki lâzım olup şahit dinlenmeyeceği hakkında 9 mart 1320 tarihli ve senette muharrer bakmak tabirinin işe ve infak manasına mahmul olacağı hakkında keza 9 mart 1320 tarihli, ve şarta riayetsizlikten nâşi eshabı intikalın feshi ferağ hakkı olmadığına dair 18 haziran 1327 tarihli ve şeraiti meçhulenin ferağı ifsat edeceğine dair 23 ağustos 1937 tarihli, ve fariğın beslenmediğine mütedair davasının evvelce reddi muahharen tekerrürüne mâni olamayacağı hakkında 26 haziran 1328 tarihli ve fariğın beslenmediği yolundaki iddiasının mahkemece lüzumu tetkikine dair 26 haziran 1328 tarihli ve bu bapta ferağın sıhhati için arazi mefruğanın eşcarı mülteffeyi havi olmamasının muktazi bulunduğu dair 28 temmuz 1328 tarihli ve beslemek şartile küçüklere vuku bulan ferağın sahih olmayacağı hakkında 28 temmuz 1328 tarihli Temyiz kararları vardır.

da evvelki hukuka göre «fariğ» diye tâbir olunan alacaklı mefrugunlehi yani borçluyu varis de nasbedebiliyor. Bu takdirde mukaveleden neşet eden ihtilâflar miras mukavelesi hakkındaki hükümlere tevfikân hallolunuyor. Zaten ölünceye kadar bakma mukavelesi mirasçı nasbını tazammun etmese bile miras mukavelesi şeklinde tanzim olunmak lâzımdır. Bu kaidenin tek müstesnası: Şartlarına tevfikân Devletçe tanınmış bir müessese ile akdi inşadır ki gayri resmî bir senetle iktifaya cevaz vardır. Kanun, gayrimenkulünü tamlik eden alacaklıya haklarını temin için tıpkı bir bayi gibi kanunî ipotek hakkı tanımıştır. Alacaklı borçlunun ailesi içinde yaşar, borçlu aldığı malların kıymetine ve alacaklının evvelce haiz olduğu içtimâî mevkie göre hakkaniyetin iktiza ettiği şeyleri alacaklıya verir. Bilhassa münasip gıda ve mesken temin eder, hastalığında kendisine muktezi ihtimam ile bakar, tabip getirir. Bu mukavele alacaklının infaka mecbur olduğu kimselere karşı mükelefiyetini ifaya medar olan vasıtaların elden çıkmasını mucip olmuş ise zarar görenler mukaveleye itiraz edebilirler fakat bu itiraz mukavelenin feshini müeddi olmaz. Borçlu bunlara nafaka vermeğe cebrolunur ve bunlara verilen nafakalar alacaklıya verilmesi lâzımgelen şeylerle mahsub edilir. Mirasçıların tenkis talepleri ve alacaklıların iptal davaları bu mukaveleye karşı da nazara alınır. İki tarafın mukavele mucibince verecekleri şeyler arasında kıymetçe hissölunacak derecede nisbetsizlik bulunduğu ve fazla alan taraf diğer tarafın kendisine teberruda bulunmak kasdi olduğunu isbat edemediği takdirde taraflardan her biri altı aydan evvel haber vermek şartile bu mukaveleyi her zaman feshedebilir. Bu hususta muteber bir irat sandığının kabul ettiği resülmal ile irat beynindeki nisbeti nazara almak lâzımdır. Mukavele feshedilince evvelce verilen şeyler istirdat olunur ve bunların resülmal ve faiz kıymetleri beyninde takas icra olunur. Şarta riayetsizlik mukaveleyi ifaya devam etmeyi çekilmez bir hale getirir, veya muhik bazı sebepler mukavelede devamı imkânsız veya müşkül kılarca taraflardan her biri tek başına bu mukaveleyi feshedebilir ve bu sebeplerden dolayı fesihte kusurlu olan taraf aldığı şeyi geri verir ve diğer tarafa hakkaniyete muvafık bir tazminat itasına da mecbur olur. Bununla beraber hâkim mukaveleyi feshetmeyip iki taraftan birinin talebi ile veya re'sen yalnız birlikte yaşamağa nihayet verdirerek alacaklıya kaydı hayat ile bir irat da tahsis ettirebilir. Beslemek şartile temin olunan hakkı yani bu alacağı, alacaklı

başkasına temlik edemez. Borçlu iflâs ederse alacaklı kendisine verilmesi lâzımgelen şeylerin kıymetine muadil olmak üzere muteber bir irat sandığında kaydi hayat ile irat tesisi için muktazi resülmale müsavi bir matlubu masadan ister. Nitekim alacaklı bir matlubun temini için borçlu aleyhine konulan hacze de iştirâk edebilir.

Borçlunun ölümü halinde alacaklının bir sene zarfında mukavelenin feshini ve borçlunun iflâsında masasından isteyebileceği miktara müsavi bir meblâğın itasına mirasçılarının mecbur tutulmasını talebe salâhiyeti vardır. Bütün bu hükümler fariğ ile mefrunle arasındaki münasebetin nisbî bir hak münasebeti olduğunu gösterir.

5 — Medenî Kanun ile Borçlar Kanununun meriyet mevkiine girmesi üzerine Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü şu umumî tebliğler ile kendisini alâkadar eden hukukî vaziyeti tesbite çalışmış idi. 18/10/926 tarihli ilk tebliğ (5):

«Ölünceye kadar bakmak ve gözetmek şartile bilcümle emvali gayrimenkulenin temlikî muamelâtı Borçlar Kanununun 511-514 ve 518 inci maddeleri mucebince kemafissabık tapu dairelerince icra olunacaktır. Borçlunun (mefruğunleh) alacaklıdan (fariğ) evvel vefatı halinde temlik olunan gayrimenkulün alacaklıya rücu edeceği yolunda dermeyeran olunacak şartın kabul ve tapu kaydına derci caiz değildir. Ahvali mümasilede ona göre muamele ifası...». Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü bu tebliği 13/11/926 tarihinde şu yolda tavzih etmek lüzumunu hissetmiştir:

7/10/926 tarihli umumî telgraf 18/10/926 tarihli ve 165 numaralı tahriratı umumiyyeye zeyildir:

«Ölünceye kadar bakmak ve görüp gözetmek şartile temlik olunan emvali gayrimenkulenin borçlunun alacaklıdan evvel vefatı halinde alacaklıya rücu edeceği yolunda dermeyeran olunacak şartın kabul ve tapu kaydına dercolunmaması lüzumu tebliğ edilmiş ise de ahiren icra kılınan tetkikat neticesinde hibenin şartla yahut mükellefiyetle takyid olunabileceği ve mevhubunlehin vâhipten evvel vefatı halinde hibe edilen şeyin vahibin mülküne rücu etmesinin şart edilebileceği Borçlar Kanununun 340 ve 343 üncü maddelerinde musarrah olduğu gibi mezkûr kanunun 511 inci maddesinde kaydi hayat ile bakma mukavelesi de akitlerden birinin

(5) Borçlar Kanunu 4 teşrinievvel 1926 tarihinde meriyet mevkiine girmiş olduğuna göre bu tebliğ işaret olunan tarihten 14 gün sonradır.

diğerine ölünceye kadar bakmak ve görüp gözetmek şartile her hangi bir malın temlikini iltizam etmesinden ibaret bir akit olduğu muharrerdir. Şu halde halkın ihtiyacatını tatmin etmek üzere mevadı mezkûre ahkâmına tevfikân emvali gayrimenkule muamelesinin icrası lâbüttür. Şu kadar var ki mezkûr kanununun 243 üncü maddesine göre hibe ivaz teahhüt edilmeksizin bir malı bir kimseye temlik demek olduğundan ölünceye kadar bakmak ve görüp gözetmek şartile olan temlik muamelesini hibe şeklinde icra etmemek lâzımgelir. Hibe için (Şakir efendi ibni Ali) malik olduğu mezkûr haneyi mevhubunlehin kendisinden evvel vefatı halinde kendisine rücu etmek şartile Rıza efendiye hibe ve temlik etmiştir. Bakmak ve görüp gözetmek şartile temlik için de (Şakir efendi ibni Ali) malik olduğu mezkûr haneyi ölünceye kadar bakmak ve görüp gözetmek şartile temlik eylemiştir. Bu minval üzere gerek zabıt defterine ve gerek tapu senedinin, senedin sebebi itası hanelerine imlâ edilerek muamelenin icrası ve binaenaleyh bu bapta usulen getirilecek ilmühaberler veya senedat ile kayıtlarında fotoğrafı mülsak muamelât için alâkadarların ita edeceği beyannamelerde bu eşkâlde muamelenin talebine dair izahat ita edilmiş olması muktazidir, ilâh...» Bahsi geçen Umum Müdürlük, mütehasıs müşavirinin mütalâasını alarak 28/4/929 tarihinde ilk tebliğine ikinci zeyil olarak şu tamimde bulunmuştur (6):

(6) Bu tarihte Tâpu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün Mutahassis Müşaviri bulunan mebus Profesör *Mustafa Şeref Bey* merhum tarafından yazılan mütalâanamenin elde edilen suretidir:

4. 2. 1929 tarihli ve 52 numaralı tezkerei aliyeleri cevabıdır: Kanunu Medenin meriyet ve tatbiki hakkındaki kanununun 43 üncü maddesi mucebince Borçlar kanunu bu kanuna muğayir olan ahkâmın hepsini ilga etmiştir. Ancak sabık ahkâm zamanındaki hâdiselerin kanunen sıhhat ve muteberlikleri o ahkâma göre tayin olunur. Şüphesiz bu esas intizamı âmme ve âdabı umumiye kaydile mukayyettir. Bir de müktesep hak halinde olanlar da yeni ahkâm ile iptal veya tadil ve tebdil olunamazlar. Kanunu Medenin mevkii meriyete vazından sonra akdolunan ölünceye kadar bakma mukavelesi sıhhat ve netayici itibarile artık tamamen Borçlar Kanununun 511 ve müteakip maddeleri hükmüne tâbidir. Kanunu Medenin meriyete vazından evvel yapılan bu nevi mukavelelere gelince: Bunların şeraiti sıhhat ve nefazları sabık ahkâma tâbidirler. Borçlar Kanunu mucebince bakma akdi senedi resmî ile olmak lâzımdır. Binaenaleyh resmî olmıyan bir senetle yapılan ölünceye kadar bakma akdi muteber değildir. Kanunu Medenin meriyete vazından evvel yapılan mukaveleler kâtilbiadil huzurunda yapılmamış olsa bile meri ve muteber olurlar. Bunun gibi diğer sıhhat şeraitinde

«18/10/926 tarihli ve 165 numaralı umumî tahrirata ikinci zeyildir:

«1 — Ölünceye kadar beslemek şartile yapılan akitlerde eski kanuna göre vahip fariğ mevhub ve mefrugunleh Kanunu Medeniye göre borçlu ve alacaklı vaziyetinde bulunanlardan biri Medeni Kanunun meriyetinden mukaddem vefat etmiş ise muamelei müte-rettibe ahkâmı sabıka dairesinde yapılacaktır.

2 — Muamelesi Medeni Kanunun meriyetinden mukaddem icra kılınmış olup da alacaklı mevkiinde bulunan şahsın vefatı Kanunu Medeninin meriyetinden sonra vuku bulmuş ise gayri menkul borçlu uhdesinde kesbi katiyet edeceğinden olveçhile tashihi kaydı icra olunacaktır.

3 — Muamelesi Medeni Kanunun meriyetinden mukaddem icra kılınmış olup da (borçlu mevhubunleh) alacaklıdan evvel ve

sabık ahkâm tatbik olunur. Bir de hakkı müktesep halinde olan vaziyetler yeni kanun ile ihlâl olunamazlar. Bunların haricindeki ahval için yeni kanunun hükmü tatbik olunmak lâzımdır. Kanunu Medeninin meriyete vazından evvel akdolunan bir ölünceye kadar bakma mukavelesinin tatbiki esnasında ve Kanunu Medeninin meriyetinden sonra borçlunun vefatı vuku bulursa tatbik olunacak ahkâm sabık ahkâm olmayıp Kanunu Medeninin vazettiği ahkâmdır. Şöyle ki borçlu varis olarak bir sağır terkederek vefat ettiği takdirde ahkâmı sabıkaya tevfikân fariğ uhdesine tashihi kayd olunması vefatın Kanunu Medeniden evvel vuku bulmuş olması mukayyettir. Çünkü ancak bu takdirde fariğ lehine tashihi kayd bir hakkı müktesep olur. Henüz vefat vuku bulmaksızın Kanunu Medeni meriyete girerse yeni kanun hükmünün cari olduğu zamanda haylûlet eden vefatın tevliid edeceği netayic için yeni kanunun tatbikine mebna olacak bir hakkı müktesep yoktur. Akdın esasının sıhhat ve nefazi ve muteber olması da mevzubahs değildir. Ölünceye kadar bakma akdinde alacaklı olan kimse Kanunu Medeninin meriyetinden sonra vuku bulan borçlunun vefatı hali karşısında varis sağır olduğundan namıma tashihi kayd hakkı müktesebimdir diyemez çünkü bu hakkı kendisine tanıyan ahkâmın meriyeti zamanında varisi sağır bırakarak vefat vuku bulmamıştır. Vefat, Kanunu Medeni zamanında vuku bulmuş olduğundan Borçlar Kanununun ahkâmı tatbik olunmak icap eder. Binaenaleyh mevzuu bahsolan meselede Borçlar Kanununun 518 inci maddesi tatbik olunmak lâzımdır. İşbu maddeye göre geriye kalan verenin sağır ve kebir olması haline bakılmaksızın borçlu vefat edince alacaklı bir sene zarfında mukavelenin feshini talep edebilir. Fesih halinde tatbik olunacak muamele 518 ve 519 uncu maddelerde beyan olmaktadır ki mahkemeye ait işlerdendir. Bu gibi vaziyetlerde tâpu memurları için re'sen yapılacak muamele olmayıp alâkadarların mahkemeye müracaatı lâzım gelir... Mütetassıs Müşavir : *Mustafa Şeref*».

Medenî Kanununun meriyetinden sonra vefat etmiş bulunursa vahip için kanunen müktesep mahiyette bir hak mevcut olmadığına nazaran ahkâmı sabıka icabınca gayri menkul her hangi nevi araziden olursa olsun ve müteveffa velev sağır varis terketmiş bulunsun şart mahfuz kalmak üzere Borçlar Kanunundaki ahkâma tevfikân borçlunun varislerine usulü veçhile muamelei intikaliyesi icra kılınacaktır. Şu kadar ki intikal muamelesinin icrasını müteakip alacaklıyı keyfiyetten resmen haberdar etmek lâzımdır. Bu suretle intikal muamelesi yapılan gayrimenkul hakkında verese tarafından satış veya ipotek gibi gayrin hukukunu tealluk ettirecek bir muamelenin ifası talep olunur ise, muamelenin kemakân vâhip alacaklının imzası rey ve muvafakati ile yapılması iktiza eder. İtiraz vukuunda alâkadarların mahkemeye müracaat hakkı mahfuzdur.

4 — Kanunu Medeninin meriyeti tarihinden sonra yapılmış olan ölünceye kadar bakma akitlerine müteallik her hangi tasarruf muamelâtı Borçlar Kanununun 511 ve müteakip maddelerindeki hükümlere tâbidir. Mümasil ahvalde bu veçhile muamele ifası...»

Bahsi geçen umumî tahriratın bir de 13/10/930 tarihli şu üçüncü zeyli vardır:

«18/926 tarihli ve 165 numaralı umumî tahrirata üçüncü zeyildir: Rücu şartile ölünceye kadar bakma akdinin caiz olup olmayacağı bazı idarelerimizce sorulmuştur. Borçlar Kanununun buna müteallik olan 242 inci maddesi şartı rücu ile hibeyi tecviz etmiştir. Fakat bakma şartile temlike mütedair olan 511 inci maddesi ile müteakip maddelerde hibeye kıyasen rücu şartının dermeyanı caiz olup olamayacağına dair ne sarahaten ve ne de delâleten hiç bir kayıt yoktur. Vakıa kanunun men etmediği ahvalde her nevi ukud ve muamelât muteber olmak lâzımgeleceğine göre bakma akdinin rücu şartile icrası caiz olacağı varidi hatır olmakta ise de bakma akdile temlik olunan gayrimenkul üzerinde alacaklıların yalnız kanunî ipotek hakkı mevcut olduğuna nazaran borçlunun gayrimenkulü dilediği gibi tasarruf etmesi lâzımgelir. Halbuki bu yoldaki akit rücu şartile yapılacak olursa borçlunun gayrimenkulü ahara sata-
madığı gibi rehin ve diğer bir aynı hak ile de takyid edemez. Alacaklı da kanunî ipotek hakkını istimal eyleyemez. Nihayet şartı rücu ile bir bakma akdi yapıldığı kaydine işaretle iktifa etmek lâzımgelir ki bu suretle bakma akdi hakkındaki ahkâmı kanuniyenin tamamen haricinde bambaşka bir şekil arzeder. Hülâsa rücu şartile, bakma suretile temlik doğru değildir. Çünkü Borçlar Kanunu bunu

yalnız hibe için kabul etmiştir. İvazla temlikten rücu imkânı için ise kanun vefa ve iştirâ hakları gibi ayrı yollar vazetmiştir. Mümasil ahvalde berveçhimesruh muamele ifası... ilâh».

6 — Borçlar Kanunumuzun tatbik mevkiine vazından sonra Temyiz Mahkemesince ölünceye kadar bakma tasarrufuna ait karar ve içtihatlarda bu kanunun tazammun ettiği inkilâp hükümlerine (atiye aynen derç olunacak olan kararın suduruna kadar) tam bir sadakat gösterilmiş ve kanunun hususi temayüllerinin tatbikatta mahfuz kalmasına itina olunmuştur.

Meselâ Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 5/1/1928 tarihli kararında «mefruğunlehin beslemek teahhüdü fariğin vaziyeti mefruğunleh nereye giderse ona iltihak etmesi gibi bir kaydü şart ile meşrut ve mukayyet olmayıp mutlak bulunduğu fıkrai hükmiye medlulünden anlaşılmakta olmasına ve Borçlar Kanununun 514 üncü maddesi mucebince fariğin mefruğunlehin ailesi içinde yaşayacağı beyan edilmiş ise de bu husus fariğin hakkı olup bu hakkı istimal etmek istemezse mefruğunlehin fariği kendi ailesi haricinde beslemeğe mecbur olduğu maddei mezkûrenin 2 ve 3 üncü fıkraları delâletile anlaşılmasına mefruğunleh fariğin kendi yanına gelmediğinden bakmadığını ikrar ettiğine nazaran bu cihetler nazara alınarak ona göre tetkikat icrası lâzımgelirken bazı mütalâat serdile reddi davaya karar verilmesi yolsuzdur» denmektedir.

Gene Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 12/9/1929 tarihli kararında: «Borçlunun vefatı halinde bir sene zarfında mukavele-namenin feshi hakkı tahmil olunan mükellefiyetlere muhalif hareket olunmasından mukavelenin icrasının çekilmez bir hale gelmesi veya mukavelenin devamını imkânsız bir hale getiren veyahut ifrat derecede külfetli kılan muhik sebeplerin tahaddüsü gibi ahvalin mevcudiyetine vabeste olmayıp mücerret borçlunun vefatı ile alacaklı bu fesih hakkını talep edebileceğine göre fariğin yani alacaklının çocuk olmadığına ve şuurunda hâle bulunmadığına ve kendileri de beslemeğe amade iken alacaklının imtina ettiğine velhasıl hiç bir vechile feshi mucip bir hal olmadığına dair itirazat varit değil iken alacaklının hayatta buldukları esnada kaydi hayat ile bakma mukavelenamesinin kanunda tayin olunan hallerde feshi takdirinde verilmiş olan şeylerin geri alınacağı kanunun 516 ve 517 inci maddelerinde musarrah olduğu vechile borçlunun vefatı üzerine kanunen muayyen olan bir sene zarfında alacaklının borçlunun iflâsı halinde masasından talep edebileceği miktara musavi bir

meblâğın itasını borçlunun mirasçılarında isteyeceği mezkûr kanunun 518 inci maddesinde münderiç olmasına nazaran hâdisede 516 ve 517 inci maddeler mucebince aynen verilen şeyin istirdadı değil kanunen muayyen miktarın istirdadı mevzubahs olmasına göre buna muhalif karar ittihazı yolsuzdur» denilmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 13/5/929 tarihli kararında «ölünceye kadar beslemek şartile yapılan ferağlarda mefruğunlehin fariği beslemediği hakkında fariğ tarafından açılan davada davanın ne suretle isbat olunacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda beyan edilmesine ve mezkûr kanunun müktesep hakları ihlâl etmemek şartile makabline şamil olacağı 578 inci maddesinde müsarraah olmasına göre Hukuk Usulü Mahkemeleri kanununa göre muamele yapılması lâzımgelirken bu gibi davaların usulü tetkikine mütedair Arazi kanununa müzeyyel maddei kanuniyenin tarafeyin için müktesep hak teşkil ettiğinden bahs ile buna istinaden tetkikat icrası yolsuzdur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 16/6/1930 tarihli kararında: «Sebebi dava olan vefat hadisesi Borçlar Kanununun meriyete girdiği tarihten sonra vuku bulmuş olmasına nazaran hâdisede mezkûr kanun ahkâmının tatbiki iktiza edip aktin meriyet tarihinden mukaddem inikat etmesi Mecelle hükümlerinin tatbiki mucip olamaz» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 6/11/1930 tarihli kararında: «Ölünceye kadar bakmak akti vahidüttaraf ukuttan olmayıp iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını sulh hâkimi veya noter veyahut kanunen bu husus ile tavzif edilmiş makamlardan birinde tanzim edeceği senede rapt ile munakit ve muteber tasarrufattan olmasına ve mübrez iki kıt'a senet alacaklının takririni muhtevi olup borçlunun ölünceye kadar bakacağını natik takririne mutabık rızasını ifâde eden bir kaydı muhtevi olmamasına nazaran kanunen gayri muteberdir» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 9/11/1930 tarihli kararında: «Alacaklının hali hayatında ikame ettiği fesih davasının vefatı takdirinde istihlâf eyleyen varisleri tarafından takip olunmayacağına dair bir sarahati kanuniye yoktur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 30 mart 1931 tarihli kararında: «Beslemek şartile bir gayrimenkul hisseyi alacaklı bütün hukuku tasarrufiyesile borçluya devretmesine göre bu gayri-

menkulün diğer hissei sayiasını hissedar sattığı takdirde ikamei dava hakkı borçluya yani mefrugunlehe aittir» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 2/4/1931 tarihli kararında: «Hakimin irat tayini suretile hakkı takdirini istimal ettiği hâdiselerde iradın verilmemesi halinde alacaklı fesih davasında bulunur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 31/5/1931 tarihli kararında: «Müddei fesih davasına mefrugunleh borçlunun vefatını sebep ittihaz etmeyip varislerin kendisine bakmadıklarını iddia ederek bunu sebep göstermesine göre bu cihetin tetkiki ile ona göre karar ittihazi iktiza ederken Borçlar Kanununun 518 inci maddesine istinaden davanın reddi yolsuzdur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 3/7/1932 tarihli kararında: «Müddeinin talebile müddaaleyhe şehri yirmi lira ita eylemesi hakkında hüküm verilmiş olmasına göre müddeiye ayrıca müddeabih hanede ikamet hakkı verilmesi ve kışlık mahrukatının da müddaaleyh tarafından teminine karar verilmesi yolsuzdur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 3/7/1932 tarihli kararında: «Dava ve hüküm tarihine kadar alacaklı (fariğ) tarafından bir talep mesbuk olmadığı halde borçlunun (mefrugunlehin) nafaka ile mükellef tutulması hakkında verilen karar kanuna muvafık değildir» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 17/1/1932 tarihli kararında: «Borçlar Kanununun 517 inci maddesinde musarrah hallerin tahakkukunda hâkim mukaveleyi fesh veya irat tayin etmekte hakkı takdire maliktir» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 28/1/1932 tarihli kararında: «Tahmil olunan mükelefiyete muhalif hareket edilmesinden naşi kaydi hayat ile bakma mukavelesinin icrasına devam çekilmez bir hale geldiği veyahut muhik bazı sebepler mukavele-namenin devamını imkânsız bir hale getirdiği takdirde Borçlar Kanununun 517 inci maddesi hükmünce hâkim mukaveleyi fesh edecek yerde iki tarafın birlikte yaşamalarına nihayet verip buna mukabil alacaklıya kaydi hayat ile irat tahsis edebilirse de borçlunun vefatından dolayı alacaklı kanunen muayyen olan bir sene zarfında mukavelenin feshini talep edip mahkemece bu sebepten dolayı mukavelenin feshi cihetine gidilirse alacaklıya kaydi hayat ile irat tahsisi lâzımgelmeyip bu suretle alacaklının hakkı kanunu mezkû-

run 518 inci maddesile bu maddenin matufunaleyhi olan 519 uncu maddesinde keyfiyet takdir ve tayini izah edilen bir meblâğı müteveffanın mirasçılarında talep ve istifaye tealluk edeceğine ve hâdisede davanın mahiyeti ölünceye kadar bakmak ve beslemek şartile kendisine emvali gayrimenkule ferağ edilen mefrugunlehin vefatından dolayı aktin feshi talebinden ibaret olmasına göre aktin feshine karar verildikten sonra Borçlar Kanununun 518 ve 519 maddeleri muktezası veçhile muamele ifası iktiza ettiği halde 519 uncu maddeye yanlış mâna hamlolunmak suretile alacaklıya irat tahsisi kanuna uygun değildir» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 14/1/1933 tarihli kararında: «Kaydi hayat ile bakma mukavelesinin miras mukavelesine şeklinde tanzim olunacağı Borçlar Kanununun 512 inci maddesinde ve miras mukavelesinin resmî vasiyet şeklinde yapılacağı Kanunu Medeninin 492 inci maddesinde musarrah olup resmî vasiyet senedinin de iki şahit huzurunda sulh hâkimi ve noter veya hut kanunen bu husus için tavzif olunan memur tarafından tanzim edileceği de Kanunu Medeninin 479 uncu maddesinde tasrih ve beyan edilmiş olmasına göre kaydi hayat ile bakma mukavelesi gayrimenkul emvale müteallik olsa dahi noter huzurunda aktolunacağı ve bu bapta tanzim edilen noter senedinin muteber olacağı anlaşılmasına ve müteveffanın akit zamanında ehliyeti kanuniyeyi haiz olduğu mezkûr noter senedinde zikrolunmasına ve esnayı akitte mezburenin ehliyetine mani akıl hastalığının mevcudiyeti iddiasının kanunen tabip raporile isbatı lâzımgelip müddaaleyh vekili ise müteveffanın haizi ehliyet olmadığına dair yetlerinde bir tahriri vesika bulunmadığını huzuru mahkemede ifade eylediği zabıtnamede muharrer olmasına ve ibraz olunan muvazaa senedi muktezasına göre muayyen müddet zarfında tapuya müracaat ve dava ikame edilmemiş ve tenkis hakkında bir dava açılmamış bulunduğu göre filhal dermeyan olunan bu iddianın istimalına cevaz olmadığından temyizen mesrud itirazat varit değildir» denmiştir (7).

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 14/3/1933 tarihli kararında (8): «Borçlunun vefat etmesile ölünceye kadar bakma mu-

(7) Bu karara kadar olan hülâsalar avukat Bay Fuat Sedadın «Haşiyeli Temyiz Mahkemesi Mukarreratı Hulâsaları» nam eserinden iktibas olunmuştur.

(8) Bu karar ile onu velyeden kararlar Adliye Vekâletince senelik neşrolunan Temyiz Kararları Mecmularından iktibas olunmuştur.

kavelesi münfesihi olmayıp borçlunun mirasçıları dahi mukavele hükmüne riayet etmesi lâzımgelene mebni temyizen bu cihete dair serdedilen itiraz varit değil ise de dava borçlunun mirasçılarından müddaaleyh Mehmedin mukavele hükmüne riayet etmediğinden dolayı mukavelenin feshine dair olmasına nazaran Borçlar Kanununun 518 inci maddesinde mevzuubahs olan müruru zamanın hâdiseye şümulü olmamakla beraber müddaaleyh tarafından mahkemede müruru zaman iddiası da dermeyan edilmemiş ve müdaaleyhin müddeiye bakacağı demesi Kevserin vefatı zamanı olan 1340 tarihinden beri müddaaleyh Mehmedin hükmü mukaveleye riayetle müddeiye baktığına delil olamayacağı cihetle mezbur Mehmedin müddeiye bakıp bakmadığına dair iki tarafın göstereceği şahit ve sair delâilin istima ve tetkikile tebeyyün edecek hale göre hüküm verilmesi muktazi bulunmuş iken mahkemece bu cihetler tahkik ve tetkik edilmeksizin aktin sıhhatinden ve müruru zamandan dolayı davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanundur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 20/6/1933 tarihli kararında: «İlk nakıs hükmü vefat sebeble muayyen müddet içinde vaki talep üzerine mukavelenin feshine gidildiğinde alacaklıya Borçlar Kanununun 517 inci maddesinin son fıkrası hükmü dairesinde kaydi hayatla irat tahsisi ilâzımgelmeyip belki alacaklının hakkı mezkûr kanunun 518 ve 519 uncu maddelerinde izah olduğu veçhile alacaklıya verilmesi lâzımgelen şeylerin kıymetine muadil kaydi hayat ile bir irat tesisine muktazi resûlmale müsavi bir meblâğı mütevaffa borçlunun mirasçılarından talep ve istifya tealluk edeceğini beyan ile bu dairede hâdisenin hâl ve intacı lüzumuna mütedair bulunmuş ve mahkemece de bu sureti naksa uyulmuş olmasına göre ilk önce müddeinin idaresi için ayda lâzımgelen meblâğın miktarı ehli vukufa tayin ettirilerek aylık bu miktar iradın temini için ne miktar resûlmale ihtiyaç bulunduğu (alâkadar müesseselerden) tahkik edildikten sonra borçlunun mirasçıları olan müdaaleyhler mezkûr resûlmal ile borçlu tanılarak vefatına kadar her ay müddeiye verilmesi lâzımgelen meblağ yekûnu resûlmali geçmemek ve resûlmalin bitmesinden evvel müddeinin vefatı halinde mütebaki ödenmeyen kısım borçlunun varislerine kalmak üzere müdaaleyhlerin bahsolunan resûlmeli müddeinin her ay idaresi için tayin olunan miktar ile mükasseten ödemekle mükellef tutulmalarına karar verilmek icabederken mahkemece bundan zuhul olunarak nakıs maksudu haricinde yazılı olduğu veçhile

6300 liranın müdaaleyhlerden tahsiline hüküm verilmesi muhalifi kanundur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 20/6/1933 tarihli kararında: «Kanunu Medenin meriyete girdiği tarihten mukaddem gayrimenkul hakkında ölünceye kadar beslemek şartile vuku bulan hibenin muteber olması aktin tapu memuru huzurunda vuku bulmasına mütevakkıftır. Binaenaleyh Kanunu Medenin meriyete girdiği tarihten mukaddem gayrimenkul hakkında noter huzurunda yapılan ölünceye kadar bakma şartile hibeye istinaden ikame olunan temellük davasının reddine karar verilmesi icabeder» denmiştir.

Yine Temyiz Heyeti Umumiyesinin 29/11/1933 tarihli kararında: «Noter tarafından tanzim edilen kaydi hayat şartile bakma mukavelenamesi kanunca makbul ve muteber bulunduğu halde gayrimenkulün haricen iktisabı caiz olmadığından bahsile mezkûr mukavelenameye müstenit tescil iddiasının reddedilmesi kanuna muhaliftir» neticesine varılmıştır.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 17 haziran 1935 tarihli kararında: «Ölünceye kadar bakıp beslemek şartile vukubulan hibenin irs mukavelesi mahiyetinde telâkkisine imkânı kanunî olmamakla beraber bir şahsın emvali gayrimenkulede temlikî tasarrufta bulunabilmesi için o gayri menkullerin Tapuca kendi namına mukayyet ve müseccel olması hükmü kanun iktizasından bulunmasına ve gayri menkulün noter senedile temlikî kanunen muteber olmamasına mebni bu cihetler nazarı dikkate alınarak ona göre yalnız müddaabih gayrimenkuller hakkında hüküm itası icabederken mahkemece lâalettayin mütevaffa Mehmet Aliye ait emvali gayri menkule ile hakkında dava sebk etmemiş olan müteveffayı mumaileyhin menkul mallarının dahi davacıya aidiyetine hüküm verilmesi muhalifi kanundur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 19 şubat 1935 tarihli kararında: «Davacı Mehmedin davası borçlu Esmanın halihayatında kendisine bakmamasından dolayı aktin feshi talebinden ibaret olmasına nazaran hâdisede Borçlar Kanunuun 518 inci maddesinin bir senelik müruru zamana dair olan hükmü kabili tatbik olmadığı ve borçlunun vefatından sonra vereseşi bakmadan imtina ettiği surette alacaklı aktin feshini istemeğe salâhiyeti olup verese aleyhinde bu yolda bir dava mesbuk bulunmadığı halde mahkemece bu cihetler düşünülmeyerek mezkûr maddeye istinaden bir

sene mürurundan dolayı davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanundur» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 8 kânunuevvel 1936 tarihli kararında: «İbraz olunan noter senedinde ve tapu sicilinde temlikin bakmak suretile vukuuna dair bir kayıt olmayıp mezkûr gayri menkuller 500 lira bedel mukabilinde ve kat'î surette Cennet tarafından vekili vasıtasile Süleymana bey' edildiği anlaşılmasına ve temlikin bakmak şartile vuku bulduğu resmî ve tahrirî delil ile isbat edilmesi iktaza edip bu hususta şahit ikamesi caiz olmadığı gibi kanunen aktin ifsadını mucip ne gibi bir hileye mukarin olduğu tasvir ve izah olunmamasına mebni Temyiz itirazları varit görülmediğinden mezkûr itirazların reddine...» denmiştir.

Yine Temyiz Birinci Hukuk Mahkemesinin 10/haziran/1937 tarihli kararında: «Müvekkilinin batapu mutasarrıf olduğu hudut ve mevkileri malûm 27 parça erazideki hissesini ölünceye kadar kendisine bakıp beslemek şartile aynı köyden Ahmet Nuriye ferağ etmiş ise de mumaileyh şartla ferağın kıymeti olmadığından bahisle kendisini iğfal ederek noter huzurunda mezkûr hisselerin 1700 liraya satış yapıldığını ikrar ettirmiş ve ferağın ifası için dahi tarafından tevkil olunan şahıs marifetile muamelei feragiye icra olunmuş ise de müddaaleyhi mumaileyh şarta riayet etmemekte olduğundan ferağ bedeli 1700 liranın tahsiline karar verilmesi talebile ikame eylediği davadan dolayı mukaddema cereyan eden muhakeme sonunda 1500 ilra değerinde olduğu anlaşılın mezkûr erazinin zahirde (290) lira mukabilinde ferağının icra edilmesile aralarında böyle bir şartın mevcudiyeti anlaşıldığından tapunun iptaline ve davacı namına kaydın tashihine dair olan hükmün temyizen bittetikik dava arazi bedelinin tahsiline mütedair olup aktin feshi hakkında talep mesbuk olmadığı halde feshi akte karar verilmesinden dolayı hükmü mezkûr naksen iade edilmesi üzerine ittibaen cari muhakemede müddei tarafından verilen arzuhalde ıslâh suretile davasını şarta ademi riayetten dolayı aktin feshi ve tapunun iptali ve kaydın tashihi ve tepdili talebinde bulunmuş ise de evvelce verilen dâvâ arzuhali üzerine berveçhibalâ verilen hüküm temyizen naksedilmiş ve bu davanın ıslâhına kanunen imkân bulunmamış olduğundan ıslâh talebinin reddine ve olveçhile dava ikamesinde muhtariyetine karar verilerek bu karar üzerine dahi davacı yeniden arzuhalde mahkemeye müracaat ederek eski muameleleri tekrar ettirdikten sonra verilen karar binnetice diğer bir dava ika-

me etmek üzere redde mütealîk olmasına göre şarta riayetsizlikten dolayı kaydın iptal ve tashihi talep ve iddia olunmakla cereyan eden muhakemei ahire neticesinde ölünceye kadar beslemek hakkındaki akitler Borçlar Kanununun 511 inci maddesi delâletile Kanunu Medenin 492 inci maddesinin matufunaleyhi olan Kanunu Medenin 479 uncu maddesi mucebince resmî memur huzurunda yapılacak tahriri bir mukaveleye merbut olması lâzımgelip hâdisede böyle bir senet olmadığı gibi müdaaleyh evvel ve ahir müruzu zaman iddiasında bulunmasına ve müddeiye müdaaleyhin kendisini (şimdi resmen mukavele yapılamıyor) diye iğfal etmesi üzerine mukavele aktedemediği yolundaki iddia da bir sene geçtikten sonra serdedilemeyeceğine ve aradan reddi istida kararile şimdiki dava arasında da bir seneden fazla zaman geçmiş olmasına binaen davanın reddine dair Bolu Hukuk Hâkimliğinden sadir olan 20/4/1936 tarihli 152 numaralı ilâmın temyizen tetkiki Ayşe tarafından müddeti içinde istenilmiş olmakla mezkûr ilâmla temyiz lâyihası ve dosyadaki ssir kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu. Hüküm fıkrasında beyan olunan kanunî esbabı mucibeye nazaran Temyiz itirazları varit görülmediğinden mezkûr itirazların reddi ile usul ve kanuna uygun olan mümeyyezünbih hükmün tastikine..» denmiştir.

7 —Borçlar kanunumuzun ölünceye kadar bakma mukavelesine ait hükümlerinin tatbikinde memleketimizde esaslî olarak şu meseleler tehaddüs etmiştir:

A — Ölünceye kadar bakma mukavelesinde borç miktarı teavyün edemeyeceğinden naşi kanunî ipotek hükmünün tatbik tarzında Tapu idarelerinin tereddüdü! Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün o tarihte mütehassis müşaviri bulunan mebus ve profesör *Mustafa Şeref bey* merhumun şu mütalâasile hallolunmuştur:

«Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi mucebince ölünceye kadar bakma aktinde diğer taraf bir gayrimenkul üzerinde tıpkı bir bayi gibi kanunî ipotek hakkını haiz olur. Kanunu Medenin 796 inci maddesi mucebince ipotek halen mevcut veya ileride vücut bulacak yahut vucut bulması muhtemel olan her hangi bir alacağın temini için tesis olunabilir.

Vücut bulması muhtemel olan alacaklar henüz yetişeceği miktarı baliği muayyen olmayan yani tam olarak varlığı gelecekte anlaşılacak, baliği zaman itibarile değişebilecek olan müstakbel ala-

caklardır. Meselâ açılan bir kredi hesabının ödenmesini sağlamla-
mak üzere ipotek tesis olunabilir.

İşte bu gibi vıyetlerde bile vazii kanun 768 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünün tatbikine istisna yapmamıştır. Şayet alaca-
ğın miktarı muayyen değilse gayrimenkulün azamî ne miktar için teminat teşkil edeceği tesbit olunmak lâzım ve zarurîdir. Bu lüzum ipoteğin derecesi noktai nazarından da lâzımdır. Çünkü her derecedeki ipotek sahibi kendinden evvel derecelerin azamî balığı ne olduğunu bilmek ister. Bunun aksi ve gayrimenkulün elden çıkma-
masını intaç edecek bir vaziyet sarîh olarak kanunda beyan edilmiş olmak lâzımgelip istidlâl ve istintaç tarikile kabul olunamaz. Çünkü bu netice tasarrufatın takyidini mutazammındır Bu gibi kayıtlar ise sarîh kanun metinlerine müstenit olmak lâzımgelir.

Esbabı maruzaya binaen borçlunun alacaklı için mahiye ve senevî sarfedeceği paranın gayri melhuz masraflar da nazarı dik-
kate alınmak suretile tayin ve tesbiti müşkül olacağına göre vazii kanunun bu husus için kabul etmiş olduğu kanunî ipotek hakkının istisnaen gayri muayyen bir miktar ile taktir ve bu suretle gayri-
menkulünün borçlunun elinden çıkmaması gayesinin istihdaf olun-
duğu yolunda varid olacak mülâhaza vazii kanunun açık olarak koyduğu ve tasrih ettiği hüküm prensiplerine muhalif bulunmakta olduğundan tatbik olunmayıp azamî bir had tesbit olunarak ipote-
ğin ancak o azamîye kadar muteber olmak üzere tesisi lâzımgelir..
3/5/1930».

B — Borçlar Kanununun 507 inci ve müteakip maddelerinde mev-
zubahs olan kaydi hayat ile irat ve ölünceye kadar bakma akitleri-
nin alacaklı tarafından aktin şeraiti muhafaza olunmak şartile ahara devrinin kanunen caiz olup olmadığında tereddüt edilmiş-
tir. Bu mesele de mütehassıs müşavir Mustafa Şeref bey merhum tarafından şu suretle hallolunmuştur: «507 inci maddede mevzu-
bahsolan alacaklının borçlunun veyahut üçüncü bir şahsın hayatı müddetince takyit olunabilecek olan kaydi hayat ile irat hilâfına mukavele olmadıkça yine mezkûr kanunun 510 uncu maddesinin sa-
rahatı mucibince alacaklı tarafından başkasına temlik olunabilir. Bu hususta 510 uncu maddenin sarahati, mütalâa dermeyanı külfetinden hâdiseyi azade kılar. Borçlar Kanununun 512 inci madde-
sinde mevzuubahsolan âkitlerden birinin diğerini ölünceye kadar bakmak onu görüp gözetmek şartile yapılan kaydi hayat ile bak-
ma hakkı bu hak lehine tesis olunan kimsenin sıkıdan sıkıya şahsı-

na bağlıdır. Bu şahıs hakkını diğerine devir ve ferağ ederek kendi yerine başkasını ikame edemez. Çünkü diğer âkit ancak hak kendi lehine tesis edilen şahsı görüp gözetmeğe razı olmuştur. Bunun içindir ki 519 uncu madde alacaklının hakkını başkasına temlik edemeyeceğini tasrih ediyor. 1929».

C — Borçlunun vefatı halinde malın alacaklıya aynen iadesi meselesinde tapu idarelerince vaki tereddüdü tapu encümeni 20/10/1931 tarihli şu kararile halletmiştir:

«Beslemek şartile yapılmış olan muameleler gayrimenkullerin nevine göre mevhubunleh veya mefruğunlehin vefatında vahibe iade veya mefruğunlehin varislerine şarta riayet kaydile intikal ettirilmekte ve bu muameleler ilmuhaberlere müsteniden icra edilmekte idi. Medenî Kanununun meriyetinden sonra ölünceye kadar bakma akdile temlik olunan gayrimenkullerde temliki yapan alacaklının yalnız tıpkı bir bayi gibi kanunî ipotek hakkını haiz olduğu esası kabul edilmiştir. Binaenaleyh Medenî Kanununun meriyetinden evvel beslemek şartile ferağ veya hibe edilmiş olan gayrimenkullerin vefat hâdisesi Kanunu Medenînin meriyetinden sonra vaki olduğu takdirde de vahibe iadesi icabetmez.» (Borçlar Kanunu madde 518 Tatbikat Kanunu madde: 4).

Medenî Kanunun meriyetinden sora bakma aktile temlik edilmiş olanlara gelince: Gayrimenkul bilâkaydü şart borçlunun mülkiyetine geçtiğine ve bayinin yani alacaklının bu gayrimenkul üzerinde yalnız kanunî ipotek hakkı tanınmış bulunduğuna göre borçlunun vefatı halinde gayrimenkulün alacaklıya iadesi icabeyemez. Borçlar Kanunu (madde 518) ölünceye kadar bakma akdi ölüme bağlı tasarruflardan değildir. Gerçi bayiin mirasçılarının tenkis talepleri ve alacaklıların fesih davaları mahfuz ise de bu talep ve iddiaların mahkemeye karşı serdedilmesi lâzımgeleceğine göre tapu muamelâtının böyle bir talep ve iddia vukubulur düşüncesile tehir edilmesi caiz olmaz.

Borçlunun vefatı halinde veresesine intikal muamelesi yapılırken alacaklının fesih hakkı veya varislerinin tenkis talebi hakları vardır diye intikal muamelesinin tehiri cihetine de gidilemez.

Müfettişin mütalâası veçhile bu bapta mahkemedden bir ilâm alınması da alâkadarlara teklif olunamaz» denmiştir.

D — Alacaklıdan evvel ölen borçlunun mirasçıları arasında biz-zat alacaklı da bulunduğu takdirde ölünceye kadar bakma kaydı-

nın tecezzisi cihetine gidilip gidilemeyeceği hakkındaki tapu idarelerince vaki tereddüde karşı şu tarzda mütalâa beyan etmiş idim:

«Yüksek makamınızın umumî bir tebliğinde yeni Medeni Kanundan mukaddem beslemek şartile vuku bulan ferağlarda şayet mefrugunleh fariğden evvel vefat edecek olursa gayrimenkuller vereseye (aralarında kasır bulunsa bile) şartlı olarak geçeceği yalnız fariğin keyfiyetten resmen haberdar edileceği ve yeni kanundan sonra yapılan ölünceye kadar bakma mukavelelerinde ise hukukî vaziyetin Borçlar Kanunu hükümlerine tevfiikan tayin olunacağı musarrahtır. Hâdisede beslemek şartile ferağ yeni kanunun meriyetinden mukaddemdir. Fakat borçlunun vafatı kanundan muahhardır. Bahsî geçen tebliğe göre beslemek şartile ferağ noktasında muamelenin yapıldığı zamanda mer'î olan hükümleri ve mirasçılara geçiş noktasında da Tatbikat Kanununun sarahatlerine nazaran yeni mevzuatı tatbik etmek zarureti vardır. Yeni kanundan evvel mefrugunlehin fariğden mukaddem vefatında mülk veya emlâki sırfadan olan gayri menkuller beslemek şartile hibede bulunan vahibe rücu ediyorsa da arazii memleket ve icareteyinli müsakkafat ve müstegallâtı vakfiye beslemek şartile ferağda bulunan fariğa rücu etmiyor, Tapu idaresince naili intikal vereseden işe razi olup olmadıkları soruluyor ve içlerinde işe razi olmayanlar varsa onların imtina ile kendilerine ait müfret haklar sukuta uğrayacağından gayrimenkul razi olanların uhdelerine ötekiler yokmuşçasına geçiriliyordu. İşe rızadan sonra imtina edenler hakkında da nafakatı müşterek kaideleri tetbik olunuyor. Yani besleyenler imtina edenlere masraftan hisselerine isabet eden kısım ile rücu ediyorlardı. Bu hükümlerin bugün tatbikine beslemek şartile ferağ kanunundan mukaddem olsa bile mevzuat müsait değildir. Çünkü vefattan mukaddem mirasçılar için muntazar bir hak mevcut olup bu hak ancak müverrisin vefatından sonra müktesep bir hak mahiyetini almaktadır. Vefat ise hâdisede yeni kanunların meriyete vazından muahhardır. Şu halde miras açıldığı zaman beslemek şartile ferağın mirasçıları alâkadar eden cephesinde yeni kanunlar vaziyete hâkimdirler. Yeni kanunlarımızın bu baptaki hükümleri nazara alındığı zaman hâdisede şartın tecezzisi meselesinin mevzubahs edilemeyeceği neticesine varılır. Çünkü müverrisin ölümü üzerine mirasçılar arasındaki münasebeti iştirâk halinde mülkiyet kaidelerine göre tanzim icabeder. Binaenaleyh iştirâkin devamı müddetince kocanın rubu hissesinin müstekillen namına kayıt ve tescili doğru olmaz ve bu devrede mirasçılardan herhangi

birine miras dolayısıyla teveccüh eden hakkın, mesuliyetin diğerlerine sirayet ettiği ve külli halef esas ve telâkkisine muhalif fer'i vaziyetlerin hukukan imkânsızlığı görülür, mirasçılar kendi aralarında bir tasfiye yaparak iştirâk haline nihayet verdikten sonra malları, alacakları, borçları taksim halinde de mirasçıların alacağın inkisamına veya nakline dair alacaklının sarîh veya zımnî rızası mevcut olmadıkça terekenin borçlarından müteselsilen ve bütün mallarile alacaklıya karşı mesuliyetlerinin beş sene müddet temadisi hükmile de karşılaşma vaziyeti tehassül eder. Hâdisede icareteyinli vakıf gayrimenkulünü ölünceye kadar bakma mukavelesile eşine temlik eden koca ki bakma mukavelesinin alacaklısıdır, eşinin ölümü üzerine onu tevarüs etmekle alacaklı ve borçlu sıfatlarını nefsinde toplamıştır. Yani mirası mutlak surette kabul eden bir mirasçı olması itibarile kendisinin de kendisini beslemesi icabetmektedir ki bu, hilâfimefruzdur. Zaten bundan dolayıdır ki alacaklı ve borçlu sıfatlarını nefsinde cemededen adam için borcu edanın gayri kabil bir hale geleceği ve bînetice borcun sukuta uğrayacağı kabul edilmekte ve Borçlar Kanunumuzun 116 ıncı maddesinde «alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaı ile borç sakit olur» denmektedir. Şu halde hâdisede alacaklı kocanın kendi nefesine karşı mutalebede bulunması salâhiyeti sukuta uğramıştır. Fakat alacaklıyı beslemek borcile kanunen mükellef olan halefi külli diğer mirasçıların alacaklıya karşı hukukî vaziyetleri bu sukut yüzünden değişmemiştir. Yani bu sukut diğer mirasçıları ne borçtan ve ne teselsülün icaplarından kurtarmıştır. Çünkü alacaklıyı tatmin etmeyen borcun sukutu sebeplerinden birinin tehakkuku üzerine müteselsil borçlulardan birinin borçtan kurtuluşu keyfiyetinden diğerlerinin istifade edebilmesi sukut sebebine ve borcun mahiyetine göre değişeceğinden hukukî vaziyeti tayin edebilmek için sukut sebebini tetkik iktiza etmektedir. Hâdisede borcun sukut sebebi ise borçlu ve alacaklı sıfatlarının alacaklıda toplanmasıdır. O şahsen borçtan kurtulmuştur; fakat bu kurtuluşundan diğer mirasçılar istifade edememişlerdir. Çünkü ortada alacaklıyı tatmin eden bir vaziyet mevcut değildir. Hâdisemizde borçlar kanununun 518 inci maddesi hükmüne tevfikân borçlu vefat edince alacaklı bir sene zarfında mukavelenin feshini talep etmemiş olduğuna göre ölüm sebebile feshi istihsal hakkını kaybetmekle beraber şarta riayetsizlik halinde mirasçılara karşı da fesih hakkından istifade salâhiyeti kaideten berdevamdır. Mirasçılar mirası kabul etmekle borçlardan mesuliyeti müteselsilen yüklenmişlerdir. Şu halde borcu sukuta uğrayan ve mirasta borç mesuliyetinin-

den masuniyeti mutazammın olan intifa hakkını değil borçlardan mes'uliyeti müeddi bulunan mülkiyet hakkını ihtiyar eden koca artık alacağına tamamını değil, kendi uhdesine isabet eden borç kısmını isteyeceği bedelden tenzil edip mütebakisini diğer mirasçıların her hangi birinden tamamen isteyebilmek salâhiyetini haizdir. Hilâfını terviç kanunumuzun umdelerinden biri olan hüsnüniyet kaidelerine mugayir düşer. Müteselsil borçlulardan her hangi biri kocayı besledikten yani borcun tamamını ifadan sonra müeddasından kocaya isabet etmesi icabeden miktar ile ana rucu edebilir. Arz ve teşrih olunan şu vaziyete nazaran hâdisedeki gayrimenkulün hukukî mukadderatını tayin edebilmek için mirasçılar arasındaki iştirâk halindeki mülkiyetin tasfiyesine intizar zarureti vardır. Halen vefat etmiş bulunan kocanın halefleri ile ilk vefat eden borçlunun mirasçıları arasında tasfiye yapılır ve tasfiyeyi takip eden taksimde gayrimenkulün tamamı diğer mirasçılar tarafından alacaklı olan kocanın haleflerine bırakılır. İşte ancak o zaman müsted'i vekilin gayrimenkulün tamamını ferağ yolunda tapuya vaki müracaatı kanunen müvecceh görülebilir mütalâasında.

E — Ölünceye kadar bakma mukavelesile temlik olunan gayrimenkulün alacaklı sağ iken mümellekûnleh tarafından başkasına temlikinin yeni mevzuata göre mümkün olup olmadığı noktasında Tapu idarelerince vaki tereddüt müsbet bir şekilde hallolunmuştur. Yukarıda başka bir münasebetle aynen naklolunan mütehassıs müşavir meb'us profesör *Mustafa Şeref bey* merhumun mütalâanasında bu meseleye şu fıkra ile temas edilmekte idi:

«Bunun aksi ve gayrimenkulün elden çıkmamasını intaç edecek bir vaziyet sarîh olarak kanunda beyan edilmiş olmak lâzımgelip istidlâl ve istintaç tarikile kabul olunamaz. Çünkü bu netice tasarrufatın takyidini mutazammındır. Bu gibi kayıtlar ise sarîh kanun metinlerine müstenit olmak lâzımgelir». Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün mütehassıs müşavirliği vazifesini yaparken bu mütalâa tarafımdan da teyid olunmuştur (9).

(9) Esasen İsviçre Federal Mahkemesinin âtiye aynen derç ve naklolunan şu kararı da mütalâaların isabetini göstermektedir: (*Rec. Off. Arrêts du Tribunal Fédéral. cilt, 54. s. 380*). Terc. eden: Vedat Günyol.

72. Boesterli'ye karşı Vatter davasında
Ici Hukuku Medeniye Dairesinin Kararı.

Ölünceye kadar bakma mukavelesi. Borçluya tahmil edilen mükel-

Son zamanlarda Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğünün şu yolda bir istizahına muhatap oldum: Ölünceye kadar bakma akdinin akte mevzu teşkil eden gayrimenkul üzerinde borçluya serbest tasarruf, alacaklıya kanunî ipotek hakları bahşeylediği ve bu itibarla alacaklının muvafakatini istihsal etmeden borçlunun o gayrimenkulü başkalarına temlik veya başka bir aynı hakla takyid etmek

lefiyetlere muhalif hareket ve muhik sebeplere binaen bir taraflı fesh. Bakım'ın irada tahvili meselesi.

A. 11 İkincikânun 1927 tarihli noterce musaddak mukavele ile, 25 Birincikânun 1845 doğumlu Bayan Boesterli, Bay ve Bayan Vatter'e (14,250 frangi Cenevrede bir banka nezdinde kıymetli evraktan ve 2000 ni de menkul maldan ibaret olan) 16,250 frank kıymetindeki bütün servetini, Vatter'lerin, kendisine, yaşadığı müddetçe, tam bir surette; yani iâşe, infak, tenvir, v.s. dahil olmak üzere, bakımı ve «gerek sıhhat ve gerek hastalık hallerinde, umumiyet itibarile yaşama için zaruri bulunan bütün ihtimamları, kendi ailelerine mensup bir fert imiş gibi, temin» taahhüdü mukabllinde vermiştir. Bay ve Bayan Vatter 11 Birincikânun 1927 tarihinden itibaren mevzu bahis servetin tam mülkiyeti ile tasarruf salâhiyetini iktisap ediyorlar. Bayan Boesterli kendine gösterilen her türlü teminat taahhüdâtından sarahaten sarfınazar ediyor. Bay ve Bayan Vatter'in ölümü halinde Bayan Boesterli'ye karşı taahhüt olunan mükellefiyetler, kendilerinden teminat gösterilmesi istenilecek olan varislerinin uhdesinde kalıyordu. Bakma mukavelesi akdinin hemen akabinde Bay ve Bayan Vatter Cenevreye, Bayan Boesterli'nin oturduğu daireye yerleşmeğe ve temlik olunan malları iktisap etmeğe geliyorlar.

Şudat 1927 den itibaren, taraflar arasında ihtilâf baş gösterdi. Nisan ayında Bayan Boesterli, bahsi geçen menkul mallar ve kıymetli evrak için muvakkat haciz elde etti ve Borçlar Kanununun 527 inci maddesini dermeyer ederek, Cenevre Bidayet Mahkemesine ihzar ettirdiği 1927 tarihli davetiye ile hasmı Bay ve Bayan Vatter'e karşı aralarındaki ölünceye kadar bakma mukavelesinin feshini ve kıymetli evrakla menkul mallarının aynen iadesini ve 5000 frank zarar ziyan talebini istihdaf eder bir dava açtı. Müddaaleyhler bu taleplerin reddini istediler.

B. Mahkeme, 24 İkincikânun 1928 tarihli kararı ile: 1. - 11 İkincikânun 1927 tarihli mukavelenin müdaaleyhler aleyhine feshini beyan etti; 2. - Bay ve Bayan Vatter'i müddeinin kendilerine tevdi ettiği kıymetleri ve eşyaları aynen iadeye yahut; 3. - Bir aylık bir mühlet zartında iade vaki olmadığı takdirde eshamın kıymeti olan 16.515,60 frangi ve menkul malların iadesindeki taahhür için günde 10 frank ödemeğe mahkûm etti; 4. - Müdaaleyhlerin vaki taleplerini ve tarafların bu bapdaki başkaca taleplerini reddetti. Davaya ilk olarak bakan hâkimler, filen şubat 1927 de, Bayan Vatter'in Bayan Boesterli ile şiddetli bir kavga yaptığını, onu tehdit ettiğini ve hattâ itip kaktığını ve bir kaç gün sonra da Bay Vatter'in Bayan Boesterli'yi kabaca tahkir ettiğini ve müdaaleyhlerin müddeiye ait şahsi eşyaların bulunduğu dolaplar da

salâhiyetini haiz olduğu anlaşılmakta ve idarelerimizde bu suretle iş yapılmaktadır.

Alacaklı vefat ederek şart tahakkuk etmedikçe borçlunun ölünceye kadar bakma şartile temellük eylediği gayrimenkulü başkalarına satmağa salâhiyeti olmadığı hakkındaki Burhaniye Asliye Hukuk Hâkimliği tarafından verilen ve Temyiz Mahkemesince tas-

dahil olmak üzere dalrenin bütün dolaplarını kilitlediklerini tesbit etmişlerdir. Bunu nazarı itibara alan mahkeme Bayan Boesterli'nin geçimsizliğini de hesaba katmak suretile çekilmez bir hal almış olan vaziyetten mütevellit mesuliyetin, Borçlar Kanununun 527inci maddesine tevfiikan, müdaaleyhe raci olduğunu beyan etmişlerdir. Buna mukabil, yine davaya ilk bakan hâkimler, Bayan Boesterli'nin Bayan Vattere karşı olan vaziyetinin taraflar beynindeki münasebet üzerinde müessir olabileceğinden, 572 inci maddenin ikinci fıkrasına istinat eden zarar ve ziyan talebini kabul etmemişlerdir.

C. Cenevre kantonu Hukuk Mahkemesi 11 mayıs 1928 tarihli kararla bu hükmü tasdik etmiştir. Bu karara karşı müdaaleyhler, Federal Mahkeme nezdinde, işbu kararı mevzuu bahsederek ve ölünceye kadar bakımın Borçlar Kanununun 527inci maddesinin 3 üncü fıkrasına tevfiikan kaydı hayat şartile irada muvakkaten tahvil edilmesi talebinde bulunarak (ıslah yolu ile temyiz) davası açtılar. Aleyhine Temyiz davası açılan Bayan Boesterli, Temyizen dermeyan olunan itirazların reddi ile mümeyyezünbih ilâmın tasdikini istedi.

Hukukî Esbabı Muclbe

Bilhassa Şarki İsviçrenin bazı kantonlarınca kabul edilmiş olan ölünceye kadar bakma mukavelesi (Zürih Medeni Kanununun 276 ve müteakip maddelerine, Grison Medeni Kanununun 450inci ve müteakip maddelerine bakmalı), tadil ve tashih edilmiş olan Borçlar Kanununa ithal olunmuştur. Bu kanun ölünceye kadar bakma mukavelesini 229 dan 521 e kadar olan maddelerile tanzim etmiştir. 521 inci maddeye tevfiikan, mukavele, taraflardan birinin diğerine karşı hayatı müddetince kendisine bakılma ve ihtimam gösterilme taahhüdüne karşılık, mamelekini veya muayyen mallarını devrû teslim mükellefiyetinden ibarettir. Mukavelenin kâr ve zararı tesadüfe bağlıdır, zira, alacaklının sabit bir teahhüdüne, bakılmağa hakkı olanın hayatının gayrı muayyen müddeti ile mukayyet taahhüdü tekabül etmektedir. Bu müessesenin tevliid edebileceği suistimallere karşı, vazil kanun onu muayyen teminat ile korumuş, şarta riayetlilik halinde bir taraflı feshe cevaz göstermiştir (Madde 527).

Mukavelenin mevzuu evvelâ, (tarafların mukavele ile tesbit edilmiş olan münasebetlerini 524 üncü maddenin ahkâmı tanzim etmek üzere bu münasebatın asıl ruh ve seciyesi 524 üncü maddenin ilk fıkrasında gösterilmiştir: Alacaklı borçlunun ailesi içinde — Almanca metin alle birliği diyor — yaşar; bundan, bir taraftan aileye mensup bir fert gibi hürmet ve muamele görmeğe, ve diğer taraftan da, kendisinin aile şefinin otoritesine (331 ve müteakip maddeler) ve evin nizamına — ye-

tik edilen kararın bir örneği bağı olarak sunulmuştur. Borçlar Kanunu hükümlerine ve katiyet iktisap eden bu karara göre işin incelenmesini ve bu husustaki mütalâalarının bildirilmesini... 2/3/1938». Bu tezkereye bağı olarak gönderilen kararı aynen nakil ve dercetmeği faideli buluyorum:

Mahkemei Temyiz: Birinci Hukuk e. 913 k. 2342.

Mahkemesi; Burhaniye Asliye Hukuk Hâkimliği.

Tarihi: 27/1/1937

Müddei: Fatma Zehra. Müddaaleyh: Mehmet Emin ve Faik.

ter ki bu nizam taraflardan her birinin menfaatlerini hakkaniyet dairesinde nazarı itibara almış olsun — riayete mecbur olduğu istihraç olunur. Mukavele, borçlunun mükellefiyetlerini tasrih etmediği takdirde, borçlu, (524 üncü maddenin 1 ve 2 inci fıkralarına tevfikân) alınan malların kıymetini ve alacaklının evvelce haiz olduğu içtimai vaziyetinin hakkaniyet dairesinde talep etmeğe imkân verdiği münasip bir iâşe, infak ve zaruri ihtimam ve hastalık halinde bir doktora tedavi ettirmek gibi taahhütleri ifa etmeğe mecburdur. (Fick 5 ve mütea.) Borçlar Kanununun 521 inci maddesi hakkındaki iptidai mülâhazalar ve 524 üncü madde hakkındaki not; Huber, Schweiz. Hususi Hukuk, cilt III, s. 748, 751; Clausen, Der Verpfündungsvertrag nach dem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Z. G. B. 1908, s. 15, 22, 29; Homberger, Die Verpfündungsverträge im schweis. Rechte 1918, s. 10, 70 ve mütea.; Oser, Bakma mukavelesi hakkında iptidai mülâhazalar, 1 ve 3 üncü notlar. 521 inci madde hakkında 2 inci not, Borçlar Kanununun 524 üncü maddesi hakkındaki 2 ve 3 numaralı notlara; Rossel, Manuel du Droit des Obligations, tabı 4, s. 618 ve müteakip sahifelere bakınız).

Hâdisede, 11 ilkkânun 1927 tarihli noterce musaddak muamele kanunun bu prensiplerinden mülhem oluyor ve müdaaleyhlerin vazife ve taahhüdlerini tayin ve tasrih ediyor: «Bay ve Bayan Vatter, Bayan Boesterli'ye, rızasına tab'an tam bir surette bakımı, yani Bayan Boesterli'nin müddeti hayatınca, yiyecek, tenvir, teshin, giyinme, çamaşır ve gerek sıhhat, gerek hastalık hallerinde, umumiyet itibarile yaşama için zaruri bulunan bütün ihtimamları, kendi allelerine mensup bir fert imiş gibi temin mükellefiyetini tahammül ediyorlar.»

Ve buna mukabil, bakıma borçlu olan taraf kendisine tam mülkiyeti nakil ve devrolunan mallara serbestçe tasarruf edebilir, şu kadar ki bu serbestiyi, akdın kendisine tahmil eylediği mükellefiyetler tahdit eder. Zira hüsnü niyet kaideleri (Medeni Kanunun 2 inci maddesi) meselâ borçlunun, temlik olunan menkul malları satarak taahhütlerini ifa edemeyecek bir vaziyete düşmesini meneder.

Mukavelenin mevzuuna (tarafların mükellefiyet ve haklarına) hâkim olan hakkaniyet ve hüsnü niyet prensipleri, mukavelenin (526 ve müteakip maddelerde nazarı itibara alınmış bulunan, ki bunlardan 527 inci madde mevzuu bahs ihtilâfı alâkadar etmektedir) sukut sebeplerinin tefsir ve tatbikinde de racidirler. Bu madde hükmüne göre, «taraflar-

Burhaniyenin Hacı Ahmet mahallesinde kayyum Mehmet kızı Fatma Zehra vekili Fehminin Hacı Ahmet mahallesinde Kaymakoglu Mehmet Emin ve dava vekili Faik aleyhine müvekkili Fatma Zehranın müddaaleyhlerden Mehmet Emin'e Ölünceye kadar bakmak şartile hudut ve mevkileri malûm bir kıt'a zeytinlik ile bir kıt'a nısıf bağ ve bir kıt'a tarlasını temlik etmiş ve fakat mefruğunleh Mehmet Emin müvekkilesine bakmamış ve bu yüzden müvekkilesinin fesih hakkını istimal edeceğini hisseden mumaileyh işbu emvalden nısıf bağ ile zeytinliği diğer müddaaleyh Faika satmış ve Tapuda tescil edil-

dan her biri — vecibelerin ademi ifasından dolayı mukavele icrasına devam etmek çekilmez bir hal aldığı, yahut diğer bazı muhik sebepler mukavelenin devamını imkânsız bir hale getirdiği, yahutta ifrat derecede külfetli kıldığı taktirde — mukaveleyi bir taraflı olarak feshetmeğe salâhiyettardır.»

527 inci maddenin tatbiki, muhakkak surette bir hatanın mevcudiyetini istilzam etmez. Bir veya diğer tarafa isnadı kabil hata olmaksızın da, muhik fesih sebepleri mevcut olabilir. Yeter ki bu sebepler mukavelenin devamını imkânsız veya ifrat derecede külfeti müstelzim bir hale soksunlar. (Borçlar Kanununu tadil eden Eksperler komisyonunun zabıtnamesi, İkteşrin 1908, s. 2). Vazı kanun muhik sebeplerden ne kasdolunduğunu tayin ve tasrih etmemiştir. Binaenaleyh, hâkim, Medeni Kanunun 4 üncü maddesine göre, «hak ve nısfet kaidelerini», mukavele- nin hususî mahiyetini ve halın icaplarını nazarı itibara alarak tatbika mecburdur. Ölünceye kadar bakma mukavelesi diğer mukavelelerden ziyade tarafların mütekabil anlaşma ve itimadına müstenit olduğundan ve — binaenaleyh, tıpkı sâi mukavelesinde olduğu gibi — hâkim, muhik sebep olarak, ahlâki sebepler dolayısıyla ve hüsünüyet kaidelerine tevfi- kan, âkitlerden her birinin serbestilerini tekrar ele almalarına salâhiyet veren bütün ahval ve şeraiti nazarı itibara alacaktır. İlk olarak fena muamele, tehdit, gayri kâfi gıda, gayri sıhhi mesken ilâh... mevzuu bahis olacaktır; fakat her nevi mükerrer cevir ve cefa dahi, mukavele- nin hükümlerine hakiki bir muhalefet teşkil etmeksizin (tıpkı mütemadi esassız şikâyetler, mübalâğalı iddialar, yahut da aile otoritesini tanıma- maktâ ısrar etmek ve buna mümasil diğer hâdiseler) eninde sonunda muna- sebetlerde öyle bir gerginlik tevlit eder ki müşterek hayat gayri kabili tahammül olur. Bununla beraber ölünceye kadar bakma mukavelesi akteden tarafların, devam edebilmek için mütekabil fedakârlıklar ve yardımlar isteyen bir vaziyete intibak etmeğe mecbur olduklarını bildik- leri gözden uzak tutulmamalıdır. (Rossel, Manuel, 4 e édition p. 621; Pozzi, Begriff und Anwendung des wichtigen Grundes im Z.G.B, 1927, p. 28, 47; Homberger, op. cit., p. 166, 169 et sv.; Clausen, op. cit. p. 37; Oser, note 2, litt. a sur art. 527).

Bizi meşgul eden meselede, — Federal Mahkemeyi bağlayan — kan- ton mahkemesinin verdiği hükmün, müddeinin hakikat halde, karakteri biraz haşın ve geçimi de pek yerinde değilse de, müddaaleyhlerin ona

miş ise de Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi mücebince müvekkilesinin mezkûr gayrimenkul üzerinde ipotek hakkını haiz bulunduğundan ve müvekkilesi vefat etmedikçe satış muteber olmadığından müdaaleyhlerden Faik'in da satın alması sui niyete müstenit bulunduğu halen Mehmet Emin namına mukayyet olan tarla kaydile Mehmet Emin tarafından Faik'a satılan zeytinlik ve nısıf bağ hakkındaki ferağın iptalile müvekkili namına tashihen tes-ciline karar verilmesi talebile ikame eylediği davadan dolayı icra

karşı gayri kabili af şiddet ve kabalıkta buldukları istihraç olunur. Bayan Vater, Bayan Boesterli'yi yumruğunu burnuna dayamak ve onu minderin üzerine itmek suretiyle tehdit etmiştir. Binaenaleyh 80 i mütecaviz olan müddeinin geçkin yaşı, böyle bir muameleyi hususile mücazata müstahak bir hale sokuyor. Bay Vater, Bayan Boesterli'yi inek, hırsız ve deli diye tahkir etmiştir. Bu vaziyette, kanton mahkemesinin verdiği hüküm, haklı olarak, müddeinin, mukaveleyi, gerek müddaaleyhlerin mukavele mücebince tahammül ettikleri mükellefiyetleri ihlâl ve gerekse müşterek hayatın devamını çekilmez bir hale sokan muhik sebepler dolayısıyla, bir taraflı olarak feshetmeye salâhiyettar olarak kabul etmiştir.

Kabili münakaşa tek bir mesele varsa o da, bugün karar aleyhine dava edenlerin talep ettikleri gibi, mukavele feshedileceğine, müşterek hayatın talikine karar verme ve alacaklıya (527 inci maddenin 3 üncü fıkrası) telâfi kastı ile hayat kaydile bir irat tahsis etmenin muvafık olup olmadığı meselesidir. Hâkim bu tedbiri re'sen alabileceğinden, karar aleyhine dava açanların metalebatı gecikmiş ve gayri kabili rücu değildir. Fakat hâlin icabatı bu hâl şeklini meşru kılmaz. Müddei zaten buna muarızdır ve, umumiyetle mer'i kaidelere göre, bu itirazı nazarı itibara alınmalıdır, mademki feshin asıl kusuru müdaaleyhlere racidir, ve mukavele vaktinden evvel feshedildiği takdirde, mesuliyet ancak kendilerine teveccüh etmektedir. Bundan maada, hâkimin, borçlunun bu geliri temin vaziyetinde olmadığına dair teminat bulunmadığı takdirde, bakmayı gelire tahvilden imtina etmesi lâzımdır. Bu netice müddeti gayri muayyen olan ve alacaklıyı infakin ekseriya tâbi bulunacağı borçlunun taahhüdünün mahiyetinden neşet etmektedir. Halbuki müddaaleyhler ne şahsî, ne de ayni hiç bir teminat gösteremiyorlar. Nihayet temlik olunan sermayeye tekabül eden geliri hesabetmek için diğer âmil-ler arasında hak sahibinin muhtemel yaşama müddetini de nazarı itibara almak lâzımdır. Müddei seksen iki yaşında olduğuna göre bu bakımdan senevi gelirin miktarı o kadar artar ki tahminen iki mütedâhil sene için borçluların derhal 10.000 frank kadar külliyetli bir parayı ödeme-leri iktiza eder ki, aldıkları servet esasen 16,250 frank olmasına nazaran bunun menfaatlerine aykırı düşeceği aşıkârdır. Binaenaleyh hâdisede bakmanın gelire tahvilini icabettiren hiç bir sebep mevcut değildir.

Bu sebeplere binaen Federal Mahkemesi temyiz davasını red ile mümeyzünbih olan kararı tasdik eyler.

kılınan muhakeme sonunda müddaaleyhin gayrimenkuller üzerinde davacının kanunen ipotek hakkını haiz olup ayrıca ipotek tesisine lüzum olmamasına ve davacı sağ iken müddaaleylerden Mehmet Emin'e bakmak şartile ferağ edilmiş olan gayrimenkulü Mehmet Eminin Faik'a satmasında ve Faik'in dahî bunu bilerek almasında hüsnüniyet görülmemesine vesaireye mebni Faik namına olan satışın iptalile tapularının feshine ve borçlu Eminin davacıya iki seneden beri bakmadığını, istima kılınan şahudun şehadetile isbat ettiğinden Mehmet Emin bunun aksini isbat edemediğinden bakmak şartile vuku bulan ferağın dahi feshile davacı namına müddeabih gayrimenkullerin iadeten tapuya tesciline ve tedbiri ihtiyati kararının davanın neticesine kadar devamına mesarifi muhakeme ve ücreti vekâletin müddaaleyhlere tahmiline dair Burhaniye Hukuk Hâkimliğinden sadır olan 27/1/1937 tarihli ilâmın temyizen tetkiki müddaaleyhlerden Faik tarafından müddeti içinde baarzuhâl talep olunmakla mezkûr ilâm ile Temyiz lâyihası ve dosyadaki sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Ölünceye kadar bakma şartile vuku bulan temlik alacaklının yani şartı mezkûr ile malını başka kimseye temlik eden şahsın vefatı anında katileşerek hüküm ifade edeceği, çünkü borçlu yani bu kayıt ve şart ile mukayyet ve meşrut olarak kendisine mal temlik olunan kimse şarta riayet etmez ise alacaklının akti feshe salâhiyeti olduğu cihetle alacaklı sağ iken o malı borçlunun üçüncü bir şahsa temliki kanunen caiz ve muteber olmamasına ve müddeabih gayrimenkul hakkında bu şartı ihtiva eden tapu sicil kaydını görmesi ve binaenaleyh alacaklı sağ iken borçlunun mezkûr gayrimenkulü kendisine satmak hakkını haiz olmadığını bilmesi lâzımgeldiğinden mumaileyh Faik'in iktisabında hüsnüniyet iddia edemeyeceği derkâr bulunmasına ve ölünceye kadar bakmak şartile vuku bulan akitten mütevellit bakılma hakkı Kanunu Medenin'in 803 üncü maddesinde yazılı olan ve mezkûr madde mucebince alâkadarlara üç ay içinde ipotek vazetmek salâhiyeti verilen hukuk ve matlûbat kabilinden olmaması hasebile davacının mezkûr gayri menkule üç ay zarfında ipotek vazetmesi satışın nafiz ve muteber olmasını istilzam edemeyeceğine mebni temyizen serdedilen bütün itirazlar varit olmadığından reddi ile usul ve kanuna muvafık bulunanan hükmün tastikine ve 640 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 1937 tarihinde ittifakla karar verildi.

Alıcı gözile mütalâa ettiğim işbu temyiz kararında zihnim şu noktalara ilişti:

I — Ölünceye kadar bakma mukavelesini Temyiz Mahkemesi bir şartlı satış telâkki ediyor. Halbuki satış yapılmaksızın da bu münasebetin doğduğuna şahit oluyoruz.

Vakıa bu mükavele ivazlı bir akittir, iki tarafa borç tahmil eden hukukî bir tasarruftur. Borçlu (bakan) alacaklıyı (bakılanı) hayatı müddetince infak edecek, kendisini maruf tâbirile görüp gözetecektir. Alacaklı da ona bir mamelek veya bazı mallar verecek, mallar üzerinde serbestçe tasarruf imkânını ona temin eyleyecektir. Fakat borçlunun bu mallar üzerinde daima bir mülkiyet hakkı iktisap etmesi şart değildir. Bazan intifa hakkını devir mukabilinde bile istihdaf olunan gaye temin olunabilir. Netekim borçluya muhtaç olduğu bir krediyi temin için alacaklı mamelekini terhine izin vermek suretile de ölünceye kadar bakma münasebetini vücuda getirebilir. Ölünceye kadar bakma mukavelesi alacaklının hayatı müddeti ile mukayyet olarak aktedildiği cihetle (başka bir müddetle takyit edilerek aktolunan mukaveleler muteber olmakla beraber hukukan ölünceye kadar bakma mukavelesi mahiyetinde telâkki olunmamışlardır). Kaydı hayat ile irad aktinde olduğu gibi bir tesadüf unsurunu ihtiva etmekte ve tesadüfi akitler zümresinde yer almaktadır, zaten ölünceye kadar bakma mukavelesinde mevzuu teşkil eden borç da kat'î surette tavin edilmiş değildir. Bu borç alacaklının muhtelif zamanlardaki ihtiyaçlarına göre değiştiğinden hâdisede ikinci bir tesadüf unsuru daha vardır. Bir şahsın tecrübesizliğinin diğer âkit tarafından suiistimal edilmesi tehlikesi bu tesadüfi unsurlardan dolayı ölünceye kadar bakma mukavelesinde hasseten ehemmiyeti haizdir. Bunu düşünen kanun vazının bazı teminat tedbirleri almasında şüphesiz ki isabet vardır. Hele alacaklının mükellefiyeti borçlu lehine ölüme bağlı bir tasarruftan ibaret ise akte yeni bir tesadüf unsuru daha inzımam edeceğinden tedbirleri fazlaştırmak, hukukî tasarrufu miras mukavelesi hükümlerine tâbi tutulmak zarureti de husule gelecektir. İşte bu itibarladır ki ölünceye kadar bakma mukavelesi hâdisesine göre bir satış akti değil büsbütün başka mahiyette bir tasarruftur, bazan Miras bazan da Borçlar Hukuku ile alâkadardır.

Şarih Becker'in dediği gibi, «borçlunun bakmak mükellefiyetine karşı alacaklının mukabil vecibesi borçlu lehine ölüme bağlı bir tasarruftan ibaret bulunmayan hallerde ölünceye kadar bakma akti

şahsi hak mukavelesi mahiyetindedir. Bu akid hayatta olanlar arasında hukukî bir tasarruftur. Münhasıran Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir ve iki taraflı teahhütleri muhtevidir. Bundan dolayıdır ki zevahirine nazaran hibe gibi görünen ölünceye kadar bakma taahhüdü Borçlar Kanununun hibe faslına girmez. Hibe olsaydı, hibe aktindeki şekillerin nazara alınması icabederdi. Vakıa akitte ivâzlar arasında nisbetsizlik olup da bundan teberru maksadı anlaşıldığı yani muhtelit hibe mevzubahsolduğu takdirde âra mütehaliftir. Hâdiseye ölünceye kadar bakma veya hibe akti hükümleri mi veyahut bu vaziyete has bir hal sureti mi ihtiyar olunmalıdır? diye tereddüt edilmiştir. Her halde bu vaziyette de şekil için ölünceye kadar bakma akti hükümlerine riayet lâzımdır. Çünkü bu tasarruf hibe hükümlerine nazaran daha ağır kayıtlara tâbidir. Mamafih fesih kabiliyeti ve infisah sebepleri hâdiselerinde hukukî neticelerin cem'i kaidesinden istifade olunabilir, binaenaleyh hibe teahhüdündeki rucu sebepleri 517 inci maddeye göre takdir olunur. İvâzlar arasındaki bariz nisbetsizlik sebeble 516 inci maddenin kabul ettiği fesih burada nazara alınmaz... İlâh.» Görülüyor ki mehazın mer'i bulunduğu muhitte ölünceye kadar bakma mukavelesi ne bir satış aktidir ve ne de sarhlı hibedir. Bu tazarrufun ehliyet şartı da beyi, hibe veya miras mukavelesi tasarruflarına göre değil, deruhte olunacak taahhüdün muhtevasına nazaran tayin olunmuştur. Meselâ, hibeyi kanunî mümessil yapamazken bunu yapabilir. Keza mukavele ölüme bağlı bir tasarrufu ihtiva ediyorsa miras mukavelesinde olduğu gibi alacaklının bir mümessil tarafından temsili caiz değildir. Binaenaleyh alacaklının vasisi tarafından aktedilen bu kabil bir mukavele Tapu dairesinde yapılacak bir tasarruf muamelesi için hukukî mesnet olarak kâfi gelmez.

Ölünceye kadar bakma mukavelesinin tanziminde resmî memurun mükellefiyeti yalnız resmî makama düşen vazifeyi onun yerine kaim olarak ifa değildir. Memur aynı zamanda âkitleri gabinden sıyanet vazifesi ile de mükelleftir. Ekseriya bu himaye tedbirlerinden, bakılan istifade eder. Meselâ memur bakılanın ancak kısa bir müddet daha yaşayabilecek vaziyette bulunduğunu anlarsa mukaveleye resmîyet ifazasından imtina edebilir. Fransa hukukuna göre kaydi hayat ile irat akdinde alacaklı mukavelenin akti anından itibaren yirmi gün içinde öldüğü takdirde mukavele kepenlemyekündür. Fransız mahkemelerinin içtihadına göre bu hüküm ölünceye kadar bakma mukavelesinde de tatbik olunabilir. Bizim kanunda

böyle akdî hüküm yoktur. Bir de memur alacaklının verdiği şeylerin kâfi derecede teminat altına alınmasına da dikkat edecektir. Binaenaleyh borçlunun malî itibarı yolunda mıdır? İşin içinde muvazaalı vaziyetler var mıdır? meselâ ölünceye kadar bakma külfetini deruhte ederek buna mukabil bazı şeyler elde eden kadının bu şeyleri fazla borçlanmış olan kocasına vermesi gibi bir tehlike mevcut mudur? bunları tetkik edecektir. Nasıl ki memur mukavelenin umumî âdaba mugayir bir vaziyet ihdas etmemesini de temine çalışacaktır. Memurun işaret olunan vaziyetlere karşı red salâhiyetlie teşhiz olunmasının bu bapta kâfi bir müeyyide bulunduğu şüphesizdir. İşte, şekilde böylece bir himaye tedbiri de mündemiç bulunduğu için taraflar akde kasten veya hataen başka isim verseler bile mukavele ölünceye kadar bakma mukavelesi seciyesini haiz buldukça resmî vasiyet şeklinin tahakkuk ettirilmiş bulunması aranır. Binnetice, bakana bir gayrimenkul devrolunmak isteniyorsa bu kabilden bir malın temlikinde meselâ bey'inde muteber olan şekli taahhuk ettirmekle maksad temin edilemez. Devletçe tanınmış bir müessese ile akdedilen ölünceye kadar bakma mukavelesinde yalnız tahrirî şekil ile iktifa olunması resmen tasvibe mazhar olan şartların işaret olunan mahzurları def'e kifayetin-den dolaydır. Zira bu vaziyette âkidin gâbin tehlikesine maruz bulunması varit değildir.

Nasıl ki şartları değişebilen resmî bir müessese ile böyle bir akti yapmak isteyen istisnai hükümden istifade edemez de resmî vasiyet şeklini tahakkuk ettirmek mecburiyetinde kalır. Esasen Devletçe tanınmış olmak müessesenin ciddiyeti hususunda bir nevi teminat telâkki olunur. Çünkü malî vaziyeti yolunda olmıyanın Devletçe tanınmaması asıldır. Malî vaziyetin sonradan bozulması veya tanınmanın aldanma yüzünden merciince ortadan kaldırılması gibi hallerde âkidin 517 inci madde hükümlerinden istifade edeceği dergâr bulunduğu göre bu ihtimalleri istisnai hüküm için mahzur telâkki etmeğe mahal yoktur.

Görülüyor ki vazi, ölünceye kadar bakma muvalesi için kabul ettiği şekil ile âkitleri müessesenin bünyesinden inbias eden mahzurlara karşı himayeye muvaffak olmuştur. Mamafih vazi, bu mukavele dolayısıyla gayrimenkul mallarını temlik eden alacaklıların gayrimenkulü ivâz mukabilinde devredenlere bahşolunan imtiyazlardan istifade etmelerini temin maksadile devrettikleri gayrimenkuller üzerinde kendilerine kanunî bir ipotek hakkı da tanımıştır.

Yani gayrimenkul bey'inde olduğu gibi burada da kanuni ipotek hakkı vardır. Bu aynı hak gayrimenkulü iktisab eden bütün şahıslara karşı ityan olunabilir. Yalnız bey'ide olduğu gibi devir ve temlikten itibaren üç ay içinde alacaklının bunu Tapuda tescil ettirmesi lâzımdır. Buradaki rehin hakkının münhasıran ipotek şeklinde tesis olunabileceği unutulmamalıdır. Çünkü alacak gayri muayyen olduğundan azamî bir had tayini ve bu suretle meçhul alacakları da tevsik eden ipotek şeklinin tavsiti zaruridir. Diğer şekillerde yani ipotekli borç ve irad senedi şekillerinde, alacağın behemahal muayyen olması arandığına göre tabiatile âzamî had meselesi mevzubahs olmaz. Borçlu alacaklının talebettiği azamî haddi isabetten âri bulursa kat'î miktarı mahkeme tesbit eder. Bu tesbitin vukuuna kadar tapu siciline muvakkat şerh verdirilebilir.

Bakılan, temlik ettiği gayrimenkul ile birlikte başka mallar da vermiş ise gayrimenkulün bu kabil malları da tevsik etmesi ancak akdi ipoteğin tesisi ile mümkün olabilir. Yoksa aynı aktin beraberce mevzuu olmuşlardır diye menkul mallar için de gayrimenkulde kanuni ipotek tesisi cihetine gidilemez, mamafih bu mallar için gayrimenkulde akdi ipotek yapmağa yani kanuni ve akdi ipotekleri birlikte tesis eylemeğe hiç bir mani yoktur. Hâdisede kanuni ipotek tesis ettirilmeksizin yalnız akdi ipotekle iktifa edilmiş bulunmasının kanuni ipotek hakkından feragate mahmul olup olmayacağı ancak bir tefsir meselesi olarak mütalâa olunabilir. Temlik olunan gayrimenkulde bakılan lehine sükna hakkı tesisi filî bir teminat teşkil eder. Aynı zamanda ölünceye kadar bakma mukavelesinin de nev'amma ifası hükmünde telâkki olunur.

II — Temyiz Mahkemesi ölünceye kadar bakma mukavelesinin taahhüdün ademi ifası halinde alacaklı tarafından doğrudan doğruya fesholunabileceğini kabul ediyor, bahsi geçen tasdik kararının esbabı mucibesi meyanında: «Çünkü borçlu yani bu kaydüşartla mukayyet ve meşrut olarak kendisine mal temlik olunan kimse şarta riayet etmezse alacaklının akdi feshe salâhiyeti olduğu cihetle...» deniyor. Bu telâkkinin isabetini teslim güçtür. Temyiz Mahkemesinin kıymetli reislerinden bay *Fuat Hulûsinin* Borçlar Kanunu Şerhinde tasrih ettiği veçhile «ölünceye kadar bakma akdinde karakteri icabı olarak fesih carî olmayıp ancak 516 ıncı maddede muharrer şeraif altında feshe cevaz vardır. Yani bakma akti gayrilâzım bir akit değildir. 515 inci maddedeki fesih ise hâkim tarafından yapılacak bir fesihtir. Üçüncü şahıslara feshi iste-

mek yolunda bahşolunan salâhiyet ise mukavelenin kendi haklarını muhil olmasından dolayıdır. 517 inci maddedeki fesihle şartın ademi tahakkukuna değil vecibenin matlûp ve muntazar veçhile ademi ifasına teferru eder, hizmet akdinde olduğu gibi. Adliye Vekâletinin tercüme ettirdiği Martin'in Borçlar Kanunu Şerhi ölünceye kadar bakma akdine karşı ikame olunabilecek davalarla bu akdin hitamı sebeplerini ayrı ayrı mephaslarda izah ederek fesihler hakkında şu mütalâayı yürütüyor: «Birinci hitam sebebi mukavelenin iki taraftan biri canibinden feshidir. Her iki taraftan birisi kaydi hayat ile bakma akdini fesh eylemek hakkına maliktir. Umumiyetle fesih tabirinden tesiri, ancak istikbale ait bir iradenin beyanı anlaşılır. Burada iradenin beyanı makable şamil bir netice husule getirir (madde : 516)».

Fesih: her zaman iki taraftan birinin iradesile ve aşağıdaki şartlar dairesinde vukua gelebilir:

a) Feshin altı ay evvel haber verilmesi lâzımdır. Yani altı ay müddetin hitamında ihbarı icra takip eylemiş olmalıdır.

b) Fesih akdin her iki tarafa tahmil eylediği tediyeler arasında hissolunacak derecede nisbetsizlik bulunmasından dolayı vukubulmalıdır. Zaten taahhütlerde nisbetsizlik ölünceye kadar bakma akdi gibi kâr ve zararı belli olmayan talihe bağlı bir akdin esasıdır.

Her iki taraf bu muameleye merbut olan baht ve kısmeti kabul etmişlerdir. Alacaklı mukavelenin akdinden bir sene sonra ölecek olursa borçlunun tediyesi intifa eylediği mukabil taahhütten çok aşağıda kalmış olur. Aksine alacaklının ömrü kırk sene devam ederse kendi tediyesi intifa eylediği mukabil taahhüde nisbetle pek aşağı kalır. Fakat bazı haller vardır ki, onlarda nisbetsizlik haddi geçer. Böyle bir halde bütün talih iki taraftan birine yaver olur. Meselâ senevi beşbin frank tahmin edilen bir tediye hakkını haiz olan kimsenin diğer tarafa beşbin frank resülmal vermiş olması gibi.

Bu hususta muteber bir irat sandığının kabul ettiği resülmal ile irat beynindeki nisbeti nazara almak lâzımdır. Fakat vazii kanun ölünceye kadar bakılacak kimsenin bir irat hakkı olmayıp, yalnız kaydi hayat ile bakmağı teşkil eden gayri muayyen bir taahhütten istifade edeceğini unutmuş gibi görünüyor. Ne olursa olsun fesh eyleyen kimse itiraz halinde kendi taahhüdünün diğer tarafın taahhüdünden pek çok ağır olduğunu isbat eylemeli ve bu hususta ciddi bir müessesenin muamelâtına esas olmağa hadim hesapları zikrübeyan etmelidir. Yalnız bir irat sandığı alacaklıyı kendi

hane halkı arasına almak küllefetini borçluya tahmil eden bir kaydi hayat ile bakım akdi yapamaz. Fakat vazii kanun çok hattâ pek çok defa iki tarafın taahhütleri arasındaki nisbetsizliğin bunlar tarafından istenilmiş olması haline taallûk eden esaslı bir itirazı nazarı dikkate almak mecburiyetinde idi. Binaenaleyh fazla alan tarafın iddia olunan feshe karşı dermeyeran edecek bir def'i vardır. Bu def'ide diğer âkit tarafın kendisine teberruda bulunmak niyetinde olduğu keyfiyetine istinad eyler. Tabiidir ki, böyle bir def'ide bulunan kimse beyan ettiği halleri isbat eylemelidir... Akdi feshin neticesi, tesiri makabline şamil olmak üzere onun ilgasıdır. Mukavelelenin feshi esnasında evvelce verilmiş olan şeyler istirdat olunur. Şu kadar ki bunların resülmal ve faiz kıymetleri beyninde takas icra olunur. Bu istirdat muamelesi amelî büyük güçlülere mahal kalmaksızın yapılamaz.

İkinci hitam sebebi: Bir taraflı fesih. Taraflardan her biri mukavelelenin icrasına devam etmenin çekilmez bir hale geldiğini sebep göstermek suretile mukaveleyi bir taraflı olarak fesh eylemek hakkına maliktir. İki tarafın bu vaziyeti gerek iş sahibi ve gerek işçinin muhik sebeplerden dolayı akdi fesih eylemek ihtiyarına sahip olmaları keyfiyetine oldukça müşabehet arzeyler. Kaydi hayat ile bakma akdinin devamı müddetinin muayyen olmamasına ve buna birlikte oturmak sebebi müşeddidi de munzam olmasına nazaran bu akdin devamı hizmet mukavelesinden daha ziyade çekilmez bir hal alır. Akdin devamını çekilmez bir hale getiren sebepler nelerdir? Kanun evvelâ, tahmil edilmiş olan mükellefiyetlerin ihlâlini zikrediyor. Alacaklı taahhüdünü bir defa ve mukavelelenin akdinden sonra yapmış olacağı cihetle kanun bilhassa diğer tarafı istihdaf etmiştir. Bu taraf alacaklısına ihtimam ve bakmak vazifesinin ihmal eylemek suretile akde muhalif hareket etmiştir. Bu vazife o kadar az vazıhtır ki borçlunun bu vazifeyi ifa eylemesi tarzı hakkında münakaşadan hemen hemen içtinab kabil değildir. Fakat kanun tahmil edilmiş olan mükellefiyetlerin ihlâlini müstelzim olmayıp da mukavele ile tesis edilmiş olan münasebetlerin devamını gayri mümkün yahut son derece ağır kılan ciddi fesih sebeplerinin mevcut olabileceğini kabul etmek ihtiyatkârlığında bulunmuştur. Meselâ iki tarafın malî vaziyetlerinin tebeddülü, alacaklıya arız olan akıl hastalığı, borçlunun bir çok çocuğu doğması ve bilhassa tarafeynin tabiatlarının birbirine uygun olmaması, ilâh gibi haller bu hususta dermeyeran olunan başlıca sebeplerdir. İtiraz halinde bunu iddia eden tarafın isbat eylemesi lâzımdır. İsbata

muvaffak olursa akid feshedilir. Feshin neticesi nedir? 516 ıncı maddede beyan edilen ihbar halinde olduğu veçhile akid makabline şamil olarak mâdun bir hale konur ve kusurlu olan yani tahammül ettiği mükellefiyetleri ihlâl eden taraf aldığı iade etmekle beraber, hiç bir kusuru olmayan tarafa hakkaniyete muvafık bir tazminat vermeğe de mecbur olur. Kanun mukavelenin feshinden başka diğeri bir tarzı halli de derpiş etmiştir. Hâkim müşterek hayata nihayet vermeğe hükmetmek ve alacaklıya takas tarzında kaydi hayat ile irat bağlamak suretile borçlunun borçlarını diğeri bir şekle kalbetmek ihtiyarına da maliktir (517). Mukavelede yapılan bu tadilât yalnız iki taraftan birinin talebi ile değil resen de olabilir.»

Görülüyor ki kanunun kabul eylediği fesih nehcile Temyiz Mahkemesinin işaret ettiği fesih nehci arasında fark vardır.

III — Temyiz Mahkemesi ölünceye kadar bakma mukavelesinde «alacaklı sağ iken o malı borçlunun üçüncü bir şahsa temlikinin kanunen caiz ve muteber olmadığını» tasrih ediyor. Halbuki kanunda ademi cevazı müş'ir bir nas yoktur. Temyizin noktayı nazarı kabul olunur ve borçluya geçen mülkiyet tasarruf selâhiyeti bakımından mukayyet bir mülkiyettir denecek olursa bu takyitten, akdi takyid mahiyetini nezi imkânsız olacağından onun tapu siciline şerhi iktiza eder. Bu şerh verdirilmiş olmadıkça, kayıt üçüncü şahsa karşı hüküm ifade etmez. Halbuki böyle bir şerhin verdirilebilmesi için kanunun bunu sarahaten tecviz etmiş bulunması aranır. Zaten tapu idaresi kanunî sarahate temas etmedikçe mukayyet temliki tescilden bihakkın imtina eder. Çünkü şerh edilecek mülkiyet takyitleri Medenî Kanunda tahdidî olarak sayılmıştır. Bunlara kıyas suretile başkasını zamma hukuken mesâğ yoktur. Esasen bu mesele yeni Medenî Kanunumuzun meriyet mevkiine vazını müteakip derhal kendini hissettirmiş ve vaktin Tapu ve kadastro mütehassıs müşaviri mebus profesör *Mustafa Şeref bey* merhum Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğüne göndermiş olduğu yukarıda bahsi geçen 3/5/930 tarihli mütalâa namesinde her türlü sui tefehhümü bertaraf etmek için şu izah tarzını muvafık bulmuştu:

«... Gayrimenkulün elden çıkmamasını intaç edecek bir vaziyet sarih olarak kanunda beyan edilmiş olmak lâzımgelip bu istidlâl ve istintaç tarikile kabul olunamaz. Çünkü bu netice tasarrufatın takyidini mutazammındır. Bu gibi kayıtlar

ise sarih kanun maddelerine müstenit olmak lâzımgelir. Esbabı maruzaya binaen borçlunun alacaklı için mahiyet ve senevi sarfe-deceği paralarının gayri melhuz masraflar da nazarı dikkate alınmak suretile tayin ve tesbiti müşkül olacağına göre vazii kanunun bu husus için kabul etmiş olduğu kanunî ipotek hakkının istisna-en gayrimuayyen bir miktar ile tahrir ve bu suretle gayrimenkulün borçlunun elinden çıkmaması gayesinin istihdaf olunduğu yolunda varid olacak mülâhaza vazii kanunun açık olarak koyduğu, tasrih ettiği hüküm prensiplerine muhalif bulunmakta olduğundan tatbik olunmayıp âzamî bir hat tesbit olunarak ipoteğin ancak o âzamiye kadar muteber olmak üzere tesisi lâzımgelir.» Bu mü-talâadan sonra Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü mülhakata bu vadide umumî tebligatta bulunmuş ve gayrimenkul malları müte-davil bir servet haline getirmek yolundaki Medenî Kanunumuzun umdesine muvafık olan ölünceye kadar bakma mukavelesinde borçlunun kendisine temlik olunan gayrimenkulü alacaklının sağ-lığında da başkasına temlik edebileceği kaziiyesi memleketimizde bugüne kadar müsellemler bir keyfiyet olarak kabul ve telâkki edil-miştir. zaten ölünceye kadar bakma müessesesinin garpta geçirdiği istihaleler tetkik ve tettebbu olunursa görülür ki, öteden beri ala-caklının haklarını temin endişesi şarileri meşgul etmiştir. Bidayet-te bu fariğin haklarına gayrimenkul mükellefiyeti tarzında aynı hak mahiyeti tanımak ve bilâhara bundan vazgeçilüp mefrugun-lehi başkaca teminet göstermeğe mecbur etmek ve bu noktaya riayeti temin için de mukaveleyi mahkemenin tetkik ve tasvibine tâbi kılmak ve nihayet muasır hukukta alacaklıya kanunî bir ipo-tek hakkı da bahşedilmek suretile bahsi geçen endişenin izalesi ci-hetine gidilmiştir. Fakat bu tekâmülün hiç bir safhasında alacak-lının haklarını ferağ olunan mallar üzerinde borçlunun tasarruf hakkını takyit ve tahdit suretile temin iltizam olunmamıştır. Her zaman devrû temlik tam olmuş ve borçluya, temlik olunan mallar üzerinde malik sıfatile mutlak bir tasarruf hakkı tanınmıştır. Ba-husus borçlunun mukaveleden doğan borçlarını yerine getirebil-mek için bazan mallar üzerinde tasarruf edebilmek ihtiyacını his-sedecek mevkie düşmesi de müstebat olmadığına göre kendisine bu noktada kolaylık göstermek, onu vecibesini ifaya iktidar eylemek lâzımdır. Binaenaleyh hâdisede borçlunun kendisine temlik olunan gayrimenkulü elden çıkaramaması, garpta hiç bir zaman hatıra gel-miş bir keyfiyet değildir. Zaten müessesenin garpta tarihi kökleri

iki istikamete doğru uzanır: 1 — Manastırların mümasil taahhütleri. Çünkü bu dinî müesseseler bir sermayenin kendilerine devrû temlikine mukabil diğer tarafı ölünceye kadar bakmağı taahhüt ederler ve devrolunan sermaye veya mallar ekseriya manastırın yapacağı masraftan kıymetçe pek fazla olduğundan bu gibi mukavelelerle fertler dinî gayeler takip etmiş olurlardı. Bu suretle mamelekini manastırlara devreden kimseler oraya girerler ve ömürlerinin sonuna kadar orada yaşarlardı. Sonraları şehirlerde bu işi yapan ve dinî mahiyeti olmıyan müesseseler vücuda geldi ve bunların mümasil mukaveleleri tabiatile dinî gayeden uzak kaldı.

2 — Köylerde ekseriya hısımlar arasında yapıla gelen mümasil taahhütler ki, alacaklı bütün gayrimenkullerini hısımlarından birine devir ederken çok defa mallarının bir kısmında ölünceye kadar intifainı şart kılar, meselâ kendi lehine sükna hakkı tesis eylerdi. Hısımı esasen kendisine bakmakla mükellef bulunduğundan bu tarzdaki vaziyetler tabii görülürdü. Netekim alacaklının bu hakkı şahsa bağlı ve gayrikabili devir telâkki olunmakla beraber fariğın bakılmasını istihdaf eden haklara aynî hak mahiyeti izafe edildiğinden âdeta gayrimenkul mükellefiyeti tarzında devrolunan gayrimenkullerle bir alâka kabul edilirdi ve binnetice borçlunun gayrimenkulü başkasına devretmesi halinde alacaklı her yeni malikten bakılmasını isteyebilirdi. Şüphesiz ki bu mükellefiyet gayrimenkulün varidatı nisbetinde idi. Sonraları alacaklının hakları aynî hak mahiyetini kaybetmiş, müessese tamamen borçlar hukukuna ait bir mukavele şekline girmiştir. Mamafih yeni mevzuatta alacaklının müstakbel haklarını vikaye için kanunî ipotek gibi tedbirler alınmak ciheti unutulmuş değildir. Görülüyor ki evvelce yalnız köylerde yapılan bu mukaveleler sonraları şehirlerde de teammüm etmiş ve teberru ile müterafik olan bu temlikler iptidaen manastırlar, dinî müesseseler lehine yapılırken, yavaş yavaş dinî gaye ortadan kaybolup böyle bir maksattan arî ve alelâde teberru şeklinde mütecelli olan bugünkü ölünceye kadar bakma müessesesi doğmuştur. Medenî kanunumuzun mehazı olan İsviçre Medenî mevzuatını tetkik ettiğimiz zaman alacaklının hukukunu muhafazaya medar olacak tedbirlerin evvel ve ahir derpiş edildiğini görürüz. Meselâ ilk zamanlar mukavelenin muteber addolunabilmesi mahkemenin tasdikine mütevakkıftı. Hattâ Zürih kanunu bu tastikin nasıl yapılacağını, mahkemenin hangi noktaları tetkik edeceğini tesbit etmişti. Kanun, mahkemeye tarafların mukaveleyi

akde ehil olup olmadığının, serbest iradeler mevcut bulunup bulunmadığının, alacaklıya ait haklar emniyet altına alınıp alınmadığının araştırılmasını emrediyordu. Binaenaleyh bunlar tahakkuk etmeden mahkeme mukaveleyi tasdik edemezdi. Federal Borçlar Kanununun 1871 tarihinde Munzinger tarafından kaleme alınan lâyihasında da aynı hükümleri görüyoruz. Yani mukavelenin ancak mahkeme tarafından tetkik edilerek tastik olunması halinde hüküm ifade etmesi kaidesi teklif olunuyor; ve hasseten mukavelenin muktazi derecede vazih olup olmadığı, alacaklının hakları için kâfi teminat şart edilip edilmediği ve borçlunun şahsı ve münasebetleri itibarile borçlarını dürüstçe ifa edebilecek kabiliyette bulunup bulunmadığı noktalarının tetkine lüzum gösteriliyordu. «İsviçre hukukunda ölünceye kadar bakma mukaveleleri» diye 1918 de bir tez yazan Arthur Homberger'in Die Verpfründungsverträge im schweizerischen Recht adlı eserinde vaziyeti, telâkki tarzını tenvir eden şu manidar mütalâaya tesadüf ediyoruz: «Alacaklının kanunî bir ipotek tesisine mütedair mütalebe hakkı aynı mahiyeti haizdir. Ve bu itibarla yalnız borçluya karşı değil *gayrimenkulün her yeni malikine karşı* kabili ityandır. Borçlunun gayrimenkulü derhal başkasına devrünü temlik etmesi halinde alacaklı kendi devrünü temlikinden itibaren üç ay zarfında kanunî ipoteğin tescilini yeni malikten isteyebilir.

IV — Temyiz Mahkemesi, bakma mukavelesinin mevzuu olan gayrimenkulün alacaklının hayatında satılamıyacağına üçüncü şahıslarca bilinmesi lâzımgüleceğini beyan ediyor. Halbuki kanun alacaklının hakkını kanunî ipotek ile temin etmesi esasını 513 üncü maddesile terviç ettiğine göre üçüncü şahıslarca bilinmesi mefruz olan şey devrin memnuiyeti değil bilâkis cevazıdır.

V — Temyiz Mahkemesi hâdisede kanunî ipoteğin vaz olunamıyacağını beyan ediyor ve esbabı mucibe olarak da «ölünceye kadar bakmak şartile vuku bulan akidden mütevellit bakılma hakkı Kanunu Medeninin 803 üncü maddesinde yazılı olan ve mezkûr maddede mucebince alâkadarlara üç ay içinde ipotek vazetmek salâhiyeti verilen hukuk ve matlûbat kabîlinden değildir» diyor. Yüksek Mahkeme bununla neyi kastediyor, acaba ölünceye kadar bakma mukavelesile temlik olunan bir gayri menkul için kanunî ipoteğin tesis olunamıyacağına mı işaret etmek istiyor? Bunu tayin doğrusu güçtür. Vakıa Medenî Kanunun 803 üncü maddesinde ölünceye

kadar bakma mukavelesi alacaklısından bahis olmadığı gibi kanunî ipotekten de bahis yoktur. Kanunî ipoteğin tescil edildiği halleri ise 807 inci madde şu suretle istikra etmiştir: «Aşağıdaki kimseler, kanunî bir ipoteğin tescilini isteyebilirler: 1 — Sattığı gayrimenkul üzerinde semeni temin için bayi, 2 — Taksimden münbahis matlûbat için, evvelce beyinlerinde müşterek olan gayrimenkul üzerinde mirasçılar ve hissedarlar, 3 — Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebile malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacaklar için o gayrimenkul üzerinde bu mütaahhit ve işçiler. Kanununun bu suretle kendilerine ipotek hakkı tanıdığı kimselerin evvelce yapılmış bir mukavele ile işbu haklarından feragatleri muteber değildir.» Elimizdeki Temyiz kararı örneğinde gördüğümüz (803) rakkamı belki (3) ile (8) arasındaki fazla benzeyişten dolayı nasih sehvidir de Temyiz Mahkemesince kast olunan 808 inci maddedir. Çünkü bu maddede Temyiz Mahkemesinin alâkadarlara verildiğinden bahsettiği üç ay hakkında sarahat vardır. Maddenin aynen ibaresi şudur: «Bayiin, mirasçının ve hissedarın kanunî ipotek hakkı mülkiyetin naklinden sonra üç ay zarfında tescil olunmak lâzımdır.» Fakat bizim nüfuz edemediğimiz, anlayamadığımız nokta bu değildir. Bizi düşündüren, teemmüle sevkeden cihet, Temyiz Mahkemesi Medenî Kanununun mevzu bahs ettiği maddesindeki kanunî ipoteklerden bahseylediği halde, neden Borçlar Kanununun asıl ölünceye kadar bakma mukavelesindeki kanunî ipoteği ve alacaklının tıpkı bir bayi gibi haizi hak olduğu keyfiyetini nazara almamış gibi görünmek istemesidir. Borçlar Kanununun kaydi hayat ile irad ve ölünceye kadar bakma akdine dair olan 22 inci babının muhtevi bulunduğu 513 üncü maddede şu sarahatle karşılaşırız: «Diğer tarafa bir gayri menkul temlik eden alacaklı, kendi haklarını temin için o gayrimenkul üzerinde tıpkı bir bayi gibi kanunî ipotek hakkını haiz olur.» demek; ölünceye kadar bakma mukavelesinin alacaklısı kanunî ipoteğini üç ay zarfında tescil ettirebilir. Yüksek Mahkemenin bu nassı ihmal edeceğine tabiidir ki ihtimal verilemez. Borçlar Kanununun aynen naklolunan maddesine temas edilmeksizin yalnız matufunaleyhi olan Medenî Kanundaki madde ile hâdisede ihticacın veçhi ne olabilir? Vakıa ölünceye kadar bakma mukavelesile temlik olunan menkul malları afakî hüsnüniyet kaidelerine mugayir olarak elden çıkarmanın dürüst bir hareket telâkki olunamayacağı yolunda ilmi

bir kanaat vardır. Fakat bu mülâhaza, kanunî ipotek tesisine müsait olmıyan menkul mallara ait olmak üzere mevzubahistir. Hâdisede gayrimenkule kanunî ipotek konmuş olması hasebile mevcut enfüsi tedbir, haddi zatında afakî tedbirden muğnidir. Esasen Medenî Kanunumuzun gayrimenkul malları mütedayil servet haline getirmek yolundaki hususî seciyesi ve alacaklı sağ iken borçlunun maliki bulunduğu gayrimenkulü başkasına temlik edemeyeceği tarzında kanunun tasrih etmediği akdî bir mülikeyt takyidinin Tapuca tescil imkânsızlığı ve Tapu sicilindeki kayde enfüsi hüsnü niyetle istinadederek mülkiyet veya diğer bir aynı hak iktisap eden kimsenin bu iktisabının muteber addolunması esası bu kabîl mallarda işaret olunan mülâhazanın nazara alınmasına manidir.

Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin