

Ölüme bağlı tasarruflarda  
**ŞART VE MÜKELLEFIYETLER (x)**

Doçent Dr. Kemal Tahir Gürsoy

**Kısım I**

**MÜKELLEFIYET**

§ 1. Mükellefiyet Müessesesinin tarihi tekâmülü

Esas maksadımız dogmatik hukuk bakımından, ölüme bağlı tasarruflara vaz edilen (Mükellefiyet) müessesesini tetkik eylemektir. Bu itibarla, müessesenin tarihi tekâmülünü tetkik sahamız dışında kalır. Fakat mükellefiyet müessesesinin ne olduğunun medeni kanunumuz tarafından tayin ve tarif edilmemiş binnetice bunun mahiyet ve muhtevasının tayininin doktorine bırakılmış olması, bizi, pek kısada olsa, müessesenin tarihi tekâmülünü görmeye sevk eylemektedir. Çünkü bu kısa tetkik, muhtevası meğhul olan bu müessesenin mahiyetini gösterecek ve bu günkü hukukumuz için de önemi haiz olan bir rehberlik vazifesi ifa edecektir.

**Bibliyografya:**

- Ansay. S. Şakir: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri 1948  
Arsebuk. E. Borçlar Hukuku. 1943  
Becker, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI. Onligationenrecht. Brn 1934.  
Belgesay. M. R. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi 1948;  
Benziger, R.. Das Vermachtnis im schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1917  
Binder, J. Erbrecht 1930  
Crome, C., System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1900 ve 1912;  
Crome, C., Die partiarischen Rectsgeschäfte. Freiburg İ. B. 1897;  
Curti - Forrer, E., Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Zürich 1911;  
Dernburg, H., Pandekten Berlin 1903; Dernburg, H.; Das Bürgerliche Recht. 1905;  
Egger, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. I. Einleitung und Personenrecht. II. Das Familienrecht 1. Abt.: Das Eherecht. 2. bası;  
Escher, A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. III. Bd.: Das Erbrecht. 2. bası 1937;  
Görktürk. H. Ayni Miras Hukuku. 1947;  
Hafter, A., Kommentar zum S. Z B. Bd. I; Zig 1885 Bern,  
Herzer, Bruno, Herberhtliche Auflage und Bedingungen 1941  
Hindermann, W. E., Der Stiftungszweck. ZSR. NF. Bd. 47 S. 225 vd ;  
Hirz, A., Das Vermmaechnis im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. Zürich 1937;

**I — Roma Hukukunda :** Klásik Roma hukuku serek ölüme bağlı ta-sarruflara ve gerekse sağlar arasında yapılan hukuki muamelelere "Mükellefiyet"ler vaz'ına müsaade ediyordu. Fakat önceleri ya umumun yara-rına olan, veyahutta tamamiyle dini mahiyette olan mükellefiyetler vaz'ı kabil idi: Herkesin görebileceği oyunlar tertibi veya dini heykeller yapıl-

Huber, E., System und Gesnichte des schweizerischen Privatrechts; Huber, E., Sch-weizerisches Zivilgesetzbuch; Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen Ju-stiz - und Plizeidepartements. 2. bası, Bern 1914

JUNG, Erich, Bürgerliches Recht (in stammler. Das geoa. Deut. Recht 1930)

Huber - Mutzner, P., System und Geschichte des schweizerischem Privatrechte. 2. bası;

Kipp, Th., (Enneccerus) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bed. V. Erbrecht. Mar-burg 1930

Kipp, Th. Römisches Recht, in Stammler, R., Das gesamte Deutsche Rect, 1930

Krayenbühl, J., Etude sur le leges, précédé d'un aperçu sur l'institution d'héritier, la substitution fidéicommissaire et la charge d'après le code civil Suisse. Diss. Lausanne 1916;

Larwer, A., Vermaechtnis und Auflage im BGB. Diss, Erlangen 1931;

Lenorad, R. Institutionen Seipzig 1894;

Liebisch, A., Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden im bür-gerlichen Recht und im Reichssteurrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 27, 1927;

Oser, H., Kommentar zum schweizerischen Obligationenrcht. 2. bası Bd. V. 1. ve 2. kısım, Zürich 1929/1936;

Pernice, L. Römisches Privatrecht Bd. III. 1892;

Palnck, G. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. V. Erbrecht. Leipzig 1924;

Puohla, G. F. Pandekten. 12. bası. Leipzig 1877;

V. Seving, F. C. System ses heutigen römischen Rechts, Berlin 1840 f;

Sieber. H. Erbrecht 1928

Schultze, Treubender im geltenden Recht, Jherings Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 43. S. 32 vd;

Shom, R. Institutionen des römischen Rechts. 17. bası L. Wenger tarafından München und Leipzig 1923;

Sehmid. Hans. Die Schenkung 1904;

Stiefel, F. J. Die Privatrechtliche auflage insbesondere nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1933;

Strohal, E. Das deutsche Erbrecht auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuches, 3.b sı Berlin 1903/1904;

V. Tuhr, A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Mün-c-hen und Leipzig 1914 f. v. Tuhr, A. Der allgemeine Teil des schweizerischen Obliga-tionenrechts. Tübingen 1925;

Tour. P. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht. Bern. 1952, (Madde 537 den sonrası için I. ci bası 1929 Berne)

Windschd, B. Lenrbuch des Pandektenrechts. Bd. I - III 3. cü Bası, Düsseldorf. 1875;

Windscheid. Kipp. Sehrbuch des Pandekts Bd. 3. 1906

ması, veyahutta müteveffanın mezarında ışık yakılması gibi (1) mükellefiyetler, daha ziyade vasiyetnamelerin muhtevasını teşkil eder ve bilhassa mai vasiyetlerine (Legatum) ilâve olunurdu. Mirascı nasbı halinde de mükellefiyetin vaz edilip edilmediği hususu ihtilâfdır. (2) Puchta Mükellefiyetin Roma hukukunda ancak mal vasiyetlerinde mümkün olduğunu söylemekle beraber Savigny (3) mirascı nasbı mukavelelerinde de mükellefiyetin mümkün olduğunu iddia eder. Keza Pernice (4) da bu fikirde-  
—  
dir.

Romada mükellefiyet hususi bir ferdin menfaati için vaz edilemezdi. Bugünkü hukukun aksine olarak mükellefiyetin yerine getirilmesi için alâkadarlara bir dava hakkı tanınmış değildi: onun için başka yollarda müeyyideler bulunmuş idi. Ya mükellefiyete bir şart şekli verilir veya mükellefiyeti ifa edecek olan kimseye, vasiyet edilen mal teslim edilmeden önce munzam taahhütler yaptırılırdı. Meselâ ademi ifa takdirinde ifa edeceği hususunda bir teminat verdikten sonra teslim ederlerdi. Mükellefiyetin umumun menfaatına olması takdirinde amme makamlarının mükellefiyeti ifa dâvası hakları mevcuttu.

Ancak Justinianus Kodifikasyonuyledirki, mükellefiyet bu günkü şeklini aldı. Üç yerde mükellefiyetten bahis vardır: D. 35.1; C 8.54; C 6.45. Bu yeni anlayışa göre mükellef diğer tarafı ilzam edici bir karakteri haiz oluyordu. Ademi ifa takdirinde bir ifa davası (ac, Praescriptis verbis) mümkün olduğu gibi verilen şeyin geri istenmesi (Condictio causa data non secuta) davası da mümkündür (5).

Şu cihete de dikkat etmek lâzım gelir ki, Roma hukukunda yukarıdaki şekilde tavsif edilen mükellefiyet müessesesi, kendi mahiyetini izah eden bir isme malik olmadığı gibi başka manalarında olan adlar altında mevzu bahis edilirdi. Bunlarda Jubere, Lex Condictio, Modus. Bu isimler'n ayrıca teknik manalar vardı. "Modus" tarz "condictio" şart manasına gelirdi. aynı müessesese bu muhtelif adlar altında zikredilirdi. Ancak Justinianus Kodifikasyonuyledirki terimde bir tekleşme husule gelebildi, ve mükellefiyetin adı "Modus" oldu. Daha sonraki devirlerde ve bilhassa müşterek hukuk edebiyatında mükellefiyetin adı "Modus" dur

1) Pernice, Labeo III. S. 58. N. 1,2

2) Puchta, Vorlesungen 1847. I. § 63.

3) System, S. 227.

4) Labeo, III. S. 32.

5) Mitteis, L. Institutionen 1949, Berlin § 43 III S. 235.

Kipp, T. Das römische Recht S. 199 (Das gesamte Deutsche Recht 1931) Stiefel 18, Lanwer 46.

**II — Müşterek hukuk da:** Roma hukukunun vasiyete mütedair olan hükümleri, Justinien devrinde arz ettiği şekli ile müşterek hukuk tarafından aynen kabul edilmiştir. Pandekt hukukuna mütedair olan bütün klâsik eserlerde mükellefiyetin “Modus” adı altında incelendiğini görürüz (6). Müşterek hukuk mirasçı nasbi halinde de Modus’u kabul eyledi. Sonraları, esas itibariyle menşe’i Cermen hukuku olan, miras mukavelelerine de Modus konması kabul edildi (7).

Menşe’i Cermen hukuku olan vasiyeti tenfiz memuru müessesesi, Mükellefiyetlerin yerine getirilmesini temin hususunda ehemmiyetli rol oynadı. Vasiyetnamelere münderic bulunan mükellefiyetlerin yerine getirilmesini temin, vasiyeti tenfiz memurlarının esaslı vazifelerinden idi. Bu cihet mühimdi. Çünkü böylelikle mükellefiyet kendiliğinden bir müeyyideye sahip oluyordu. Hatta mükellefiyetin varisler lehine müesses bulunmadığı ve bu itibarla ifade varislerin bir menfaati olmadığı hallerde de mükellefiyetin ifası iradeyi tenfiz memuru müessesesi tarafından teminat altına alınmış oluyordu. (8)

Bununla beraber mükellefiyet yalnız Roma Hukukuna has bir müessesede değildi. Eski Cermen hukuku da ölüme bağlı tasarruflara konan şart ve mükellefiyet mefhumunu tanıyordu. Meeslâ, murisin vefatında dualar okunması ve dini gayeler güden mükellefiyeler bu cümleden idi. Hattâ bazı eski Cermen hukuku müessesesinin zatında bir mükellefiyet mefhumu mündemiğ idi: “Keine Gabe Ohne Gabe” geklindeki bir Alman darbumeseli bu meyandadır. Bu prensibe göre kendisine ivazsız bir tevcihte bulunulan kimse, manende olsa, tevcihte bulunana karşı bir şey yapmak veya vermek mecburiyetinde idi. Bu mecburiyet veya mükellefiyet vaki tevcihin zaatından ileri gelirdi. Bilhassa Kiliselere yapılan tevcihlerle bu müessese tekemmül etti. Kiliselere yapılan tevcihlere karşılık müteveffanın ruhunun azaptan kurtulduğu kabul olunurdu. (9)

### III — Modern Medeni Kanunlarda :

18 ve 19 uncu Asırlarda yapılan medeni kanunlar mükellefiyet müessesesini bu halde buldular.

1) 1794 tarihli umumî Prusya kanunu, umumî kısmında ve irade be-

6) Dernburg, Pandekten 1903. III. § 84. S. 158; Puchta, Pandekten § 556, S. 74; Savigny III. §128, S. 226; Windscheid aynı müesseseye «Voraussetzung» der (Pandekten III. § 556, § 636). Bu tabir tekemmül etmemiş bir şart manasına gelir.

7) Lanwer 48.

8) Lanwer 48, Herzer 6.

9) Lanwer 45, Herzer 6, Stifel 18.

yanına mütedair olan faslında (1. 4 §§ 152/162). mükellefiyet müessesesi-  
ni Zweck (= maksat gaye hükmü) adı altında hükme bağladı. Bu kanu-  
na göre "Mükellefiyet" altında yapılan bir tevcihe infisahi şart aitındaki  
hükümler tatbik olunur. Bundan çıkan neticeye göre, bir mükellefiyet al-  
tında yapılan bir hukuki muamele, derhal hüküm ve netice tevhit eder.  
Fakat, mükellefiyetin ademi ifası takdirinde hukuki muamele kendiliğın-  
den, infisah eder. Burada infisah, şarttan farklı olarak makable şamil  
olurdu. Prusya umumi kanununa göre yegâne müeyyide ademi ifa takdi-  
rinde makable şamil bir infisaktan ibaretti.

2 — Fransız medeni kanununda mükellefiyet müessesesine yabancı de-  
ğildir. Bununla beraber bu kanun, "Modus"un Fransızca karşılığı olan  
"Charge" tabirini alâkah yerlerde kullanmış olmayıp bunun yerine şart  
manasına da gelen "Condition" terimini kullanmıştır. 953 ve müteakip  
maddelerinde şarta tabi hibeden 1002 ve 1046 maddelerinde de şarta tabi  
ölüme bağlı tasarruflardan bahs olunmuştur. Fakat buradaki şart (= Con-  
dition) tabiri aynı zamanda mükellefiyet manasını da ifade eder. (10)

3) Avusturya medeni kanunu ikinci kısmının 12 inci faslında ("Son  
arzuların tahdit ve ortadan kaldırılması" başlığı altında mükellefiyet mü-  
essesesinin de tetkik eylemiştir § 709-712. Bu kanuna göre mükellefiyetin adı  
Auftrag (= Vekâlet) dir. Bu adın verilmesinin sebebi bazı bakımlardan  
mükellefiyet müessesesinin Vekâlet müessesesine benzer olmasıdır. Avus-  
turya kanununa göre, mükellefiyet umumi bir müessese olmayıp ona  
ölüme bağlı tasarruflar münasebetiyle temas etmiştir. Bununla beraber  
bu hükümler, mükellefiyetli hibelere de tatbik edilir. Avusturya kanunu-  
na göre mükellefiyetin ademi ifası infisahi şartın doğurduğu neticeyi  
tevhit eder. Fransız Hukukundan farklı olarak daha önce bir dava ika-  
mesine lüzum olmadan bir tevcihi alan, ona bağlı bulunan mükellefiyeti  
yapmazsa, vaki tevcihi kaybeder. Bu suretle sebepsiz iktisap hüküm-  
lerine tevfi kan verilecek kıymet geri istenir. Bu kanuna hakim olan zih-  
niyet şudur: İçinde bir mükellefiyet bulunan bir tevcih onu alanın mu-  
ayyen bir şeyi yapması gayesini istihdaf eder. Mükellefiyetin ademi  
ifası suretiyle bu gayeye erişilememiş ise vaki ivassuz iktisap kendi-  
liğinden sukût eder. Burada da mükellefiyet infisahi şartın doğurduğu ne-  
ticeyi doğurur. Bununla beraber, mükellefiyetin tam olarak ifası müm-  
kün değilse ifa, imkân nisbetinde olur. Eğer bu kısmı ifa de mümkün de-  
ğilse, tevcihi yapanın, başka türlü bir hüküm vaz eylememiş olması kay-  
diyle, mükellefiyet mükellefi tevcihi muhafaza eder (11). Bundan maada

10) Planiol, Traité élémentaire de droit civil 1923 No: 2630

11) Stifel 25.

üçüncü şahıs lehine şart hükümlerine tevfikân mükellefiyetin yerine getirilmesi davasını da mümkün görenler vardır (12).

**4) İsviçre Kanton hukukunda :** Muhtelif İsviçre Kanton kanunlarında mükellefiyet müessesesinin tedvin edilmiş şekli bizim için bilhassa ehemmiyetlidir. Çünkü İsviçre medeni kanununun 482 inci ve dolayısıyla Türk medeni kanununun 462 inci maddesi hükmü mezkûr Kantonlar Hukukunun normal tekâmülünden başka bir şey değildir.

Alman İsviçresinde 13 üncü asırdan beri ölüme bağlı tasarrufların malûm olduğunu görüyoruz (13). Bununla beraber bu nevi tasarruflarda bir akit unsuru görülmektedir. Çünkü yapılmış olan ölüme bağlı bir tasarrufun tek taraflı olarak tadiliveya tamamen yok edilmesi mümkün değildir. Ancak sonraları ölüme bağlı tasarruflara ilâve edilen sarîh bir kayıtla bu hak mahfuz tutulduğu takdirde tadil veya Rücu kabul olundu. Sonraları bu nevi tasarruflara yalnız dîni mahiyette olan kayıtlar değil, dîni mahiyete haiz olmayan kayıtlarda ilâve edildi.

Almanya'da Roma hukukunun kabulü İsviçre hukuku üzerine tesir icra etti. Bilhassa Roma vasiyet hukuku, Kilise tatbikatı tarafından mer'î hukuk haline getirildi ve bilhassa kiliseye yapılan tevcihlere müteveffanın lehine olmak üzere vaz edilmiş mükellef yetlerle müessese inkışaf ediyordu (14).

Ortaçağın getirdiği vasiyet etme hürriyeti vasiyet yapma ve vasiyet-namelere tali bir takım kayıt ve hükümler ilâvesini pek mu'at bir hale getirdi. Böylece İsviçre Kantonlarının bir kısmı, yaptıkları medeni kanunlarına bu hususta hükümler koydular. Bu bakımdan mezkûr Kantonlar, mahalli teammüller kadar Fransız ve Avusturya medeni kanunlarının tesiri altında kaldılar.

Freiburg medeni kanununun 852 ve 853 üncü maddeleri sarîh olarak mükellefiyet hakkında hüküm ihtiva eder (15). Bu maddede ki (Ordonna-

12) Ehrenzweig, System des Österr. All. Privatrecht 1925 II. S. 418.

13) Huber, E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrecht 1893. S. IV. § 144 S.633.

14) Huber, E. System und Geschichte Bd. IV. §. 145. S. 633

15) Madde 852:

«Muris Vasiyetnamesine Ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği şeyler hakkında muhtelif hükümler (= Ordonnances diversés) koyabilir.»

Madde 853: «Bunlar şart veya başka şekilde mirasçılara tahmil olunabilirler. Bunlar hakkında mal vasiyeti hükümleri tatbik olunur. Alakası olan kimseler veya gerekiyorsa devlet tarafından bunların icrası talep olunabilir. Eğer ortada hiç alâkalı yoksa icra alâkalı Varis veya Musalehin vicdanına bırakılmıştır.»

ce divers = muhtelif hükümler) tabirinden maksat, bugünkü şart ve mükellefiyet tabirinden başka bir şey değildir. 853 üncü maddeye göre bu nevi mükellefiyetler hem vârisiere hem de musalehlere tahmil olunabilirdi. Mühim olan cihet mezkûr kanunun mükellefiyetlerin ifasını temin hususunda ihtiva eylediği hükümdür. Buna göre, her alâkalı ifayı talep edebilecektir. Bu bakımdan bu hüküm TMK 462 (İMK 482) nin hemen hemen aynıdır. Burada fazla olarak, alâkalıların fıkdanı halinde dava ikamesi hakkı devlete a't bulunmakta idi. Freiburg medeni kanununun diğer bir hususiyeti de mükellefiyet hakkında vasiyet hukukunun tatbik edileceğidir. Bu hüküm teknik anlamdaki mükellefiyet hakkında kabili tatbik olmakla beraber şart hakkında bittabi kabili tatbik değildir. Cenevre (Madde 953, 956) Neunburg (Madde 681, 684) Vaud (Madde 602, 605) Wallis (Madde 952, 955) Kantonlarının medeni kanunları esas itibariyle Fransız medeni kanununun bir kopyesinden başka bir şey değildir.

Bern gurubuna dahil Kantonlardan Solothurn Kantonu mükellefiyet hakkında hüküm ihtiva eder. Bu Kanton medeni kanununun umumi kısmında "Alacak ve Borçlar" hakkındaki babda "Beschränkung=Fahtidler" başlığı altında şart ve ecelin yanı başında mükellefiyet hakkında da hüküm ihtiva eder (Madde 998) (16). Şu kadarki bu kanuna göre mükellefiyet bir "masraf" hükmüdür. Fakat maddenin metni daha sarih maddenin kullanmış olduğu Verpflichtung tabiri, Türkçedeki mükellefiyet, vecibe manasına gelir. Maddenin bir hususiyeti de bir hukuki muameleye böyle bir mükellefiyet vaz eden kimseye (Auftrggeber) müekkil adını vermesidir. Bu, evvelce gördüğümüz gibi Avusturya medeni kanununun tesirinden başka bir şey değildir. Bu madde alâkalılara sarîh olarak mükellefiyetin icrasının talep hakkını tanımaktadır.

İsviçre medeni kanunu üzerinde en çok tesir icra eylemiş olan Zürih medeni kanunu mükellefiyet hakkında ehemmiyetli bir hüküm ihtiva eyemez o sadece fevkalâde ikameye mütedair olan 1017 inci maddesinde kanuni bir mükellefiyet hakkında bir hüküm ihtiva eder (17). Buna göre muris varislerine terekeyi bir başkasına devretmek vecibesini tahmil edebilir. Nitekim İsviçre medeni kanununun ön projesinin ikameye mütedair olan 495 inci maddesinde "Mükellefiyet = Auflage" tabirinin aynen kul-

16) Madde 998: "Eğer bir muameleye bir kayıt ilâve olunur ve bu kayda göre bir şey alana veya alacaklıyla bir vazife tahmil edilmisse gerek taraflar ve gerek müvekkil ve gerek onun varisleri icra dâvası ikame edebilirler."

17) Madde 1017: "Keza muris tasarruf nisabı dahilinde varislerine vazifeler tahmil etmek suretile muayyen şartlar altında terekenin varisin hayatında iken bir namzede naklini veya ölümünden sonra bu namzede bırakılmasını isteyebilir."

lanıldığını görmekteyiz. Bununla beraber bu tabir maddenin kat'i metnine girmiş değildir (İMK. 491/2) (18).

Bünder Kantonunun medeni kanununun 226 tıncı maddesi meşgul bulunduğumuz mükellefiyet hakkında daha ehemmiyetli hükmü ihtiva eder. Bu kanuna göre mükellefiyetin adı "Zweckbestimmung = Gaye hükmü" dir. Dikkat edilecek nokta şuki mükellefiyet Bünder medeni kanununu umumi kısmında Nebenbestimmung = Fer'i hükümler başlığı altında şart ile hükme bağlanmıştır. Esas itibariyle borçlar hukukuna ait olan bu hükümün miras hukuku sahasına doğrudan doğruya tatbiki mümkün olamazdı. İşte bundan dolayıdır ki 512 inci madde şart ve mükellefiyet hakkında ki hükümlerin ölüme bağlı tasarruflarda da tatbik olunacağını derpiş eylemektedir.

Kanunlarını tevhit edememiş olan St. Gall Kantonunun Veraset kanununun 125 inci maddesinde mal vasiyetlerinde "Beschwrung = Külfetler" adı altında, 11/9 uncu maddesinde de "şart" adı altında mükellefiyet hakkında hüküm ihtiva eder.

Netice olarak diyebiliriz ki, medeni kanunun neşrinden evvel "mükellefiyet" müessesesi, bazı kantonlarda meçhûl, diğer bazılarında ise ufak tefek farklarla, bu günkü manâda hükme bağlanmış bulunuyordu. Bununla beraber, terimde tamamiyle bir vahdetsizlik ve vuzuhsuzluk göze çarpmaktadır.

5) **Alman Medeni Kanununda** : Alman medeni kanunu (BGB) Mükellefiyeti umumi bir müessese olarak tanımaz. Halbuki o zamana kadar mükellefiyet Fer'i hüküm Nebenbestimmung adı altında şart ve ecelin yanı başında tetkik olunurdu. Fakat BGB bu taammülü terk etti ve mükellefiyeti sadece onun kullanılacağı yerlerde ve elcümle ölüme bağlı tasarruflarda (§ 1940, 2192 - 2196) ve hibede (§ 525) hükme bağladı.

BGB mükellefiyeti hibede tarif eylemekten içtinab etti. BGB nin esbabı mucibesinde söylendiğine göre (Mükellefiyet tabiri "Modus" tabirinin ifade ettiği manâda yeni hukuk dilinde o kadar müstameldir ki, bu tabirin kabulünde bir tereddüte mahâl olmadığı gibi bir tarif vermeyede lüzum yoktur) (19). Bu suretle Alman Vazii kanunu oldukça nazik bir meseleyi halsiz bırakmıştır. Auflage = mükellefiyet tabirinin Modus tabirinin yerine geçtiği doğru olmakla beraber mükellefiyet müessesesinin ifade ettiği

18) İMK. 491/I bizim kânunumuza (BK. 471/II) tercümesi isabetli değildir. 471/II nin şöyle olması lâzım gelirdi: «Ön mirasçı terekeye nakil borcu altında mâlik olur.»

19) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuches 1888 Bd. II. S. 299; Bd. V. 10/11.



manâ açık ve tariftten müstağni kılınacak kadar da vazih değildi. Nitekim BGB ölüme bağlı tasarruflara vaz edilen mükellefiyetin kanuni bir tarifini yapmaktan içtinab edememiştir (§ 1940). “Bu hukuk müessesesinin büyük ehemmiyeti münasebetiyle tarif edilmesi zaruridir. Bu tarif, bilhassa mükellefiyetle mal vasiyetinin birbirinden tefriki bakımından lüzumludur” (20).

**IV — İsviçre Medeni Kanununda Mükellefiyet § 19 uncu Asrın sonunda ve müşterek bir İsviçre medeni kanunu projesinin hazırlanması sıralarında mükellefiyet müessesesinin arz ettiği durum bundan ibaretti.** İsviçre vazii kanunu ya mevcut formüllerden birisini aynen alacak ve yahut mevcut malzemeyi, İsviçrenin muhtelif Kantonlarında Mer'i hukuku da göz önünde tutarak, yeni bir formül içersinde kullanacak idi. Ne Fransız, ne Avusturya medeni kanunları taklide şayan bir hususiyet arz etmiyordu. Alma medeni kanunu ise henüz doğuş safhasında idi. Bundan başka Kanton mevzuatının hiç birisi bu müessese üzerinde tam bir hüküm ihtiva etmiyordu. Mevcut hükümler birbiri ile kabili telif değildi.

1895 tarihli ikinci kısmı proje, mirasa mütedair hükümleri ihtiva ediyordu. Bu projenin 437 inci maddesi kaydı ihtirazi, mükellefiyet ve şartlara mütedair idi (21). Bu proje şimdiye kadar kanton hukuklarında mevcut olanlara nazaran bir yenilik göstermiyordu. Bununla esas en mevcut olan bir malzeme tertibli bir suretle kullanılıyordu. Halbuki mükellefiyet müessesesinin esash ve teferruath hükme bağlanmaya ihtiyacı vardı, fakat bu yapılmamıştı. 15 /11/1900 tarihinde ilk proje adalet nezareti tarafından yayınlandı 1895 tarihli projenin 437 inci maddesi, pek cüz'i tadillerle, bu projenin 501 inci maddesini teşkil ediyordu (22). Bu projede görülen büyük yenilik, ahlâk ve adaba mugayir olan şartın tasarrufu iptal eylesinde idi, halbuki Kanton hukuklarında bu nevi kayıtlar sadece yazılmamış sayılırdı. 1900 tarihli projenin diğer ve mühim bir hususiyeti de mükellefiyetin icrasını talep davasının sadece mükellefiyetler hakkında mev-

20) Nektiv Bd. V. S. 11; ,

21) Madde 437 «Muris tasarrufuna mükellefiyet, kaydı ihtirazi ve şartlar raptedebilir. Her alâkalı ifayı talep edebilir. Sırf başkasını taciz etmek için konulan veya manasız olan şart ve mükellefiyetler yok sayılır. Kânuna veya adaba mugayir bir maksatla ilâve olunan şart ve mükellefiyetler tasarrufu hükümsüzdür.»

22) Şart ve mükellefiyetler kânuna veya ahlâka mugayir neticeler meydana getirmek maksadı ile ilâve olunmuşlarsa tasarruf batıl olur. Sırf başkasını taciz etmek için konan veya manasız olan şart ve mükellefiyetler yok sayılır. Mükellefiyetin icrasını her alakalı talep edebilir.»

zuubahis olması idi. Halbuki 1895 tarihli projenin 437 inci maddesine göre bu dava şartlara da şamil gözüküyordu.

Komisyon içi ve dışı birçok tahavvüllerden sonra 501 inci madde mütehasıslar komisyonuna geldi (23). Maddenin yazılış tarzı bazı münakaşaları mucib oldu ve vaki bir teklif üzerine birinci fıkraya hemen hemen bu günkü şekil verildi, aynı zamanda üçüncü fıkranın biraz karışıkça olan ifadesi düzeltildi (24). Diğer tahavvüller ehemmiyetli değildi. Cebri icra yoluyla yerine getirilmesi mümkün olmayan mükellefiyetlerin ne olacağı mevzuubahis oldu, buna cevaben raportör, bu cihetin Kanton mevzuatı tarafından hükme bağlanmsı lâzım geldiğini söylemekle iktifa etti. Mükellefiyetin cebri icrasının imkânsızlığı halinde tasarrufun illetinin ortadan kalkacağını ve binnetice bütün tasarrufun butlanını mucip olacağını söyledi. Fakat bu şekli hallin infisahi bir şart mahiyetinde olmayan mükellefiyet müessesesinin mahiyetiyle kabili telif olmadığı üzerinde durulmadı. Nihayet mütehasıslar komisyonunda 482 (TMK 462) ci maddenin üçüncü fıkrası üzerinde münakaşalar oldu. Hattâ bu fıkranın tatbikatının suistimallere sebebiyet vereceği mülahazası ile tayyi bahis konusu oldu. Bazı hoş gitmeyen veya yapılması güç olan şart ve mükellefiyetlerin bu fıkra gereğince yok ad edileceğinden korkuluyordu.

Bu suretle bazı tabirlerle şart ve mükellefiyeti hükme bağlayan madde kat'i projenin 486 inci maddesi olduğu (ki bu madde aşağı yukarı TMK'nın 482 TMK'nın 462 inci maddelerinin muhtevasını teşkil eder.) Proje nihayet 28 Mayıs 1904 de teşrii meclis önüne geldi Parlamento da bu husus üzerinde bir münakaşa cereyan etmedi. Huber bu hususta sadece şu beyanda bulundu : "Şart ve mükellefiyetlere mütedair olan hükümler burada mevki aldı". Huberin başka hususlarda mutad olan beyanlarındaki vuzuh burada yoktur. Bu kısa cümleden neyi kastediyordu. "Burada mevki aldı" (25) demekle başka yerde mevki almamış olmasından dolayı teessürümü beyan etmek istedi? Yoksa şart ve mükellefiyetin kanundaki yerini göstermek mi istedi? bu anlaşılammaktadır.

Üçüncü fıkra daha fazla münakaşayı mucip oldu az kalsın kanundan çıkarılıyordu.

Maddedeki "Manasız, ve faydasız" tabirlerinin suistimale pek müsait olduğuna işaret olunuyordu. Fakat tay teklifi az bir ekseriyetle red edildi. Fakat "Zwecklos" tabiri maddeden çıkarıldı (26).

24) Exp. Prot. II. S. 127.

25) Amtliche sten. Bull. 1905. S. 138,1385.

26) Amtliche sten. 1907. Nat. R. S. 298,300.

Şu cihet sayarı hayrettirki İsviçre medeni kanununun 482 (TMK 462) inci maddesinin vücuda gelmesi seyri esnasında bizzat "mükellefiyet mefhumu" üzerinde hiç durulmadı, hiç bir selâhiyetli ağız bu müesseseyi tarif eylemedi. Halbuki onunla birlikte mevzuubahis olan şart hakkında borçlar kanununda hüküm mevcuttu. Fakat mükellefiyet hakkında durum böyle değildi. Bu sükütle mükellefiyet mefhumunun tarif ve tayini Doktrini ve içtihata bırakılmak istenildi. Nitekim Alman medeni kanununun hazırlanmasında hakim olan zihniyet bu idi (27). Bundan başka mükellefiyetin cebren icrası, icra davasını açabilecek olan kimseler ve nihayet mükellefiyet mükellefinin mesuliyetinin mahiyet ve hududu üzerinde münakaşalar ceryanı sayarı arzu idi. Fakat bunların hiç birisi olmadı, pek cüz'î bir taddille projenin 486 inci maddesi, İMK'nın 482, TMK'nın 462 inci maddesi oldu. Bu madde ölüme bağı tasarruflardaki şart ve mükellefiyet hakkında esaslı unsurlar ihtiva eder. Yani maddenin muhtevasını anlamak için, onun kanunda bir tarifini aramaya lüzum yoktur. Zira kanunun hükmü bu madde muhtevasından ibarettir. Bunun dışında müesseseyi aydınlatacak başka bir malzeme yoktur (28). Bu etüdün ileride göstereceği üzere mesele, meçhullerle dolu bulunmaktadır. Bu boşluklar kanunumuzda mevcut bulunan benzeri hükümlerle doldurulmaya çalışılacak ve başı başına bir hukuki müessese bulunan mükellefiyet müessesesinin umumi binasının inşasına çalışılacaktır.

28) Herzer 19.

27) Motive zum BGB. Bd. II. § 448, S. 299.

## § 2. Mükellefiyetin mahiyeti, tarif ve karakteristik vasıfları :

1 — Genel olarak : Mükellefiyet sureti umumiyede ivazsız bir tevcihte (Teberruda) (1) bulunan (Vahip veya muris) tarafından o muameleye ilâve olunan öyle bir kayıttır ki, buna göre, tevcihi alan bir edada bulunmak mecburiyetindedir. Bununla beraber, bu kaydi koyan diğer kimseye bir ifa vaad ve taahhüdü yaptırmışda değildir. Meselâ vahip (A) mühim bir kolleksiyonu mevhubunileyh (B) ye teberru eylemiştir. Fakat bu hukuki muameleye A bu kolleksiyonu her sene muayyen aylar zarfında halka teşhiri şeklinde bir kayıt ilâve etmiştir. B ye tahmil edilmiş olan bu iş, bir mükellefiyettir. B tarafından yapılması lâzım gelen bu iş mukavelede bir mukabil eda olarak gösterilmiş veya öyle kast edilmiş değildir. Zira böyle bir edaya mukabil eda vasfını vermek yapılan hukuki muamelenin karakterini değiştirecektir. Zira hibede mukabil eda yoktur. A musaileyh olan B ye bir evi vasiyet suretiyle bırakmıştır fakat vasiyetnamesine koyduğu kayıda oturmasına müsaade etmek mecburiyetindedir. Keza A vasiyetnamesinde vefatında cesedinin felan yere defnedilmesini ve o gün şu veya bu şekilde bir merasim yapılmasını veya yapılmamasını arzu etmiştir, muris terekesindeki naktinin devlet tahviline kalbini ve çocuklarının rüştü ne kadar bu tahvililerin bir bankada muhafazasını arzu etmiştir (3). Yine

- 1 Bu etüdün devamı müddetince «tevcih veya kazandırıcı muamele» tabirine tesadüf edilecektir. Müteradifen kullanacağımız bu tabirlerden maksadımız Almancadaki «Zuwendung» tabirini ifade eylemektir. «Tevcih veya kazandırıcı muamele» den murat bir kimsenin bir diğerine mameleki bir menfaat temin eden fiil veya muamelesidir; bu kazandırma ya bir tasarrufmuam elesi ile olur (bu mefhum hakkında bak. Dr. Kudret Ayitler, Medeni Hukuktan Tasarruf Muameleleri, 1953) mesela mülkiyetin nakli, alacağın temliki, borçtan ibra gibi veyahut da bir taahhüt muamelesi ile olur. Meselâ bir kimsenin herhangi bir akitle diğer bir şahsa karşı borç altına girerek o şahsa bir alacak hakkı temin eylemekte olduğu gibi keza tek taraflı hukuki fiil veya muamele de bir kazandırıcı muamele «tevcih» olabilir. Meselâ ölümle katılmış bir vasiyetname ile birisine bir kıymet verme hâdisesinde olduğu gibi. (Hıfzı V. Velidedeoğlu, Medeni Hukukun Umumi Esasları 1951, S. 289). Böyle bir muameleyi yapan mukabil bir ivaz almazsa ortada ivazsız bir kazandırıcı muamele (= teberru) mevcut olur. Hibe ve ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi, von Tuhr Ziegwart Bd. I. 189, 193. Arsebük, Borçlar C/I S. 292. Göktürk, Miras 1947, S. 618 (III. a ,1), Oser Schöneberger, Borçlar Hukuku Tercüme eden Recai seçkin) Önsöz.
- 2) Oser/Sch. Art. 245 No. 4, Liebisch. S. 31, Schmid. 43
- 3) Yargıtay H. U. H. 7/3. 1951, 89/30; keza benzer bir hal Blatter für Zür. Rechtsprechung. 1933. S. 311.

muris bıraktığı vasiyetnamesinde her sene bir hastahaneye muayyen bir meblâğın verilmesini emretmiştir. Muris bu tasarrufları ile herhangi muayyen bir kimseye bir menfaat sağlamak istemiş olmayıp daha ziyade hayri insani veya şahsi gayeler takip eylemiştir. Gerek hibe mukavelesine ve gerek ölüme bağlı tasarruflara konan bu gibi kayıtların hukuki mahiyeti nedir? Bunlar kendilerine tahmil edilen kimseler aleyhine ne gibi bir borç doğurur?

Gerek hibe mukavelesine ve gerek ölüme bağlı tasarruflara konan bu nevi kayıtlara hukuk edebiyatında "Mükellefiyet" (= Auflage, Charges) denir. Bu kaydın esas hususiyeti, kendisine tevcih yapılan bir kimsenin, bunu yapma hususunda bir taahhütü bulunmadığı halde bu kaydın hukuki bir müeyyideden istifade eylesidir. Bir mukavele karakterini haiz olan hibe ve miras mukavelesinde mevcut olabilecek bu arzunun diğer tarafı bir borç altına soktuğu o kadar sarıh olarak gözükmemekte isede (Zira burada mükellefiyet akti unsurla birlikte) tek taraflı bir hukuki muamele olan vasiyetnamelerdeki mükellefiyetlerin, bu ilzam edici karakteri pek barizdir. Vasiyetname ile, muris, hattızatında bir kimseye sadece bir menfaat temin etmek istediği ve ondan herhangi mukabil bir vaad almadığı halde, muris, tek taraflı iradesiyle musaileyh veya mansup veya kanuni mirasçıyı bir mükellefiyet altına sokmaktadır.

Mükellefiyet karakterini haiz kayıtların şu esaslı hususiyetini göz önünde tutmak lâzımdır: Bunlar bir tasarrufa konmuş muris veya vahi bin sadece arzu, temenni ve nasihatlarından ibaret şeyler değildir. Çünkü temenni, nasihat ve arzu şeklinde tezahür eden irade beyanları, diğer tarafı hukuken ilzam etmez. Bunlar, nihayet, ahlâki bir müeyyideye sahip olup, hukuki bir müeyyideden mahrumdurlar. Burada mevzubahis olan ve mükellefiyet vasfını haiz kayıtlar, muris veya vahi bin tarafından, yapılması behemahal arzu edilen ve bununla beraber hukukî muamelede mukabil bir eda karakterini haiz olmayan emirlerden ibarettir. Borçlar hukukunda, bir kimsenin bir taahhüdü olmadan, hukuki bir muamele neticesinde, borç altına girmesi mevzubahis olamaz. Karşılıklı hukuki muamelelerde bir eda ve bir mukabil eda vardır. Hibede ise mevhubünle h'in yapacağı mukabil bir eda yoktur. Keza ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetname ile bir teberru alan, bir şey yapmayı vaadetmiş değildir. Buna rağmen mevhubinileyh veya musaileyh kendilerine tahmil edilen bu mükellefiyetleri yapmak zorundadırlar ve bu mükellefiyetler adli himayeye mazhurdır (MK 462, BK 240).

II — **Mükellefiyetin mahiyeti** : Mükellefiyetin mahiyeti ve onun tat-

bik sahası hakkındaki münakaşalara (4) girmeden müsbet hukukumuz bakımından mükellefiyetin mevkiini tayin edelim. Türk ve İsviçre kanunlarında mükellefiyet hakkında, şart ve ecelde olduğu gibi, bütün hukuki muameleler şamil bir hüküm mevcut değildir. Keza Alman medeni kanunun da da durum böyledir (5). Kanunumuz sadece ivazsız tevcihlerin mevzubahis olduğu üç yerde mükellefiyetten bahis etmiştir. Bunlardan birincisi tesise mütedair olan MK 79, diğeri MK'nın ölüme bağlı tasarruf nevilerine mütedair olan 13 üncü fasılda 462 inci maddesi, diğeri üçüncüsü de borçlar kanununun hibeye dair olan 7 inci babının 240 inci maddesidir. Dikkat edilecek olursa vazi kanun, mükellefiyeti sadece ivazsız hukuki muameleler vesilesile mevzubahis etmiştir. Bununla mükellefiyet müessesesinin ancak ivazsız tevcihlerde kabili tatbik olduğuna işaret etmek istemiştir. Esasen ivazlıhukuki muameleler ilâve olunan kayıtlar o hukuki muamelenin (Mukavelenin) normal hükümlerinden olup böyle bir kaydın yerine getirilmesini istemek mukavele hükmünün yerine getirilmesini istemek demektir. Binnetice ivazlı akitlerdeki bu kayıtlara, bilâhère tetkik edilecek olan mükellefiyete has hükümler tatbik edilmeyecek ve onlar hakkında sadece borçlar hukukunun hükümleri tatbik olunacaktır. Binaenaleyh, bir hukuki muamelede ki kayıtların bir mükellefiyetmi yoksa mukavele kartlarından birini mi mevzubahis olduğunun tayini hâyâti bir ehemmiyete haizdir.

İvazlı hukuki muamelelerin mahiyetinin hukuki manada bir mükellefiyeti ihtiva eylemesine mani olmadığını iddia edenler vardır (6). Buna misal olarak son Dünya harbinde beynelmilel ticari alışverişlerde cari olan (SSS) şartı zikredilmektedir. Bu kayde göre ticari bir emtiayı ihraç kasıtle satılan bir müşteri bu malı muharip bir hükümete satması Memûl mutavassıt devletlere satmamak zorundadır. Bize göre ivazlı bir hukuki muameleye ilâve olunan her kayıt ehemmiyet derecesi ne olursa olsun mukavelenin şartlarındandır.

Kanunumuz üç yerinde mükellefiyetten bahseylemiş olmakla beraber bu müessesenin mahiyeti hakkında bir şey söylemiş değildir. Gerek hibede olsun, ve gerek Ö. B. T, da olsun mükellefiyet hep aynı müessesedir, Bununla beraber, müeyyidenin mahiyeti ve kaynağı bakımından hibedeki mükellefiyet miras hukukundaki mükellefiyetten bir başkalık arzeder, çünkü hibedede mükellefiyet, ona bir mukabil ivaz vasfı verilmiş olmadan bir ifa vadi mevcuttur. Keza miras mukavelesinde de böyle akti bir unsur

4) Stüfel, Privatrechtliche Auflage. 1933. S. 33; Herzer, Erbrechtliche Auflage 1941. S. 42.

5) Lanwer, Vermachtnis und Auflage im BGB, S. 8

6) Reichel, Hans. Archiv für die Civilistische Praxis 1927, S. 273; Herzer, S. 42.

vardır. Bir vasiyetnamenin ihtiva ettiği mükellefiyet de ise böyle bir eda vaadi hiç bir bir surette mevzu bahis değildir.

Ettüğümüzün mevzuu olan Ö. B. T. daki mükellefiyetin mahiyetini onun medeni kanundaki mevkiinden çıkarmak icap edecektir. MK'nın mirasa mütedair olan üçüncü kitabının 14 üncü babı ölüme bağlı tasarruflara mütedairdir. Bunun üçüncü faslında "Ölüme bağlı Tasarrufların suretleri" (ki biz buna ölüme bağlı tasarruf neveleri veya maddi manada ölüme bağlı tasarruflardiyeyeceğiz). 4 üncü faslında da "Ölüme bağlı Tasarruf Şekilleri" (ki biz buna şekli manada Ö. B. T. da diyebiliriz) bağlanmıştır.

Murisin, vefatından sonra yapılmasını arzu ettiği hususlar ölüme bağlı tasarrufun mevzuunu teşkil eder. Muris tarafından yapılması arzu edilen şeyler ekseriya bir tevcih (= Zuwendung = Kazandırıcı muamele) (7) vasfını haizdirler. Bu takdirde ya tasarruf terekeden alınacak mameleki bir kıymetin bir halefe (cüz'i veya külli) gitmesini istihdaf eder: Mirasçı nasbı mal vasiyeti adı ve fevkâlâde ikame gibi. Veya bir tevcih (= Zuwendung = kazandırıcı muamele) hükmünü tazammum etmeyen tasarruflardan ibarettir. Bu son halde herhangi bir kimsenin mameleki iktisadi bir artış göstermemektedir: Şart, mükellefiyet, tesis, mirasdan iskat ve taksim kaideleri vaz'ı bir iradeyi tenfiz memurunun tayini gibi. Bu iki grup tasarruflara ölüme bağlı tasarruf neveleri veya maddi manada ölüme bağlı tasarruf denir MK 461 - 474. Bu manadaki tasarruflardan bahis tir (8). İşte üzerinde durduğumuz "Mükellefiyet" te bu maddi manada bir tasarruftur yani ölüme bağlı tasarruf nevelerinden birisidir.

Kanun "Ölüme Bağlı Tasarruf" tabirini daha başka bir manada kullanır, oda maddi manadaki bir tasarruf nev'ini ihtiva eyleyen hukuki muamele veya vesikadır ki buna "Şekli manada Ölüme Bağlı Tasarruf" demek mümkündür. MK 478 - 496 da bu manadaki tasarrufları hükme bağlanmıştır. Bunlarda miras mukavelesiyle vasiyetnameden ibarettir.

Miras hukukunda iki mükellefiyet, yani maddi manadaki ölüme bağlı bir tasarruf olan mükellefiyet MK 462 de hükme bağlanmıştır. Bu maddenin ilk manası şudur ki; ölüme bağlı tasarruflarla "mükellefiyet"ler ihdas edilebilir. Bizzat mükellefiyet bir miras mukavelesi veya bir vasiyetnamenin muhtevasını teşkil edebilir. Böyle bir hüküm mevcut olmasaydı, hukukun diğer uumi prensipleri bu müessesenin ihtasına cevaz vermiyecekti. Zira ölüme bağlı tasarrufları kanun tahdidi olarak saymıştır. Kanunun ön göremediği bir tasarruf nev'i ihdas olunamaz (9). İşte mü-

7) Tuor 1952 S. 91 NI Escher S. 81

8) Tour S. 91, 198 N 8; Avni Göktürk S. 621.

9) Tuor S. 198 N 4; Escher S. 204; Huber Erläuterungen S. 367

kellefiyetin bizzat kendisi ölüme bağlı bir tasarruf nevidir. MK ölüme bağlı tasarruf nevilerini B - H harfleriyle göstermiştir.

**III — Mükellefiyetin Karakteristiği:** Mükellefiyet diğer ölüme bağlı tasarruf nevilerinden farklıdır. Bunlardan “mal vasiyeti” ile “mirasçı nasbında” muris mameleki bir kıymetin musaileyh veya mansup mirasçıya intikalini kast eder halbuki mükellefiyette bu iki mamelek arasında bir kıymet kaynaması gaye değildir. Şayet bu tasarrufun muhtevası mameleki bir kıymete müteallik ise, bu kıymetin muayyen bir kimsenin mamelekine intikali istihdaf olunamaz. Bu kıymet sadece muayyen bir gayeye tahsis olunmuştur. Meselâ, terekeden alınacak bir meblağın (10) fakirlere tevziinde veya muayyen bir meblâğın ilmi araştırmalar yapacak teşekküllere (11) tahsis olunmasında durum böyledir. Buralarda tevcih muayyen bir kimseye değil, belki muayyen bir gayeyedir. Bu gaye münasebetile mevzubahs olacak kimselerin mâmelekine bir kıymetin intikali gaye değildir. Beiki bu gayeye erişmek için bazı kimselerin mamelekleri bir şeyler alacaklardır. Fakat bu doğrudan doğruya muris tarafından arzu edilen netice değildir (12) (13).

**III — Tarif ve Karakteristik Vasıfları :** Bir mükellefiyette her hangi bir şahıs bir alacak hakkı iktisap etmiş olmaz. İşte bu hususu tebarüz ettirmek için BGB (§ 1940) mükellefiyeti şöyle tarif eder : “Muris vasiyetname ile varislerine veya bir mal musaileyhine, bir başkasına bir alacak hakkı tevcih eylemeksizin, edalarda bulunma vazifesi tahmil edebilir.” BGB nin bu tarifi tam değildir. Tarifteki “Eda” tabirinden ne kast olunmaktadır? Bu cihet vazih değildir. Enneccerus - Kaipp'e göre” mükellefiyet ölüme bağlı öyle bir muameledir ki bununla bir kimseye muayyen bir gaye için, bir şey yapma ve yapmama vazifesi tahmil olunur. Bununla beraber bir başkasının bu edayı kendisi için talebe hakkı yoktur” (14).

- 10) R. G. 96. S. 19: Bu karar da 30.000 DM'ın ..... dağıtılması arzu edilmişti; BGE. 76.II.209; burada da, bırakılan bir köşk o civardaki bir kilisenin rahiplerinin istirahatına tahsis olunmuştu.
- 11) Fikrimize göre 5.9.1938 tarihli Atatürk'ün vasiyetnamesinin No: 6 bentteki «Her sene nemadan mütebaki miktar yarı yarıya Türk Tarih ve Dil Kurumlarına tahsis edilecektir» kaydı, araştırma maksadı ile konmuş bir mükellefiyettir. Vasiyet olunanın iyileşmekte olan hastaları istirahatına tahsis olunması: J. Z. 22.5.359 No: 302
- 11) Escher Art 482 N 13, Tuor 482 N 6, Enneccerus - Kipp Bd III. S. 405, Crome Bd V. 501,
- 13) İşte bundan dolayıdır mükellefiyetin ilk adı «Zuwendung unter Zweckbestimmung», «Endzweck» veya «Verwendungsbestimmung» dir: Planck S. 600, Pernice, Kabeo III. S. 1,
- 14) Enneccerus - Kipp Bd. V. S. 405.



Escher - göre "Mükellefiyet öyle bir ölüme bağlı tasarruftur ki, bununla bir kimseye muayyen bir gaye için bir şey yapmak veya yapmamak vazifesi tahmil olunur. Bununla beraber bundan müteneffia bir alacak hakkı doğmaz" (15).

Tuor'a göre "Ölüme bağlı bir tasarrufla kanuni veya mansup bir mirascıya veya bir mualeyhe tahmil olunan bir şey yapma veya yapmama vazifesi olup bundan bir ifa alacağı değil bir ifayı talep hakkı doğar (16). Herzer'e göre mükellefiyet "muhtevası bir gayeye mütevaccih olan bir vazifeden ibaret, ve sadece bir ifayı talep hakkı bahşeden ölüme bağlı bir tasarruf nev'idir" (17).

Hemen hemen aynı olan bu tariflerden mükellefiyetin unsurlarını çıkarmak mümkündür :

a — evveciimde bir gaye hükmüdür. Bununla muris bir gayeye erişmek istemektedir. Ve tevcih'de bu gayeye yapılmaktadır. Takip olunan bu sayenin behemahal hayri, insani veya ilmi olmasına lüzum yoktur (18) Bundan başka bu gayenin pek sarih olarak tâyin edilmesine de lüzum yoktur. Gayenin umumibir surette gösterilmesi Meselâ bir meblân hayır-hahane maksatlarla sarfedilmesinin veya iki gencin tahsil masrafının ödemesinin arzu edilmesi kâfidir hattâ Zurich yüksek mahkemesi ekalliyet rey'i bir kimsenin şu şekilde yazılmış olan tasarrufunda bir mükellefiyet halî görmek istedi: "Ana tarafımdan gelen mallarımı vasiyet ediyorum musailihlerin isimleri yatak odamdaki çekmecededir". Bu isimleri muhtevi olan liste ise imzasız ve tarihsiz idi. Bu itibarla vasiyet olarak muteber değildi. Fakat ekaliyet rey'i, burada bir mal vasiyeti yoksa da bir mükellefiyetin mevcut olduğunu iddia etmek istedi. Çünkü mükellefiyet lehdarını bir üçüncü şahıs ta tâyin edebilir ve binaenaleyh murisin imzasız bir yazısında bir lehdarı tâyine kâfidir, demek istedi (19).

Gaye muris tarafımdan tâyin edilmelidir. Fakat müstefidin kim olacağını tâyini vasiyeti tenfiz memuruna bırakılabilir. Federal Mahkemesinin ictihadında böyledir. (21) Bu bakımdan mal vasiyeti ile ehemmiyetli bir fark gösterir. Mal vasiyetinden müsaileyhi behemahal varis tâyin eylemelidir. Bunun tayinini ne vasiyeti tenfiz memuruna ve ne de üçüncü bir şa-

15) Escher Art 482 N. 13.

16) Tuor Art 482 No. 6.

17) Herzer S. 40.

18) No. 22 - 24 de zikredilen yerlere ve kararlara bakınız. Keza Blanck Bd. V. S. 600, Windscheid - Kipp Bd III. S. 719, Lanwer S. II, Escher Art 482 No. 16.

19) Blatter für zürcherische Rechtsprechung. 1902. S. 311

20) Escher Art 482 No. 16

21) BGE. 76. II. 207

hısa bırakmak caiz değildir (22) Gayenin yüksek gayeler olmasına lüzum yoktur. Murisin şahsi endişeleri egoist arzuları mükellefiyet gayesi olabilir meselâ murisin vefatı halinde yapılacak muamele, varislerin bazı hususlardaki hareket tarzları hakkındaki emirlerde böyle egoist bir gaye bulunabilir.

b — Tariflerden çıkan ikinci unsurda mükellefiyetin mahiyetinin “bir vazife” den ibaret olduğudur. Bununla beraber bu tabirden ne kastolunduğu sarıh değildir. Sureti umumiyede vazifeden müeyyidesi hem ahlâk ve hem de hukukta bulunan bir hareket tarzı anlaşılır. Buna göre vazife, hukuk nizamı tarafından ferde verilmiş ve onun tarafından riayeti lâzım gelen bir emirden ibarettir. Hukuki bir vazifenin ahlâki bir vazifeden farkı onun, her zaman müessir olmasa bile, devlet kudretiyle (Cebri icra, Zarar ziyan ve ceza) yerine getirilmesindedir. (24). Mükellefiyetin bünyesi hukuki mânadaki vazife tabirine uymaktadır. Zira mükellefiyetin bir unsurunda onun cebri karaktere haiz olması ve icabında onun için devlet kuvvetine müracaat edilmesidir.

c — Mükellefiyetin sonuncu hususiyeti de bundan herhangi bir kimse lehine alacak hakkı doğmamış olmasıdır. Alman medeni kanunu § 1940 bunu sarıh surette ifade eylemiştir. Gerek İsviçre ve gerek Türk medeni kanunlarında böyle sarıh bir hüküm yoksa da ileride tafsilen görüleceği veçhile bizdede mükellefiyet herhangi bir kimse lehine alacak hakkı ihdas eylemez.

---

22) BGE. 68. II. 166, 67. II. 207

23) Bizzat masaaleyhin haline uygun bir tahsil ve terbiye görmesi (BGE. 66. III. 67) veya musaleyhin, kendine tevcih edilen kıymeti idare edemeyeceği düşüncesi ile buna bir müddet el sürmekten ictinap etmesi lüzumu (Blatter für Zür. Rocht No. 33 S. 311); BGE. 50. II. 456. vasiyet olunan malın propaganda işleri için tahsisi (BGE. 46. II. 229).

24) BGE. III. 65; Von Tu r/Siegwart, Schweizerischen O. R. S. 10, Allgemeiner Teil des BGE. S. 94.

### § 3 Bir mükellefiyetle alakalı kimseler

Ölüme bağlı bir tasarruf sureti umumiyede üç gurup şahsın mevcudiyetini tazammun eder. Fakat, mükellefiyetin mükellefi tarafından ademi ifası takdirinde bir dördüncü gurup insanlarda mevzuubahis olacaktır. Ve nihayet icabı halinde mükellefiyete itiraz edebilecek olan bir beşinci gurupta kabili tasavvurdur. Onlarda sunlardır. : 1 — Muris 2 — Mükellefiyet mükellefi 3 — Mükellefiyet muhatabı (müstefidi) 4 .. Mükellefiyetin yerine getirilmesini istemeğe selâhiyetli olanlar

1 — Muris : Kanun (Mk 462) "muris vasiyetinde veya miras mukavelesinde bazı mükellefiyetler ve şartlar koyabilir" demektedir. Kanun bu ifade ile murise yapacağı ölüme bağlı bir tasarrufa bir mükellefiyet ilâve etmek, daha doğrusu muhtevası bir mükellefiyetten ibaret olan bir ölüme bağlı tasarruf nevini yapmak müsaadesini vermektedir. (1). Bu maddeye tekabül eden İMK 482 nin Almanca metnine göre "muris tasarruflarına şart ve mükellefiyetler ilâve edebilir" (2) Fransızca metne göre "tasarruflara şart ve mükellefiyetler tahmil olunabilir" (3) denilmektedir. Her şeyden evvel bu metindeki "tasarruflar" sözüne dikkat etmek lâzımdır. Maddenin kanundaki mevki nazarı itibara alınacak olursa bunun "Ölüme Bağlı Tasarruf" olduğu şüpheden arı bir surette anlaşılır. (4) Fakat Yukarıda birisi maddi diğeri şekli manâda iki nevi ölüme bağlı tasarruf vardır. İMK nin kastetmiş olduğu tasarruf bunlardan hangisidir? Kanunun bu ifade tarzı gayri vazıhtır. (5) Fransızca da gréver = tahmil tabirinden burada maddi manâda bir ölüme bağlı tasarruf (Tasarruf nev'i) kastedilmiş olduğu söylenebilir. Zira gréver = tahmil tabirinden vaki bir tevcihin kıymetini azaltan bir manâ vardır. O halde ortada bir kıymetin yer değiştirmesi mevzuubahis olmalıdır ki bu onun kıymetini azaltsın veya tehdit etsin. Saniyen fıkrada mükellefiyetin

- 1) BK. 244 vahiye de yaptığı tevcihe böyle bir mükellefiyet ilâvesine müsaade eylemektedir. Keza MK. 79/II dolayısı ile birtasisi yapana da bu yetkiyi tanımaktadır. Kanunun sarih olarak ön görmediğe hallerde mükellefiyet ihadası mümkündür değildir. Mükellefiyet yalnız hususi hukuk sahasında değil amme hukuku sahasında da mümkündür: Sulzer Bedingung und Auflagen, Ein Beitrag zum allgeminen Teil des Verwaltungsrechts Zürich, 1919.
- 2) «Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen...»
- 3) «Les dispositions peuvent être grévées de charges et de conditions...»
- 4) «Curti - Forrer Art 482/1
- 5) Escher Art 482 N 15, Krayenbühl 78

“bizzat tasarrufun hüküm ve netice tevlidinden itibaren icraası istenebilir” demektedir. Almanca metin daha sarihtir. Ona göre “Bizzat tasarruf tenfiz edilir edilmez mükellefiyetin icrası istenilebilir”denilmektedir (6). Bir ölümle bağlı tasarrufun tenfizi demek, ortada bir mal vasiyeti varsa onun teslim edilmiş olması bir mirasçı nasbı varsa mirasçının terekeye vazı'ye eylemesi demektir. Bu ise tasarruf sözünden “Tasarruf nevelerinin” kastedildiği manâsını tazammun eder. Netekim bilumum müellifler bundan tasarruf nuevini anladıkları gibi (7) federal mahkemede böyle anlamaktadır. (8) Esasen mükellefiyetin doğuş ve inkişaf tarihcesi de bize bunu göstermektedir. Yani ilk defa olarak mükellefiyet muayyen mal vasiyetlerine ilâve olunmak suretiye kendini göstermiştir (9). İsviçreli müellifler kanunu sadece gayri müstakil mükellefiyealer hakkında hüküm ihtiva eylediğini söylerlerken bundan mükellefiyetin ölüme bağlı tasarruf nevelerinden birisine bağlı olması lâzım geldiğini ifade eylemek istemişlerdi. BGB mükellefiyetin ya varislere veya musailylere tahmil edileceğini tasrih eylemiştir. (§ 1940)

Halbuki, İMK 482 bize tercüme olunurken yukarıda üzerinde durduğumuz tasarruf tabiri şekli manâdaki tasarruf şeklinde anlaşılmiş ve binnetice 462 de “Muris vasiyetinde veya miras mukavelesinde bazı şartlar ve mükellefiyetlerde koyabilir” demişti Tercüme esnasında bahis konusu olan “tasarruflar tabiri tavzih edilmek istenilmiş ve fakat bu suretle de asıl metinden inhiraf edilmiştir.

Bundan bir mahzur doğar mı? Biz bunu zannetmiyoruz. Zira, her ölüme bağlı tasarruf nev'i bir vasiyetname veya bir miras mukavelesinin muhtevasını teşkil eder, diğer bir tabirle, her mükellefiyet ya miras mukavelesinin veya bir vasiyeanamenin mevcudiyetini tazammun eder. Bu itibarla dırki, maddenin tercümesindeki bu fark mahzur tevlit etmeyecektir. Belki bir faideside vardır şöyle ki; İsviçreli ashna göre murisin bir mükellefiyet ihdası için onun birisine bir tevcihte bulunması yani birisine bir vasiyette bulunması veya birisini mirasçı nasp eylemesi lâzım olmuş gibi bir manâ çıkmakta (10), yani, bir müellefiyet ancak maddi manadaki bir ölüme bağlı tasarrufun mevcudiyetini zaruri kılmış gibi anlaşılabilir, Buna rağmen Doktorin (11) ve içtihat (12) murisin herhangi bir maddi

6) „Sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist...“

7) Tuor Art 482 N 15, Tuor Art 482 N 6. 19, Curti Art 482/2, Krayenbühl S. 78, Stifel S. 124

8) BGE. 76 II.207.

9) Teodor - Kipp S. 199, Sohm - Mitteis 236, Krayenbühl 68, Stifel 124

10) Escher Art 482 N 15, Tuor 482 8, Krayenbühl S. 78, Herzer 23,

11) Bundan evvelki nottaki yerlere bakınız

12) BGE. 76. II. 207/9

bir tevcih yapmamış olması halinde de şart ve mükellefiyet ihdas edebileceği hususunda müttefiktir. Böyle maddi manadaki bir tasarrufun fıkdanı halinde mükellefiyet mükellefi kanuni mirascılar olacaktır. Böyle ortada maddi manadaki bir ölümle bağlı tasarruf, bir teberrü mevcut oılmaksızın kanuni mirascılara tahmil edilen mükellefiyete müstakîl mükellefiyet denir işte kanunumuz belki de kasti olmayan bu ifade değişikliği ile bizde “müstakîl mükellefiyet”ler ihdasına doğrudan doğruya imkân vermiş bulunmak tadır. Zira “Muris vasiyetinde (Vasiyetnamesinde) veya miras mukavelesinde bazı mükellefiyet ve şartlar koyabilir” demiştir. Mezkûr madde, vasiyetname veya miras mukavelesiyle aynı zamandaki mükellefiyet mükellefine bir tevcihte bulunulması kaydını koymamıştır. O halde bir vasiyetname veya miras mukavelesinin muhtevası tamamiyle bir mükellefiyetten ibaret olabilir. Böylece İsviçrede Doktorin ve içtihatların kabul etmiş olduğu hal tarzı bizim için kanunun sarîh metni icabı mümkün olacaktır (13). BGB açık olarak ortada bir tevcih olmadan kanuni varislere bir mükellefiyet tahmil olunabileceğini ifade eylemiştir (§ 1940).

## II — Mükellefiyet mükellefi (borçlusu)

### 1 — Kanuni Mirascılar :

Mk. 462 ye tekabül eden İMK'nın 482 nci maddelerinde bunların kimler olacağı hakkında bir sarahat yoktur. Alman Medeni Kanununun (BGB) 1940 nci maddesi sarîh olarak ancak varislere veya musallahlara bir mükellefiyet tahmil olunabileceğini tasrih eylemiştir. Bizim kanunumuz ise, Alman Kanunu kadar değilse de, Mehaz kanunumuza nazaran daha fazla bir sarahati ihtiva eylemektedir. TMK 462 nci maddeye göre “muris vasiyetinde veya miras mukavelesinde” demek suretiyle bir vasiyetname veya bir miras mukavelesiniyle terekeden bir alacak, bir menfaat iktisap edeni, yani hem mensup mirascıyı ve hem musalehi anlamak istemiştir. Kanun bunların yanıbaşında, Alman kanununda olduğu gibi, kanuni mirascıları zikretmiş değildir. Fakat, buna rağmen, kanuni mirascılara da bir mükellefiyet tahmili mümkündür. (14) Kanuni mirascılar iki suretde bir mükellefiyet mükellefi olurlar. Birincisi kendilerine hususi hiç bir tevcih yapılmadığı halde yalnız murisin varisi olmalarından dolayı kendilerine tahmil edilen mükellefiyettir ki buna müstakîl mükellefiyet denir. Murisin varisi olmaları kendilerinin böyle bir mükellefiyetin borçlusu olmala-

13) Fikrimizce yargıtay H.U.H. 7/3/1951 t. ve 89/30 kararına vesile olan hususlar müstakîl mükellefiyettir (Tepeci 1952. S. 129).

14) Tuor Art 482 N 8, Escher Art 482 N 15, Hezer S. 23, Stifel S. 108, Kraysenbühl 78; BGE. 76.II.209.

rı için kâfidir. İfası mali bir külfeti mucip olan mükellefiyetlerde, varisin, terekeden bir kıymet veya hiç değilse mükellefiyetin ifasına yetecek kadar bir kıymet iktisap etmiş olmaları şart değildir. Hiç bir şey iktisap etmedikleri veya mevzubahs mükellefiyetin ifasına yetecek kadar bir kıymet iktisap eylememiş olmaları takdirinde bunlar, mükellefiyetle mülzem olmak istemiyorlarsa mirası usulü dairesinde red veya mükellefiyetin tenkisini talep etmekte muhtardır. Bununla beraber, mahfuz hisseli olan mirasçılara tahmil edilen mükellefiyetlerin mahfuz hisse miktarını aşmaması lâzımdır. (155). Mk 511 in kıyasen burada da tatbiki suretiyle, mahfuz hisseyi aşan bir mükellefiyetin bu nisbette iptali lâzımdır. Kendisine mükellefiyet tahmil edilen kanunî varisin yerine bir başka kanuni varisin geçmesi halinde ilk varisin yerine kaim olan ikinci veya müteakip kanuni varisler, aynı mükellefiyetin aynı surette, borçlusu ve mükellefidirler (16). Bununla beraber, bu son halde kaim olan varisin, mükellefiyeti şahsen ifa edebilir olması lâzımdır. Yani ortadan çekilen mirasçının şahsen ifa mecburiyetinde bulunduğu mükellefiyetler onun yerine geçen varise geçmezler (17). Bu hususta mühim olan, murisin arzu ve iradesidir. Mükellefiyet varislerin birisine tahmil olunabildiği gibi bir kaçına veya bunların tamamına da tahmil olunabilir. Bu takdirde onlar hisseleriyle mütenasiben mükellefiyetin ifasından sorumludurlar. Bu takdirde terekenin tamamını ilzam eden mükellefiyet vardır (18). Bu halde terekenin borçlardan dolayı varislerin müteselsilen sorumlu olduklarına mütedair olan Mk. 582 nin burada da tatbik edilip edilmeyeceği münakaşalıdır. Çünkü, acaba terekenin tamamını alâkadar eden bir mükellefiyetin mevcudiyeti halinde ortada 582 nci maddenin anladığı manâda bir borç varmıdır? Bu madde de "mütevaffanın borcu"ndan bahis olunmaktadır. Mükellefiyete nazaran daha kuvvetli bir duruma haiz olan ve bütün terekeyi ilzam eden mal vasiyetlerinden dolayı varisler hakkında 582. nci maddenin tatbik edilip edilmeyeceği münakaşalıdır. Tuor (19) Escher (20) mal vasiyetinde müteselsil mesuliyeti red etmektedirler. Bunlara göre evvel emirde muayyen bir mal vasiyeti murisin kendi borcu değildir. Saniyen teselsül ancak kanunun tasrih eylediği ahvalde tatbik olunur. (Bk 141/2). Bu itibarla mal vasiyeti

- 15) Escher Art 482 N 23 486 N 7, Tuor Art 482 N 10, Kraysenbühl 81, Federal Mahkeme vaki biriht ilâfda bu dâvacı mahfuz hisse sahibi olmadığı için reyini izhar eylememiştir. BGE. 76.II.211.
- 16) BGE. 76.II.209/210; RG. 96 S. 19.
- 17) Strohal Bd. I. S. 13 2, Lanwer 53
- 18) Enneccerus - Kipp Bd 5. S. 406, BG. § 2192, 2148.
- 19) Art 603 N 7
- 20) Art 603 N 4

borcu varisler arasında bir teselsül mucip olmaz. Fakat federal mahkeme bu fikrin hilâfına olarak muayyen mal vasiyetinde de teselsülü kabul etmiştir. (21).

Böyle olunca mükellefiyet hakkında da teselsülü kabul etmemek lâzımdır. Çünkü mükellefiyet murisin kendi fiilinden doğan bir borcu değildir. Bundan mada kanununun 582 nci maddesinde teselsülü mükellefiyet hakkında da tatbik için ortada bir sebep yoktur. Murisin vefatı halinde onun mameleki parçalamaktan ve vefat yüzünden alacaklının durumu zayıflatmaktadır. İşte kanun bunu telâfi etmek için varisler arasında bir teselsülü şart koşmuştur. Halbuki mükellefiyette hattâ mal vasiyetinde mükellefiyet müstefitinin veya musallieyhin durumu böyle değildir. Keza teselsülü mükellefiyet borcuna teşmile ve borçlar kanununun 141 nci maddesinin 2 nci fıkrası manidir (22).

Mirasçı bırakmadan ölen kimsenin varisi hazinedir (Mk 448). Yani hazine de kanunî varislerindedir. Bu sıfatla onada bir mükellefiyet tahmilî mümkündür (23). Mükellefiyetin mansup bir mirasçıya veya bir musalehe ait olupta bunların herhangi bir sebeple mirasçı olmamaları takdirinde bunların yerine geçen mansup veya kanuni mirasçılar veya musaleyh mevzu bahis mükellefiyetle mülzemdirler (24). Mk 466/2 mükellefiyet hakkında kıyasen tatbik olunur (BGB. 76. II, 205). Bu mükellefiyetin kanunî bir mirasçıya tahmil edilmiş olan mükellefiyet hakkında da tatbik olunur. Çünkü gerek vasiyet borcu ve gerek mükellefiyet borcu tahmil edilen mameleki takip eder. Bununla beraber mükellefiyetin bir şahsîlik vasfıda vardır. Ancak muayyen bir mükellefiyetin bizzat kendi tarafından yapılabilecek olan bir mükellefiyet, onun ortadan çekilmesiyle, başkasına intikal etmez. Mühim olan cihet bu husustaki murisin iradesidir (BGB. 76. II.205)

2) — **Mansup mirasçılardır:** Mansup mirasçı gerek terekenin tamamına ve gerek bir kesrine tevarüs eylemiş olsun külli bir varistir; Bu itibarla durumu kanuni mirasçılardan durumuna benzer. Binnetice mansup mirasçılar kendilerine tahmil olunan mükellefiyeti kanuni mirasçılar gibi ifa ile mükelleftirler. Muris nasbettiği mirasçıya mirası üçüncü bir şahsa devretme kulfetini tahmil edebilir. Bu şahsa namzet denir. (Mk. 468) Muris bu namzede de mükellefiyet tahmil edebilir. Bu namzede tahmil edilen mükellefiyetin şumul ve muhtevası 468 nci maddenin 2 nci fıkrasının derpiş etmiş olduğu memnu hale dokunmamalıdır. Namzede tahmil edilen

21) BGE. 59. S. 129

22) Stifel 110

23) Herzer 24, Lanwer 53

24) Enneccerus - Kipp Bd V. S. 406, Lanwer 53; BGE. 76.II.207/8

mükellefiyet ele geçen terekenin bir kısmını veya tamamını üçüncü bir kimseye naklini tazammun edemez. Muris nakil ile mükellef mirasçıya bir mükellefiyet tahmil etmeden de bunu namzede de tahmil edebilir (25).

3) — **Musaleyh:** Muayyen mal musaileyhine de bir mükellefiyet tahmil olunabilir. Hattâ tatbikatta en çok rastlanan da bu şekildir. (26). Mükellefiyet mükellefi olan musaileyh kanuni mirasçılardan birisi olabileceği gibi tamamen yabancı bir kimse de olabilir. (Mk, 462/2 464/2)

#### 4) — **Kanuni Musaleyhler:**

Bir kısım kimseler vardır ki onlar, ne müsaleyh ve ne de kanuni veya mansup mirasçı olmadıkları halde terekeden bir hak talep edebilirler. Bunlar müteveffanın vefatı zamanında onunla birlikte yaşayan ve onun tarafından beslenen kimselerdir. Bunların terekeden bir ay iâşe edilmelerini isteyebilirler. Bu nevi kimselere kanuni musaileyh denir (24). Bunlar da bir musaileyh gibidir. Muris isterse onları bu haktan mahrum edebilir. Mal vasiyetine benzer tarafları vardır. Binnetice bunlarda bir mükellefiyet tahmil olunabilir. Şukadar ki tahmil olunacak mükellefiyet iktisadi bir kıymet arzemesi takdirinde mükellefiyetin kendi haklarını izlah halinde bunun tenkisini tabele hakları vardır. (28).

#### 5) **Bir Miras mukavelesindeki karşı âkit :**

Mukavelevi mirasçılara da yani murisle bir miras mukavelesi yapmış olmadan dolayı mirasçı sıfatını alan kimseye de bir mükellefiyet tahmil edilebilir. Yalnız burada hem mukavele hem de miras hukuku münasebeti memzuç bir haldedir Mükellefiyetin bu mukavele münderacatından olması da varittir. Bu takdirde mükellef aleyhine hem akitten mütevellit dava hakkı hem de miras hukukuna has olan Mk. 462 nin bahsetmiş olduğu dava hakkı birlikte mevcuttur.

#### 6) **Tesis :**

Nihayet sonuncu bir mükellefiyet mükellefide murisin ölüme bağlı bir tasarrufla ihdasını arzu edeceği tesisidir. Filvaki muris Mk. 473 mucibince malının tasarruf nisabı dahilinde olan kısmını bir tesise tahsis ede-

---

25) Strohal Bd. I. S. 203, Lanwer 54

26) BGE 46.II.228, 68.II.155

27) Tuor Art 606, N 9, Escher Art 606 N 7

28) Herzer S. 25, Lawer 56



bilir. Bu suretle teşkil edilecek olan tesise de mükellefiyetler tahmil edilebilir. (Mk. 79/3) (29)

Hülâsa kendilerine muayyen bir mal vasiyeti tahmil edilebilecek olan herkese bir mükellefiyet tahmil olunabilir (30)

### III — Mükellefiyet muhatabı (müstefidi) :

Vasiyette buna "musailleh" denir. Ve ona daima mameleki bir menfaat temin olunur Medeni Kanunun 464/2 de mevzuubahs teberru tabirinin bunu ifâde eylediğini evvelce görmüştük. Halbuki mükellefiyete müde dâir olan Mk. 462 de bu vasıf mevcut değildir. Ekseri ahvalde mükellefiyet muhatabı da mükellefiyet edasından istifade eder Fakat mükellefiyet muhtevasının mali bir kıymet irae eylemesi zaruri olmadığı ve hiç bir iktisadi kıymeti olmayan edalar da mükellefiyet edası olabileceği için, bu nevi edaların muhatabına mütennefi demek doğru değildir. Çünkü mükellefiyetin muhtevası olan eda bir faydalandırma ve muhatabına iktisadi bir menfaat temin etme gayesini takip etmediği gibi, bazı mükellefiyet edalarında da böyle bir menfaat temini mevzuubahs değildir. Bu itibarla doktorinde mükellefiyet edasının karşı tarafında olan doğrudan doğruya ve dolayısıyla edanın kendisine gideceği kimselere daha umumî bir tabirle "Destinataire" (31) veya "Adresaten = Mürselünileyh" (32) demek mümkündür. Fakat alışık olduğumuz bir tabir olması dolayısıyla bir mükellefiyet edasından faydalanan kimseye mükellefiyet müstefidi demeyi daha muvafık buluyoruz (33). Mk. 8 göre her şahıs bir hak ehliyetine sahiptir. (34). Bununla beraber, kanun, miras haklarının iktisabını bazı tahdidata tabi tutmuştur. Bu da muayyen varisin mirasa ehil olması, yani ortada mirastan mahrumiyet veya iskat sebeplerinin mevcut bulunmaması lâzımdır. (Mk. 519 — ). Diğer taraftan, varisin murisin vefatında sağ olması lâzımdır (Mk. 522). Kendisine bir mal vasiyet edilen kimsenin buna hak kesbedebilmesi için, onun da mirasın açılmasında mirasa ehil olarak sağ olması lâzımdır. Aca-

29) Dr. Ziya Gün tarafından «İstanbul Üniversitesine yardım tesisi» namı ile ihdas ve Yargıtay H.U.H. nin 18.4.1945 T. ve 1282/796 (Tepeci 1945, S. 395) No. lu kararına vesile olan tesis senedinde olduğu anlaşılan ve kararda bahsi geçen şu kayıt bir mükellefiyettir: «taallukatına menafiden bir kısmının ayrılması şart kabilinden olup». Buradaki «şart» tabirinden «mükellefiyet» anlamak lâzımdır.

30) Tuor Art 482 N 10; Escher Art 482 N 23.

31) Tuor Art 484 N10

32) Herzer § 4 III. S. 27; BGE. II.205

33) Nitelim Escher (Art 482 N 18) ve Stifel (S. 111) «Auflage Berechtigter = mükellefiyet haklısı» tabirini kullanmaktadır.

34) A.B. Schwarz Borçlar Hukuk 1948 S. 178

ba aynı şartları mükellefiyet müstefitleri hakkında da aramak lâzım mıdır? Evvelce söylendiği gibi mükellefiyet müstefidi veya muhatabı ne varis nede bir musaileyhtir.. Fakat muhtevası iktisadî bir kıymet irae eden bir mükellefiyet edasında bundan istifade eden bir musaileyh durumundadır. Bir kimsenin bin liralık bir vasiyet musaileyhi olması ile bin liralık bir mükellefiyet edasının muhatabı olması arasında bir fark yoktur. Bu itibarla dırki mükellefiyed müstefidinin de terekenin açılması esnasında sağ olması şartını aramalıdır. (35) Eğer bu anda müstefit sağ değilse mükellef borcundan kurtulur.

Mirastan mahrumiyet sebebinin olmaması lüzumuna gelince; kanun musaileyh hakkında bu şartı aramaktadır. Diğer taraftan mükellefiyet müstefidinin durumu, musaileyhin durumuna nazaran, daha çok zayıftır. Buna rağmen bura da da bir mahrumiyet sebebinin ademi mevcudiyetini aramak doğru olacaktır. Bu husustaki ana hükmü 520 inci madde ihtiva eylemektedir. Her ne kadar bu maddenin birinci fıkrasında "aşağıdaki kimse-ler mirasçı olmayacakları gibi ölüme bağlı tasarrufta da mirasçı ve lehine vasiyet yapılan kimse olamazlar." denmekte ise de, maddenin gerek Fransızca ve gerek Almancası şöyledir: "aşağıdaki kimse gerek varis ve gerek ölüme bağlı bir tasarruftan herhangi bir şey (= etwaszu erwerben) iktisap edemezler." Mirastan mahrum olan, me haz kanununa göre, ölüme bağlı bir tasarruf yolu ile herhangi bir iktisapta bulunmayacağı halde bizim kanunumuz yalnız mirasçı ve musaileyhi nazarı itibara almıştır. Halbuki mükellefiyette de ölüme bağlı bir tasarruf nevi mevcuttur. Me haz kanununun bu nevi iktisaplara mani olduğu halde bizim kanunumuzun metninde bu şumul yoktur. Fakat kanunumuzun bu lafzı ifadesiyle bağlı kalacak olursak şu mahzurlu neticelere varacağız: Kendisi mirastan mahrum olan, bu itibarla ne mirasçı ve ne de musaileyh olmayacak olan bir kimse mükellefiyet yolu ile bir kıymet iktisap edebilecektir. Bu itibarla, Mk. 540/1 riaslı gibi anlayarak, mirastan mahrum olan bir kimsenin bir mükellefiyetten istifade edemeyeceğini de kabul etmek lâzımdır. (36).

Herkes bir mükellefiyet müstefidi olabilir. Hattâ hükmî şahıslarda bu münasebetle tesisi hatırlamak lâzımdır. Terekenin açıldığı zamanda henüz mevcut bulunmayan bir tesis dahi mükellefiyet müstefidi olabilir. Mirasçı olmak için terekenin açılması anında mevcut olma şartı burada yoktur. Kanun sarahaten burada bu imkânı vermektedir (mk. 473). Henüz mevcut olmayan bir tesis lehine ölüme bağlı tasarruf yapılabileceğini mezkûr madde sarahaten kabul etmektedir. Böyle olduğuna göre sonradan

35) Herzer, 26

36) Tuor Art 540/541 N 31, Herzer 27

teşkil edilecek bir tesisin mükellefiyet müstefidi olabileceği de pek tabiidir. Bazan böyle bir tesisin uzuvları tam olarak gösterilmemiş olabilir. Bu halde teftiş makamı bu noksanı ikmal eder (Mk. 76). Bazan murisin bir tesis teşkil eylemek istediği sarıh olarak anlaşılmayabilir. Bu takdirde mükellefiyet o gayeye en yakın başka bir tesis lehine yapılır. Bu halde gayri müstakil bir tesis nevi mevzu bahis olacaktır.

Hükmî şahsiyeti olmayan insan toplulukları da mükellefiyet müstefidi olabilirler. Bu takdirde sureti umumiyede mükellefiyetli tevcihler yani muayyen bir maksat için kullanılmak üzere yapılmış vasiyetler mevzu bahis olacaktır (Mk. 519/2) (37). Meselâ adi bir şirkete yapılan bir tevcihte tevcih olunan kıymetin şirkete çalışanlara ikramiye veya tazminat verilmek üzere tahsis edileceğinin kaydedilmesinde veya sakat olan müstahdemine bir para yardımında bulunulması kaydı ile bir meblâğın bir kumpanyaya tevcih edilmesinde durum böyledir. Bilhassa böyle sosyal bir gaye takip olunması halinde bir tesis teşkili maksada daha uygun düşebilir (38).

Mükellefiyet müstefidinin behemehal üçüncü bir şahıs olması da şart değildir. Bizzat murisin kendisi veya mükellefiyet mükellefi dahi müstefid olabilirler. Ve böyle bir mükellefiyet muteberdir. Meselâ murisin vefatında kendisi için muayyen evsafa mezar yapılmasını istemesi mezarının bakımı veya vefatında cenaze merasiminde yapılacak işler veya evrak ve yazılı metrukati hakkında murisin arzuları bu meyandadır. Keza mükellefiyet, mükellef lehine de olabilir. Meselâ, muris onun muayyen bir mesleğe girmesini veya ona bazı içtinapları emretmesi gibi. Edanın murisin veya mükellefin bizzat kendi lehlerine olması halinde ortada hakikaten bir mükellefiyet mi yoksa *nudum preceptum* denilen bir temenni veya (39) bir nasihat mı yoksa bir şart mı mevcut olduğunu iyice tetkik etmek lâzımdır. Müsterek hukukta mükellefin nefine olan mükellefiyetlere *modus simple* muris veya üçüncü bir şahsın nefine olan mükellefiyetlere de *modus qualificatus* denirdi (40). Bu tasnifin bu gün pratik bir ehemmiyeti yoktur.

37) BGB. 76.II.205; Escher Art 539 N 4, 6, Tuor Art 539 N 7, Krayenbühl 150; Benziger S. 25/26.

38) BGE. 76.II.203: Bu hâdisede muris köşkünü bir kilise mensubunun istirahatine tahsis etmiş buna mukabil her pazar kendisine bu kilisede dua edilmesi şartını koymuştur.

39) Endeman, mükellef lehine olan mükellefiyetlerin sadece bir nasihat veya bir temenni mahiyetinde olduğunu söyler (Krayenbühl'den S. 77); buna mukabil: Crame S. 503, Dernburg BGB. V. 242, Planck (1902) Bd. V. S. 30 No. 3, Strohal § 38 Not 8); Krayenbühl 77.

40) Schmidt 48

Nihayet son bir müstefit gurubu da hayvanlardır: Muris'in muayyen bir hayvana bakılması veya onun akibeti hususunda tasarrufuna koyduğu hükümler de mükellefiyetlerdir. Muris'in senenin muayyen mevsim ve günlerinde bazı hayvanlara yem verilmesini arzu etmiş olması böyledir (41). Bazı müellifler bu son halde hiç müstefit olmadığını söylerler (42). Hayvanlar mükellefiyetin hukuki müstefidi değil filî müstefidirler. Bir haktan ancak hukuken insanlar müstefid olabilirler. Hayvanlar lehine vazedilen mükellefiyetlerde haddizatında müteveffanın zevk ve arzusu mevzuubahisdir. Binaenaleyh bu takdirde de muris lehine mevzuu mükellefiyeti benzer bir mükellefiyet mevcuttur.

#### IV — Mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edebilecek olanlar :

##### 1) Genel olarak :

Ölüme bağlı tasarruflardaki mükellefiyetlerin icrası normal gaye olmakla beraber mükellefiyetin ademi ifası tasarrufun hükümsüzlüğünü icap ettirmez. Mükellefiyetli hibede vahip sağ olduğu için mükellefiyetin yerine getirilmesini bizzat kendisi vefatı halinde varisleri talep edebilirler (Bk. 241) (43). Halbuki miras hukukundaki mükellefiyetde müris ölmüştür. Mükellefiyetin ifası ile en ziyade alâkalı olan ortada yoktur. Bunun için kanun miras hukukundaki mükellefiyetin ifası için hususi ve nevi şahsına has hükümler vaz etmek mecburiyetinde kalmıştır. Roma hukuku mükellefiyetin icrasının talep edilebileceğini kabul ediyordu. Fakat Romadaki davanın mahiyeti, bugünkü modern hukuktaki davanın mahiyetinden farklı idi. Mükellefiyetin yerine getirilmesini temin için ya ona bir şart şekli verilir, veya mükellefiyet mükellefine bir Stipulatio mukavelesi ile ifa vadi yaptırılır idi. Ademi ifa takdirinde mükellefin bir para cezası vereceği kaydı konurdu. Bazan bu müeyyide manevî idi, mükellef yemin etmek suretiyle ifayı tahahhüt ederdi (44).

Müşterek hukukta da mükellefiyetin ifası ancak dolayısıyla idi. Şöyleki, varis mükellefiyetle yüklü olan muayyen mal vasiyetini mükellefiyet mükellefine ancak bir teminat mukabilinde verirdi. Mükellefin, mevzuubahs vesiyetin yerine getirilmesi hususunda açabileceği davaya (*actio legati*) ye karşı vasiyeti yerine getirmekle mükellef olan varise bir *exceptio*

41) Strohal Bd. 1.2.259, Enneccerus - Kipp. V. S. 406 z

42) Stifel 40

43) Oser/Schönenberger 246/2

44) Teodor Kipp S. 199, Sohm - Mitteis S. 236, Savigny, System Bd. III, S. 233

**doli** def'i veriliyordu. Umumun nefine olan mükellefiyetlerde alâkalı makamlara bu dava hakkı tanınmakta idi (45).

Alman Medeni Kanunu daha ileri giderek bazı kimselere mükellefiyetin ifasını talep hakkı tanıdı. Ve bunları ismen tayin etti (§ 2194). Bu maddeye göre mirasçılar, müşterek mirasçılar, mükellefiyet mükellefinin ortadan çekilmesi onun yerine geçecek olanlar, meselâ mükellefiyet mükellefi bir mirasçı ise ondan sonra gelecek olan mirasçı, mükellefiyet mükellefi bir musaileyh ise, hakkının artması memul olan müşterek veya namzet musaileyh veya mükellefiyetle yüklü olan vasiyetin yok olması ile bundan istifade edecek olan musaileyh" ifayı talep edebilirler.

Halbuki İsviçre ve ona imtisalen Türk Medeni kanununda davaya haklı olanlar böyle sarıh surette tesbit edilmiş değildir. Bilâkis, bu hususa mütedair olan 462 (İMK 482) nci maddenin 2 nci fıkrası vuzuhsuzdur. Filvaki madde "alâkadarlardan her biri mükellefiyetlerin ve şartların yerine getirilmesini isteyebilirler", demektedir.

Evvelâ şunu ilâve edelimki, icra davası yalnız mükellefiyet edaları hakkında mevzuubahs olur. Şartlar hakkında mevzuubahs olamaz. Binaenaleyh kanunun metnindeki ifa davasının şartlarada teşmil edilmiş olması bir zühul eseridir (46).

Burada mühim olan "alâkadarlardan herbiri" tabiridir. Fransızcada "tout interese" almanca "Jedermann" tabirlerinin karşılığıdır : Medeni kanunu başka yerlerinde de (47) bu nevi tabirler mevcuttur. Bunun manası nedir? Bu tabirin şümulü tatbik edileceği hale göre değişektir. Fakat Mk. 462/2 deki halde **en geniş manası** ile tatbik olunacaktır (48). Bunun sebebi de murisin takip ettiği maksat ve gayenin tahakkukunu azamî surette teminat altına almaktır. Bu itibarla, mükellefiyetin icrasını talep edecek kimsenin ifadan behemehal malî veya iktisadî bir faide elde etmesi şart değildir. Mameleki bir karakteri olmayan ve fakat haklı bir alâka ve meselâ manevî bir menfaat ezümle ahlâki bir menfaat de bir kimseye alâkah sıfatını verebilir (49). Bu itibarla Almanca ve Fransızca metinlerde kullanılan "interesse" tabirlerine nazaran Türkçe metindeki "alâkah" tabiri daha isabetlidir. Çünkü "interesse" tabiri iktisadî bir menfaati ilham eder gibidir. Türkçedeki "alâkah" maksadı daha iyi ifade eden

45) Dernburg, Pandekten Bd. III, 159; Windscheid S. 305, Savigny III S. 234

46) Tuor Art 282 N 23, Oser/Schönenberger S. Bd. S. 399 N 7 b, Herzer 86

47) Md. 42 «her alâkadar», 89/1 «her alâkadar», 100/1 «alâkadar olan herkes», 113/1 «alâkadarlardan her biri», 122/1 «alâkadarlardan herbiri», 294 «her hangi bir alâkadar», 416/3 «alâkadarlardan herbiri», 482/1 «alâkadarlardan herbiri».

48) Tuor Art 482 N 4, Escher Art 482 N 20

49) Tuor Art 482 N 14

bir tabirdir. Umumî anlayışa göre o kimsenin bu işe karışması muvafık görülüyorsa ortada haklı bir "menfaat" alâkasının mevcut olduğunu kabul etmek lâzımdır (50). Doğrudan doğruya olan bir alâka bir menfaat mevzuubahs olmalıdır. Mükellefiyetin icrasından dolayısıyla doğan menfaatler, bunun dışında kalmalıdır (51). Aksi takdirde davaya selâhiyetli olanların çevresinin çok genişletilmiş olduğunu götürür ki, kanunun meksadı böyle herkesin açabileceği bir dava hakkı bahşetmek değildir (52). İşte bundan dolayıdır ki İsviçreli aslı, "alâkalı herkes" demekle, alâkası olmayan kimseleri bundan hariç tutmak istemiştir.

Bu kimseler ifa ile doğrudan doğruya alâkalı kimseler olmalıdır. Filvaki insanî ahlâkî bedî bir gayesi olan mükellefiyetlerde alâkalılar zümresi pek geniştir. Böyle bir mükellefiyetle bir çok vatandaşlar alâkalıdır. Hattâ ifada, dolayısıyla, bir menfaatleri de mevcuttur. Bundan istifade eden bütün bir zümreye dava hakkı bahşetmek, biraz fazla iferi gitmek olur (53). Keza bizzat murisin istifadesini kastetmediği ve fakat buna rağmen mükellefiyetten bir istifadesi mevcut olan herkes davaya selâhiyetli değildir. Meselâ murisin kendisine bir mezar yaptırılmasını ve ramazanda ruhu için mevlût okutulmasını veya dinî bir merasim yapılmasını arzu etmiş olması halinde o civarda bulunan mezar inşacıları, mevzu-bahs dinî merasimi yapması memul ve pek muhtemel olan din adamları ifa talebinde bulunamayacaklardır. Bu gibi şahısların hiç değilse ismen zikredilmiş olmaları lâzımdır. Bir musaileyhe verilecek meblâğın onun rüş-tüne kadar bir bankada muhafaza edilmesi hususunda vazedilen mükellefiyette bütün bankaların bu mükellefiyetin yerine getirilmesini talebe hakları yoktur. Fakat aynı meblâğın muayyen bir bankada muhafazasına dair olan kayıta müellifler ihtilâf halindedir. Tour (54) daha ziyade böyle bir bankanın dava hakkı olmadığı, Kraysenbühl (55) ise olduğu reyindedir. Meselâ . . . . . 1938 tarihli Atatürk vasiyetnamesinde müşarünileyh, menkullerinin İş Bankası tarafından nemalandırılacağı hususunda bir kayıt ilâve etmiştir. Fikrimizce bu kayıt bir mükellefiyettir ve İş Bankasının bu mükellefiyeti yerine getirmesini talebe hakkı vardır. Münferit hallere göre mütealea etmek lâzımdır. Yine temyiz mahkemesinin bir kararına vesile olan bir vasiyetnamede muris henüz küçük olan çocuklarına isabet

50) Tuor Art 482 N 20; Fed ral Mah. varisler tarafında nsonradan kurulan ve muris tarafından tesisi düşünülmemiş olan bir tesise davâ hakkı vermemiştir.

51) Kraysenbühl S. 80

52) Escher Art 482 N 20

53) Tuor Art 482 N 14

54) Art 482 N 14

55) Kraysenbühl S. 81

edecek nakdin devlet tahvillerine kalbini kaydetmiştir. Burada hazinenin veya böyle bir tahvil bayiinin bu şartın yerine getirilmesini istemeğe hakkı olduğunu kabul güctür (56).

## II — “Alâkahlar” tabirine girenler :

1 — **Muris akrabaları.** Bu sıfatın mevcudiyeti ifa davası için kâfi olan muhik bir sebeptir. Bunun haricinde başka bir sebep aramağa lüzum yoktur. Bunların yanibaşında da murisin varisleri gelir. İsviçre Medeni kanununun esbabı mucibe lâyihasında kanunî mirasçılarda serahaften zikredilmişlerdir (57). Bu itibarla, sağ kalan eş diğer varislerden bir mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edebilir. Aynı hak mirasçılar lehine de mevcuttur. Ekseriya böyle bir dava musaleh aleyhine açılacaktır. Mükellefiyetin gerek mirasçılara ve gerek müsaileyhlere müstereken tahmil edilmiş olması halinde müsterek mükelleflerden birisi de diğerini ifaya zorlayabilir. Bununla beraber, bu nevi hallerde teşebbüs başka taraflardan gelir. Bir musalehde dava hakkına sahiptir. Bu kimsenin murise olan yakınlığı ondan almakta olduğu tevcih ile sabittir. Keza gerek adi ve gerek fevkalâde ikamede namzet de bu hakka sahip olmalıdır.

Mirasçılar gurubuna kanunî bir mirasçı olan (Mk. 448) devlet de dahildir. Bu hali devlet veya amme hükmî şahıslarının mükellefiyet mürselünehi oımaları halinden tefrik etmek lâzımdır.

Mirastan iskat halinde durum basittir. İskat edilen varis değildir. Bu durumda olan bir kimse artık bir mükellefiyetin yerine getirilmesini isteyemez. Bundan koruyucu iskat şekli hariçtir. Çünkü burada sırf iktisadî bir tedbir mevzu bahistir. Mirası reddeden kimseler artık murisin varisi değillerdir. Bu sıfatla mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edemezler. Fakat mirası reddeden varisle müteveffa arasında mevcut olan hisimlik münasebeti kendisine bu hakkı verebilir. Babasının mirasını herhangi bir sebepten dolayı reddeden ve ona hürmetkâr olan bir evlât veya eşe bu hakkı tanımamak doğru olmaz. Mirastan mahrum kimselerin bir dava hakkı olamaz. Meğerki muris tarafından affedilmiş olanlar.

Şunu da ilâve edelim ki Alman Medeni kanununun ikinci müzakeresi sırasında mahfuz hisse sahibi olan mirasçılara sarih olarak mükellefiyetin yerine getirilmesini isteme hakkı tanınmak istendi, bunun için bir teklif de yapıldı. Fakat bu teklif, haklarından mahrum edilmiş olan varislerin böy-

56) Yargıtay H.U.H. 7.3.1951 T. ve 89/30 No: lu (Tepeci 1952 S. 123)

57) Erlauterungen S. 392

lece murisin iradesini tenfize memur edilmelerinin murisin iradesi ile kabili telif olmadığı mülâhazasıyla red olundu (58).

2) **Mükellefiyetin ifasında iktisadî bir menfaati olanlar** : Her ne kadar mükellefiyet edası bir tevehh değil ve bu itibarla mükellefiyet edası müselineylehleri bundan sübjektif bir hak iddia edemezler. Fakat mükellefiyet edasından maddî bir istifade onun mahiyetine de aykırı değildir. O halde bu istifade 462 nci maddenin anladığı manâda bir alâkayı ifade eder ve ifa talebine hak verilir. Mükellefiyetten bir kasabanın muayyen vasıftaki çocukları, bir çocuk yurdundaki çocuklar, bir fabrikanın işsiz kalmış olan işçileri tekaüdiye sandıklarından tekâüt olanlar bu zümredendir. Bir kilise mensubunun istirahatı için yapılan bir mükellefiyette o kilisede çalışan papaz (BCE. 76. II. 205 ve 208 N. 5).

3 — Varis olmayan murisin hısımları, ezcümle, kardeşleri, yiyenleri baba ana veya büyük baba ve anaları mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edebilirler. Hattâ murisin akrabası olmayan dostu meslektaş, nişanlısı (59).

#### 4) **Amme Makamları** :

Umumun nefine olan mükellefiyetlerde ve meselâ devlet veya belediye faaliyet sahasına giren bir hususu teşvik için ihtas edilmiş olan mükellefiyetlerde amme makamlarına ifayı talep hakkı tanınmalıdır. Araştırmaları teşvik ve hayrî, insanî edebî, terbiyevî ve içtimâî neticeleri olan mükellefiyetler bu nevidendir. BGB umumun menfaatine hadim olan mükellefiyetlerin yerine getirilmesinde amme makamlarına sarahaten dava hakkı tanır (BGB 2194). Bu cihetin bizde de kabulü lâzımdır. Mezkûr makamlar, ifayı bittabi kendi faydalarına değil topluluğun mümessili ve vazifeleri icabı isteyeceklerdir. Mükellefiyetli hibede bu nevi mükellefiyetlerin ifasını talep vahiye ve onun vefatından sonra da alâkâli mercilere aittir. Bk 241/2. Miras hukukundaki mükellefiyet hakkında Mk da böyle bir hüküm yoktur. Bk nin ve BGB nin kabul ettiğini burada kabul etmek yerinde olur (60). Her ne kadar amme makamları Mk 462 ye nazaran ifa davasını açmağa selâhiyetli iselerde bu ancak zahiridir. Hattâ zatında mezkûr rakamlar bu davayı açmağa sadece yetkili değil, aynı zamanda vazifeleri icabı mecburdurlar da; Umumun nefine hadim mükellefiyetlerin ifasını aynı sahada çalışan hükmî şahıslarda talep edebilirler. Yalnız mükellefiyetten istifade eden hükmî şahıslar değil aynı coğrafi

58) Prot. 2. Lesung zum BGB Bd. V. S. 245/246 (Herzer'den S. 30)

59) Stifel 151

60) Kraysenbühl 82, Herzer 31, Stifel 154, Escher Art 482, Tuor Art 482 N 16 A. Gök-türk S. 620.



mıntıkada çalışan ve benzeri işlerle meşgul bulunan hükmî şahıs da böyledir. Meselâ muris ilmi kıymeti haiz bir koleksiyonu vasiyet eder ve fakat zaman zaman doğduğu şehir halkına teşhir edilmesini şart ederse bu şehrin her sakini deyilse de şehirde oturan bu gibi işle alâkalı bir cemiyet mensubu bir kilise (BGE, 76. II.205) hattâ bir koleksiyon meraklısı, ciddi bir amatorde bunu talep edebilir. Fakat aynı şehirde oturmakla beraber bu gibi şeylerle alâkalı olmayan bir kimsenin bu talebe hakkı yoktur (61).

**5) İradeyi (vasiyeti) tenfiz memuru ile tereke idare memuru : (62):** Muris isterse son arzularını yerine getirmek üzere bir iradeyi tenfiz memuru tayin edebilir. Sureti umumiyede bunun vazifesini bizzat muris tayin eder. Eğer bu muris tarafından tayin edilmemiş ise vazifesi, mütevaffanın arzularını yerine getirme, terekeyi idare, borçları ödeme mal vasiyetlerini icra, terekeyi taksimden ibarettir (MK 498/2). Maddedeki "mütevaffanın arzusunun yerine getirme" tabiri bizim için çok kıymetlidir. Bir varise veya bir müsaileyhe tahmil edilen mükellefiyetin yerine getirilmesini temin, vasiyeti tenfiz memurunun vezaifi cümlesindedir. O halde tenfiz memurları da ifa davasını açabilecektir (63). Fakat burada dikkat edilecek nokta şu ki, tenfiz memurunun bu hakkı MK 462 ye dayanmaz. Esasen tenfiz memuru bu maddenin anladığı manada bir alâkalı da değildir. Kanunun kendisine tahmil eylemiş olduğu vazifeyi (Mk 497, 498) ifa yolunda bir mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edecektir (64). İşte bundan dolayıdır ki esbabı mucibe lâyihasında tenfiz memurunun mükellefiyetin ifasını isteyecek alâkalılar meyanında sayılması (65) yanlışır.

#### 6 -- Terekeyi İdare Memuru :

Mk. 533 de "mirasın doğrudan doğruya idare" sinden bahsedilir. Bu

61) Escher Art 482 N 20, Tuor Art 482 N 16

62) Kanununumuz M 497 de Fransızcadaki «exécuteur testamentaire» tabirini «vasiyeti tenfiz memuru» diye ifade eylemiştir. Bu tabirin Almanca karşılığı «Willensvolstrecker = İradeyi tenfiz memuru» dur. Kaldığı Fransızca terimin doğru tercümesi «vasiyetnameyi tenfiz memuru» dur. MK. 498. Keza MK 498 ve 497 deki «vasiyetçi» tabir yanlışır. Bu tabir bir «mal vasiyeti» nin mevcudiyetini tazammun eder, halbuki hiç bir vasiyet yapmadan da bir «vasiyeti tenfiz memuru» tayini kabildir. Bu maddeler Almanca metninde «Erblasser = muris» tabiri kullanılmıştır. Bak. A. Göktürk S. 624.

63) BGE. 66.III.65

64) Tuor Art 482 N 16, Escher 482 N 21, Kraysenbühl 82, Herzer 32, Stifel 153/154

65) Erläuterungen S. 392

da Bir tereke idarecesini tazammun eder. 574 ncü maddenin birinci fıkrasında tasfiye için "memur" dan ikinci fıkrasında "tasfiye memuru" m-dan bahis vardır. 575 nci maddeye göre bu memurun vazifesi mütevaffanın işlerinin tasfiyesi borçlarının ifası alacaklarının tahsili muayyen mal vasiyetlerinin mevcuda göre ifası hak ve taahhütlerin mahkemece tesbit ettirilmesidir. Bu memurun bu vazifeleri meyanında mükellefiyetlerin yerine getirilmesini talep vazifesi de var mıdır? Şarihler buna müsbet cevap vermektedirler (66). Fakat Müellif Herzer (s. 33) terekenin tamamına tahmil edilmiş olan müstakil mükellefiyetler hakkında tereke idarecesine bir ifayı talep hakkı vermekle beraber gayri müstakil mükellefiyetler hakkında bunu kabul etmek istememektedir. Ona göre gayri müstakil mükellefiyetler hakkında da mezkûr memura bir dava hakkının tanınması mükellefiyetlerin muayyen mal vasiyeti ile beraber ayni muameleye tabi tutulmasını intaç edecek ve binnetice mükellefiyet borçlarını bir tereke borcu mertebesine çıkaracaktır. Halbuki mükellefiyet borcu bir tereke borcu değildir. Evveleminde aynı mahiyette olan müstakil ve gayri müstakil mükellefiyetleri ayrı ayrı muameleye tabi tutmanın sebebi anlaşıl-mamaktadır. Bu iki çeşit mükellefiyet, aynı mahiyeti haizdir. Birinin ifasını talep hakkı diğerinin ifasını talep hakkını da teviz eder. Kanun vasiyetin mevcuda göre ifasını emretmektedir. (MK 575). Her ne kadar mezkûr madde yalnız mal vasiyetinden bahis olup mükellefiyet mevzuubahs değilse de tereke yönünden kanaatimizce mükellefiyet borcu ile muayyen mal vasiyeti borcu arasında bir fark yoktur. Hilâfı tasarruftan anlaşıl-madıkça vasiyetlerin mükellefiyetlere terehi doğru değildir. Nitekim tenkide de aynı prensip caridir. Mal vasiyeti ile mükellefiyet arasındaki fark sadece bir kimseye bir alacak hakkı temin etmek veya etmemek bakımındandır. Tereke yönünden bin liralık bir masrafı mucip olan bir mükellefiyetle aynı miktardaki bir muayyen mal vasiyeti arasında bir fark yoktur. O halde tereke idarecisi veya tasfiye memuru mal vasiyetlerini yerine getirmekle mükellef olduğu kadar terekeye tahmil edilmiş olan müstakil mükellefiyetleri de icra ile mükelleftir (67). Müstakil mükellefiyetler hakkında kanundan çıkan bu netice bizi, gayri müstakil mükellefiyetler hakkında da aynı muamelenin yapılmasının kabulüne sevk-etmektedir. Çünkü bu iki nevi mükellefiyet mahiyet itibariyle aynıdır. Aynı tasarrufta müstakil ve gayri müstakil olmak üzere iki çeşit mükellefiyetin mevcudiyeti kabul olunursa bunlardan biri hakkında memurun selâhiyetini kabul ve diğeri hakkında ret mantıklı olmaz. Diğer taraftan;

66) Tuor Art 482 N 16, Escher Art 482 N 20

67) Escher S. 59, Stifel 153, Herzer 33

tereke idarecisinin durumu daha ziyade vasiyeti tenfiz memurunun durumuna benzer (68). Bu bakımdan iradeyi tenfiz memuruna tanınan hakları, tereke idare memuruna da tanımak lâzımdır, (69). Hatırlatalım ki tereke idarecisinin mükellefiyeti yerine getirilmesini talep hakkı kendisininin 462 nci maddedeki alâkalılardan olmasından dolayı değii bu onun resmî sıfatından dolayıdır. Keza bu bakımdan esbabı mucibe layihasında tereke idarecisinin de “alâkalılar” arasında sayılmış (70) olması doğru değildir.

---

68) Escher S. 85

69) Bununla beraber Stifel iradeyi tenfiz memuru ile tereke idare memurunun farklı mahiyeti haiz olduğunu, sonuncusunun vazifesinin tereke ile varislerini mameleklerinin birbirine karışmamasına mani olmaktan ibaret bulunduğuna, vazifesinin murisin faydasına değil varislerin faydasına olduğunu bununda tasfiye ile sona ereceğini halbuki iradeyi tenfiz memurunun daha ziyade murisin mümessili bulunduğunu ve binnetice tenfiz memuruna tanınan hakların tereke idare memuruna tanınmasının doğru olmadığını söylemekte ve binnetice bir vasiyet tenfiz edildikten sonra ona bağlı olan bir mükellefiyetin icrasını talebin mezkûr memurun vazifesi cümlesinden olmayacağını beyan etmektedir. Fakat bu fikir diğer şarih tarafından da reddolunmaktadır (Eschar Art 482/20 Tuor 482/6)

70) Erlauterungen S. 392.

**§ 4 — Ö. B. T. daki Mükellefiyetin, Benzeri Müesseselerle Mukayese ve münasebeti.**

Medeni kanunun iki. Borçlar Kanununun da bir yerinde mükellefiyetten bahsolanmaktadır. Bunun birincisi ve en mühimi hibede diğeri de tesislerdedir. Bunların ölüme bağı tasarruflara konan mükellefiyetlerle mukayese ve ondan tefriki zaruri olduğu gibi muhteva itibariyle mükellefiyete benzeyen diğeri müesseseleri bundan tefrik etmek lâzımdır.

**I — Mükellefiyetli Hibe :** Mükellefiyetli hibe BK 234-247 nci maddelerinde nisbeten etraflı bir surette hükme bağlanmıştır. Kanunun tarifine göre hibe öyle bir akittir ki bununla taraflardan birisi kendi muamelelerinden bir malı mukabil bir ivaz almaksızın, bir diğeri tevcih (Temlik) eyilemeyi taahhüt eder (BK 239). Her ne kadar 239 uncu maddeden, hibenin bir mukavele olduğu sarıh bir surette anlaşılıyorsa da bunun bir akit olduğu müteakip maddelerden vuzuhla anlaşılmaktadır 1).

Hibe ivazsız bir akit olduğuna göre vahibin kendi veya bir başkası lehine olarak ilave edeceği bir mükellefiyet aktin mahiyetini değiştirir mi? Bir kimseye 50.000 lira tevcih eyledikten sonra ona filan yere bir çeşme veya bir köprü yapacaksın veya ramazan aylarında şu kadar çocuğu giydireceksin demek hibenin vasfından olan ivazsızlık unsuriyle kabili telifmidir? Bahusus mükellefiyetin kıymeti, bütün hibe edilen kıymete yaklaşması ve hatta onuda tecavüz etmesi halinde buna hala ivazsız bir hukuki muamele demek doğru olur mu? yani hibe aktine ilave edilen mükellefiyet onun mahiyetini değiştiriyor mu, suali sorulmak icap eder. Romalılar bu nevi hibeye Donatio Sub Modo derlerdi ve böyle bir hibede yine bir hibe vasfı görürlerdi (2). Roma hukukunun bu görüş tarzı muvacehesinde mükellefiyetli hibenin bir hibe olmadığı kabul edilmek istenilmedi. Ortalama bir görüş tarzı mükellefiyetli hibe ye Datio Ob Rem ile hibe arasında bir hukuki muamele nazariyle bakmak istedi. Savigny'ye göre böyle bir hibede hem karşılıklı taahhütleri muhtevi akitlerin hemde bir hibe aktinin vasfı memzucdur. Hukuki muamelenin mükellefiyet hadine kadar olan kısmı ivazlı, ondan arta kalan kısmı ise ivazsız bir huku-

- 1) Oser-Schönenberger Art 239 N. 20, Becker 239 N 1, 2.; Göktürk, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım 1951. S. 412; Schmid, Die Schenkung 1900, S. 15; Ferih Tongsir, Bağışlama, İst. Kuk. Fak. Mecmuasında. Cilt: 18, S. 918 BGE. 45.II.145, 49.II.97, 52.II.288.
- 2) Savigny, System, Bd. 3. S. 229; Leonard, Institutionen S. 404, Kipp (Stammler S. 199), Sohm - Mittels 235/236.

ki muameledir (3). Müşterek hukukca kabul edilen bu görüş tarzı bugün terkedildi (4). Bu gün mükellefiyete rağmen, hukuki muamelenin temamına hibe nazariyle bakılmakta ve mükellefiyet nazari itibare alınmamak tadır. Buna göre mükellefiyet ne bir ivazdır nede bir mukabil edodir. Gerek BGB ve gerek Türkişviçre medeni kanunları bu fikirden hareket ederler (5).

Mükellefiyetin esas hukuki muamelenin mahiyetine ve vasfına tesir eylemediği mükellefiyetlide olsa böyle bir hibenin hibe olarak devam eylediği kabul olunduğu taktirde, ikinci bir mesele ortaya çıkıyorki oda, bir hibe muamelesine merbut olan bu nevi kayıtların ne zaman bir mükellefiyet ne zaman bir ivaz vasfını haiz olduğunun tayinidir. İvazla mükellefiyeti tefrik için Kriteriyüm nedir? Sübjektif bir görüş tarzına göre bunun taktiri akitiere bırakılmıştır. Bunların muamelenin yapılması anında mukabil yüke vermek istedikleri vasıf ve mahiyet esas ittihaz olunmalıdır. Fakat bütün münferit hallerde akitlerin neyi kasdetmiş oldukların sonradan tayini mümkün değildir (6). Buna mukabil objektif görüş tarzına göre ilave olunan mükellefiyetin bizzat kendisi esas olmalıdır. Eğer mukabil yük tevcih edilen maldan alınan bir kıymetle ifa edilecekse ortada bir mükellefiyet, eğer bu verilen maldan müstakil olan bir eda mevzuubah ise ortada mukabil bir eda var demektir (7).

Objektif görüş, mükellefiyetin her zaman mameleki bir kıymet arz etmediğini ihmal eylemektedir. Filvaki mameleki bir kıymet arzetmeyen şeylerde bir mükellefiyet mevzuu olabilirler: Bir şekli hareket, bir şeye tahammül, bir ihmalde bir mükellefiyetin mevzuu olabilir. Fakat bunlar tevcih edilen mal ile alakalı şeyler değildir. Bundan başka pratik hayatta münakaşasız mükellefiyet olduğu kabul edilen bir çok haller bu nazariyeye göre ivaz mefhumuna sokulmaktadır.

Ölüme bağlı tasarruflardaki mükellefiyet ile hibedeki mükellefiyet u müşterek karakteri haizdirler: Her iki halde de ivazsız bir tevcih (Te berrú) mevzuubahistir. Bununla beraber şu farkları vardır: Hibe tesirini vahibin hayatında gösterdiği halde ölüme bağlı tasarruftaki (Ö. B. T.)

3) Savigny System IV. 158. S. 103;

4) Bununla beraber Enneccerus - Kipp - Wolf Ed. II.1932, S. 444 mükellefiyetli hibeye karışık bir akit nazari ile bakar.

5) Oser/Schönenberger Art 245 N 4, Becker Art 246 N 2-4, Göktürk, Borçlar S. 415; Liebisch s. 31, Ferih Tungsir, İst. Huk. Fak. Mec. Cilt: 18, S. 919 Not 25; Stifel S. 119, Fick - Schneider Art 245 N 3.

6) Oser/Schön. Art 245 N 6, Planck - Knocke BGB & 525.III. Liebisch 31.

7) Hayman (Schenkung unter Auflage) S. 57 - 59 (Stifel S. 120. Not 19) Deurmann (entgeltliche Geschäfte 1912 S. 789 (Stifel S. 120 den).

mükellefiyet tesirini murisin vefatından sonra gösterir. Bununla beraber, tesirini vahibin vefatından sonra gösterecek hibe nev'ide vardır buna "Tenfizi vahibin ölümüne bağlı hibe" derler. Böyle bir hibede Ö. B. T. hükümlerine tabidir (BK 240/2). Böyle bir hibe hakkında tasarruf serbestisi şekil ve muhteva yönünden ölüme bağlı tasarruf hükümleri tatbik olur. Bu itibarladırki MK 461 ve müteakip maddeier hükmü burada da tatbik olunur (8). O halde tenfizi vahibin ölümüne tâlik edilen bir hibeye merbut mükellefiyet hakkında da MK 462 hükmü tatbik edilecektir.

Hibe, âkitlerden yalnız biri için borç doğuran bir akittir. Bu bakımdan ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnameden bir mahiyet farkı vardır. Yani hibe evvelemirde bir akittir, halbuki Ö. B. T. olan vasiyetname tanzimi tek taraflı hukuki bir muameledir. Hibenin bir akit oluşu onun hakkında Borçlar kanunu hükümlerinin tatbikini icap ettirir. Halbuki bir vasiyetnamedeki mükellefiyet hakkında doğrudan doğruya borçlar kanunu hükümleri tatbik edilemez.

Oser bir hibeye bağlı bulunan bir mükellefiyeti şöyle tarif etmektedir: "Bu, ivazsız bir tevcihe murtabit öyle fer'i bir hükümdür ki buna göre mevhubunileyh muayyen bir gaye için (her zaman olmamakla beraber ekseriya verilen meblâğdan alınan) bir edada bulunmak zorundadır" (9). Böyle bir mükellefiyetin yerine getirilmesi ölüme bağlı tasarruflara konan mükellefiyete nazaran ehemmiyetli hususiyetler arzeder. MK 462, alakalılarına sadece mükellefiyetin yerine getirilmesini talep hakkını verdiği halde, hibede mükellefiyetin yerine getirilmesi hibe mukavelesinin muhtevasına göre olur. Hibede mükellef olan mevhubun ileyh ifayı taahhüt eylemiştir; İfa mevhubunileyhin mukavelevi bir borcudur. Halbuki bir vasiyetname içerisindeki mükellefiyet için musaileyhin taahhüt eylemiş olduğu böyle bir borç mevcut değildir. Bununla beraber Ö. B. T. nev'inden olan miras mukavelesine konan mükellefiyetlerde durum daha başkadır. Burada da mükellefin bir taahhüdü mevcuttur (10). Bununla beraber, bir miras mukavelesindeki mükellefiyetin ifası hem MK 462 göre hemde borçlar kanununun umumi hükümleri mucibince talep edilebilir (11) burada akti dava hakkıyla mükellefiyetin icrasını talep şeklinde təcəlli eden MK 462 inci maddenin bahsettiği orijinal dava hakkı talahük halindedir. Hibede, mükellefin ademi ifası halinde, vahip, bizzat ifayı talep

8) Oser/Schön. Art 245 N 20; Escher II, 1, S. 85 N 7; Tuor 1952 S. 93/94

9) Art 245 N 3

10) Tuor 1953 S. 275 N 11,

11) Escher S. 283 N 9; Tuor 1953 S. 275 N 11

edebildiği halde, (BK. 241) ölüme bağlı tasarruflarda muris bu anda vefat etmiş olacağından bu imkana sahip değildir. Burada onun yerine ifa ile alakalı olan diğer kimseler geçer. Hülasa Ö. B. T. deki mükellefiyetlerin müeyyidesi hibedeki mükellefiyete nazaran daha zayıftır.

BK, hibedeki mükellefiyetin ifasını etraflı surette hükme bağlamıştır. Bu hükümler, mahiyeti ile kabili telif bulunduğu nisbette Ö. B. T. daki mükellefiyetler hakkında da kıyasen tatbik edilecektir (12). Meselâ Amnenin menfaati için vaz edilmiş mükellefiyetlerin yerine getirilmesini BK 241 e kıyasen alakalı mercileride talep edebilecektir. Mükellefiyetin icrası, hibe edilen malın kıymetini tecavüz eylemesi takdirinde mevhubunileyh, mükellefiyeti ifadan içtinap edebilir. Keza bu hükümde kıyasen Ö. B. T. deki mükellefiyetler hakkında da tatbik olunabilir. Mevkubunileyh haklı bir sebep olmaksızın mükellefiyeti ifa etmezse vahib bütün hibe mukavelesini fesh veya hibe vadinden rücu edebilir. (BK 244 No: 3).

Mükellefiyetin kusurlu olarak ademi ifası yüzünden hibeden rücu halinde de birde tazminat talep edebilir mi? Bu hususta fikirler muhtelifdir (13). Bütün mesele BK 106 ve müteakip maddelerin mükellefiyetli hibeler hakkında da tatbik edilip edilmeyeceğindedir. Evvelce de işaret edildiği gibi, kendisine ilâve edilen mükellefiyete rağmen mükellefiyetli hibe hibe olmakta devam eder ve karşılıklı borç doğuran bir akit değildir. Halbuki 106 ve müteakip maddeler karşılıklı taahhütleri muhtevi olan akitlere münhasırdır. Bu itibarıdır ki mükellefiyetin ademi ifası bir zarar ziyan talebine hak vermemelidir. Bir vasiyetnamede mündemiç bir mükellefiyetin ademi ifası yüzünden hibede olduğu gibi bütün vasiyetname hükmü iptal edilebilir mi (14). Bunu kabul etmek fazla ileri gitmek olacaktır. Bununla beraber, muris, bunu arzu etmiş olabilir. Fakat, bu takdirde de hakikatta ortada bir mükellefiyetli infisahi şartla yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf mevzuubahs olacaktır. Ö. B. bir tasarruftaki mükellefiyetin ademi ifası kusurluda olsa bir tazminat talebine hak vermez. Bununla beraber bir miras mukavelesinde münderiç bulunan bir mükellefiyetin ademi ifası halinde bir tazminat talebine imkan olmalıdır. Çünkü burada akti bir vecibenin yani BK 96 nın kusurlu bir surette ademi ifası mevzu bahistir. Mükellefiyetli hibe ile mükellefiyet ihtiva eden

12) Herzer S. 47

13) Becker (Art 249 N 8) red eder, Oser/Schönenberger (Art 249 N 4) kabul eder.

14) Neuchatel kanton mahkemesi, 1.II.26 tarihli bir kararında mükellefiyetin ademi ifasının vasiyetin reddini tazammun edeceğini içtihat eylemekle fikrimizce pek ileri gitmiştir. SJZ 22. S. 359 No: 302.

bir miras mukavelesi arasında mahiyet ve bünye itibariyle büyük bir benzerlik vardır, biri hakkında kabul edilen bir şey diğeri hakkında da kabul olunmalıdır.

**II — Mükellefiyet ve tesis.** Mükellefiyete dair olan üçüncü hükmüde MK 79 da görmekteyiz. Garibi şu ki kanun burada MK 462 ve BK 239 da kullanmış olduğu “Mükellefiyet” tabirini değil “vazife” tabirini kullanmaktadır, yani Fransızca Charge, Almanca Auflage, tabirlerinin “vazife” şeklinde tercüme edilmiş olduğunu görüyoruz. Haddi zatında mükellefiyet ve vazife tabirleri, birbirlerine çok yakın olan bir mefhumlardır. Bu iki tabirden birisini tercih etmek lazım gelirse mükellefiyet tabirinin, müesseseyi daha güzel ifade eder mahiyette olduğu kanaatindeyiz.

MK 79, tesisin gayesini teblikeye düşüren mükellefiyetlerden bahsediyor. Bu hükmün ilk manası şudur ki, tesislere, asil gayelerinin yanı sıra başında, talii bir gayeolan, mükellefiyetler de tahmil olunabilir. Çünkü, birinci fıkra, sarılı olarak “gayenin” tebdilini hükme bağladıktan sonra, ikinci fıkrasında, şart ve mükellefiyetlerinde tedbil edilebileceğini söylemektedir. Tesis senedinde mevcut hükümlerin, bu iki çeşit gayeden hangisine girdiğini, tesis edenin ifadesi tayin eder. Fakat, mükellefiyet şeklinde, tesis senedinde gözüken tali gayenin, tesisin asıl gayelerinden birisi de olması mümkündür. Bir tesis birden ziyade gayeler takip edebilir (15).

Burada tesisten bahsedilmesinin sebebi, bazan, ortada mükellefiyetli ivassız bir tevcihmi var, yoksa, doğrudan doğruya bir tesis mi var? Bu cihetin tayini her zaman kolay değildir. Meselâ, senevi gelirleriyle doğduğu kasabanın çocuklarından bir kaçına bir üniversite tahsili yaptırmak için, bir hayır severin, o kasaba Belediyesine, bir mülkünü, hibe veya vasiyet suretiyle, terketmesi, veya Fatih Camii tevabiini bakım için, İstanbuldaki Eski Eserleri koruma cemiyetine, kıymetli bir mülk teberri etme, veya her sene, bir Türk muharriri tarafından yazılacak, bir Romana metrukatından bin lira mükâfat verilecektir diye bir vasiyetname yapılması hallerinde, ortada, mezkûr maksatları tahakkuk veya teşvik etmek için, kurulmuş bir tesis mi, yoksa mükellefiyetli bir hibe veya bir vasiyet mi mevcuttur?

Kanunumuzun tarifine göre ; tesis, bir mamelekin, bir **hükmi şahsiyet** kisvesi altında, muayyen bir gayeye tahsisidir. (16). Bu tarife göre; gaye, bu gayeye tahsis edilmiş olan mamelek, ve bu nun **hükmi şahsiyet halini** almış olması, tesisin unsurlarını teşkil eder. Yukardaki verilen misallerde “mamelek” ve “gaye” unsurları mevcut bulunduğu halde üçüncü unsur

15) Egger Art 80 N 4, Hindermann, Der Stiftungszwecke Z. S. R. 47. S. 243.

16) Egger Art 80 N 6, Hafter Art 80 N 2.



olan “şahsiyeti hükmiye” unsuru mevcut değildir. Böylece bir şahıs meydana gelmeden gaye tahakkuk ve tahassül eylemektedir. Bu misallerde mevzu bahis olan mâmelek ise, esasen mevcut olan, hakikî veya hükmi bir şahsa intikal, ve onun muamelekine dahil olmaktadır. Ancak bu malı alan kimse, bir şey yapmak hususunda, hakikî bir mükellefiyet altına girmektedir. O halde, verilen misallerde bir tesis hali yoktur. Halbuki alâkalının malını ileride tesis edilecek bir vakfa tahsis eylemesi ve bunun senelik iradiyle bir kaç çocuğun üniversitede tahsil ettirilmesini istemesi; veya bu kimsenin, Fatihin eserlerini korunmasını temin için, sağlığında bir tesis vücuda getirmesi, ve buna yeter malıda tahsis eylemesi; Keza Türk dilini inkişaf ettirmek için bir tesis vücuda getirmesi ve buna yeterlik malıda tahsis eylemesi hallerinde medeni kanunun 73 ve müteakip maddeleri manasında bir tesis karşısında kalacağız. Halbuki, buna benzer olmasına rağmen, verilen ilk misaller, MK 462 veya BK 240 ın mevzu bahis ettiği mükellefiyet hallerinin bir tatbikinden başka bir şey değildirler. Mükellefiyet edasının mütevali oluşu, ona bir tesis benzerliğini vermektedir. Fakat, hakikatta ortada bir tesis yoktur. İşte bundan dolayıdır ki, mükerrer ve mütevâlî edaları mutazammın olan mükellefiyetlere gayri müstakil tesis “Fiduziarische — Unselbständige Stiftung” denir (17). Müstakil, yani normal bir tesisten farkı vâki tevcihin, mevcut hakikî ve hükmi şahsa yapılmış olmasından ibarettir. Hakikî veya müstakil tesis nev’inde ise, mevzu bahis tevcih ile, ortaya yeni bir hükmi şahsiyet çıkmaktadır (18). Ortada şu veya bu neviden bir tesisin mevcut olduğunun pratik ehemmiyeti, bilhassa gayri müstakil bir tesis vasfını haiz bir mükellefiyet, kendisine mükellefiyet tahmil edilmiş olan bir şahsın iflâsında bir hususiyet gösterir. Kendisine muayyen bir gaye için mükellefiyet ile mahmul olarak verilmiş olan mal, onu alanın mâmelekine dahil olur ve bu mâmelekin mukadderatını takip eder. Binaenaleyh, kendisine (gayri müstakil tesis vasfını haiz) bir mükellefiyetle mahmül bir tevcih yapılan kimsenin iflâsı halinde, alacaklılar, mükellefiyetle alâkalı olan ve müflise tevcih edilmiş olan, malı da haciz edebilirler (19). Bir gaye takip eden bir muris veya vâhip, gayelerine, ya bir müstakil tesis kurmak, veya bir mükellefiyetli bir tevcihte bulunmak suretiyle erişebilirler. Bununla beraber, şahsi mahiyette veya

17) Egger Art 80 N 4; Stifel 64; Herzer 50; Schultze 32; Escher Art 493 N 10; Tuor Art 493 N 11; BGE. 9. S. 355, 11. S. 249, 46.II.227.

18) Tuor Art 493 N 2; Escher Art 493 N 1.

19) Stifel 64, Endemann Lehrbuch III. & 73 (Stifel 64 den). Bununla beraber vâki haciz mükellefiyetin ifasını ihlâl edemez. Müflisin mâmelekenden mükellefiyetin ifasını mümkün kılacak kıymet haciz edilememelidir. Federal mahkeme de böyle içtihat etmiştir. BGE. 66.III.67.

çok kısa sürecek olan gayeler için, müstakil tesis şekli müsait değildir. Böyle olmakla beraber, müstakil ve gayri müstakil tesis şekillerinin bir arada telifi de mümkündür. Meselâ, bir kimse bir Endüstrinin inkişafı için, bir tesis meydana getirirse, aynı zamanda, orada çalışacak işçilere bir tekaüdiye verilmesini, mükellefiyet şeklinde arzu etmiş olabilir. Bu takdirde, bu kimselerin, mevzubahs tekaüdiye için, MK 462 mucibince, bir dava hakkına sahip olacaklardır. Bu gibi hallerde MK 462 inci maddenin bir tatbik halimi; yoksa müstakil bir tesis münasebetimi mevzubahsdir? Bunu tayin edecek murisin iradesi veya bu iradenin tefsirinden çıkacak neticedir (20). Bundan başka, müstakil bir tesisin statüsü, alâkahılara, hususi bir dava hakkında verebilir. Alâkalı kimselerin bir miktar iştirak hissesi vermelerinin zaruri olması halinde durum böyledir (21). Bazı müesseseler, son zamanlarda, memurların tekaüdiye maaş ve ikramiyeleri vermek için, böyle tesisler vücuda getirmekte ve memurlarda maaşlarından tediyele bulunmaktadırlar (22).

Tesislere ilâve olunan mükellefiyetlerin gayeyi tehlikeye düşürecek derecede ağırlaşması halinde, mükellefiyetlerin de MK 79 mucibince tebdil veya tâdili mümkündür. Gayri müstakil tesis dediğimiz ve hakikatta ölüme bağli bir tasarrufa tahmil edilen bir mükellefiyetten başka bir şey olmayan durumlarda da, gayeden uzaklaşdığı veya ifası çok ağırlaşmış olduğu takdirde mükellefiyet tebdil veya tâdil edilebilir mi?

Esas itibariyle müstakil tesis mahiyetinde olmadıkları için, bunlar hakkında MK nın 79 uncu maddesinin tatbik edilmemesi lâzım gelir. Fakat durum, bu hallerde de mükellefiyetin, kısmen veya tamamen tebdil edilmesini hakkı gösterebilir. Bu takdirde, MK 79 kıyasen tatbik olunabilmelidir (23). Anlayışli bir muris bu gibi durumlar hakkında, tasarrufa hususi hükümler kor ve meselâ bir kimseye MK 79 un bahşetmiş olduğu selâhiyeti verebilir. Murisin mükellefiyetle varmak istediği gayenin tahakkuk etmiş veya lüzumsuz veyahutta faydasız olması halinde, tevcihin benzeri gayelere tahsis edilmesi halin icabından olabilir. Bu durumlarda MK 79, kıyas suretiyle, mütevâli mükellefiyetler hakkında da tatbik edilmelidir. Şu kadar ki, mahkeme, 79 uncu maddede mevzubahs resmi makamlar yerine kaim olacaktır.

III — **Şart ve Mükellefiyet** : Mükellefiyette bir mirasçı, musaleh yapmak veya yapmamak borcu altındadır. Şart ise bir hukukî muameleye

20) BGE 76.II.205

21) Zingg. Die Rechtstellung der Destinatüre bei Personalfürsorgunstiftungen Von Privaten Unternehmungen 1943 S. 100

22) Egger Art 82 N 10. Hindermann S. 274, 281 No: 80

23) Herzer 51

ilâve olunan öyle fer'î bir hükümdür ki, ona göre, bu hukuki muamelenin hüküm ve neticeler husule getirmesi, vukuu meşkük ve müstakbel bir hadiseye talik olunmuştur (24). Şartın mevcut olabilmesi için, evveleminde bir ana hukukî muâmele mevcut olmalıdır. İlâve olunan şart, işte bu ana muâmelenin mukadderatına tesir edecektir.

Ortada böyle ana bir hukukî muâmele mevcut olmadan bir şartın tek başına bir hukukî muamelenin muhtevası olması kabili tasavvur değildir. Bu itibarla, şart bir hukukî muameleye ilâve olunan tâli bir hükümdür (25) Şart, yalnız başına bir irade beyanının yegâne muhtevası olamaz. O daima bir başka muamelenin hukukî bir cüzüdür. Halbuki mükellefiyet, müstakilde olabilir. Bir miras mukavelesinin veya vasiyetnamenin yegâne muhtevası mükellefiyet olabileceği halde, bunların muhtevası sadece şarttan ibaret olamaz (26).

Şart Mertubu bulunduğu hukuki muameleye daha sıkı bir surette bağlıdır. Şartın tahakkuk edip etmemesi merbüt bulunduğu muamelenin âkibeti üzerinde müessirdir. Tâiki şartlarda, şartın tahakkuku ana muameleye hayat verir ; infisahî şartta ise şartın tahakkuku bu muameleyi ortadan kaldırır. Halbuki, mükellefiyet merbutu bulunduğu muamele, birbirinden müstakil mevcudiyete maliktirler. Mükellefiyetin yerine getirilmemiş olması, ana muâmele üzerinde tesir etmez. Mükellefiyet, yerine getirilmemiş olsa, esas hukukî muâmele, yani vâki tevcih kati netice husule getirir. Binnetice mükellefiyetli bir vasiyette veya böyle bir mirasçı nası halinde, ichdarlar, mansup mirasçı veya musalleh sıfatını mükellefiyetin ifasından müstakil olarak, iktisap eylemişlerdir. Halbuki şartta, bu durum ancak şartın tahakkuku ile husule gelir. Şart tahakkuk etmezse durum değişmez.

Bu iki müessese arasında esaslî farklardan birisi de bunların müeyyidelerindedir. Hıbede, mükellefiyetin müeyyidesi hibeden rucu (BK 244/ No : 3) ; Ö. B. T. ise mükellefiyetin yerine getirilmesi davası (MK 462) ve binnetice cebri icra yoludur (27). Şartta ise mevzubahs hukukî muâmele (Tevcih, teberrü), şartın tahakkuk edip etmemesine tâbi tutulmuştur ; tâlikîde, şart tahakkuk etmezse hukukî muâmele (Tevcih, teberrü) hiç hüküm ifade etmeyecek ve binaenaleyh musaleh veya mirasçı, şartın tahakkukuna kadar, bir iktisapta bulunmayacaktır. Eğer şart hiç tahakkuk etmezse, iktisapta hiç vuku bulmayacaktır. Infisahî şartlar da ise, şartın

24) V. Tuhr/Sieghart S. 698, Arsebük S. 993, Escher Art 482 N 1; Tuor Art. 482 N 3.

25) Oser/Schö. Bd. I. S. 682 N 2

26) Tuor Art 482 N 8, Escher Art 482 N 5, Stüfel S. 54

27) BGE. 66.III. S. 65; Escher Art 482 N 22

tahakkuku ile vâki iktisap, ne tarafların ve ne de bir mahkeme kararına lüzum olmadan, kendiliğinden hükümsüz olacak ve vâki iktisabın sebebsiz iktisap hükümlerine tevfiikan îadesi gerekecektir. Hatta şart, taraflardan birinin, musaleh veya mansup mirascının, keyf ve arzusundan ibaret bile olsa durum, gene böyledir. Bilfarz A, Hukuk tahsili yapması veya avukatlık etmesi veya hukuk hocası olması şartıyla zengin kütüphanesini B. ye tevcih eylese B. hukuk tahsili yapmaz veya avukatlık veya hukuk hocalığı etmezse, hiç bir zaman musaleh olamaz, kendisine yapılan tevcihi iktisap edemez. Bu misalde tâlikî bir şart vardır. Buna mukabil, muris kütüphanecisi avukat veya Hukuk hocası olan B. ye tevcih ediyorum dese, fakat B sonradan kendi iradesiyle, Avukatlık veya Hukuk hocalığı yapmaktan vazgeçerse, bu tevcih kendisinden geri alınacaktır. demiş ise, ortada infisâhî bir şart olacaktır. Bu misallerde müsterek olan cihet, şart olarak ele alınan hâdiseler musalehin keyf ve iradesidir. Hukukî muamelenin muallâk bulunduğu şart, tarafların keyf ve irâdesi olsun veya bunların dışında olan bir hadise bulunsun, şartın tahakkukunun davası mevzubahs olamaz. Şartta bir zorlama yoktur; şartın yerine getirilmesinin normal müeyyidesi, iktisabdan mahrumiyet veya vaki iktisabın kaybedilmesidir. Bu prensip, Savigny (28) nin şu sözüyle hukuk edebiyatında meşhur olmuştur". Şart muallakta bırakır ; fakat zorlamaz .Halbuki mükellefiyet zorlar ; fakat muallakta bırakmaz". Mükellefiyetin müeyyidesi ise, daha evvel gördüğümüz gibi, ifa dâvasıdır. Şart hakkında böyle bir ifa davası mevzubahs değildir. Fakat, sayarı hayrettirki MK 462 ifa davasını şartda da teşmil eylemiştir. Hakikatte bu bir zühûlden başka bir şey değildir (29). Hülâsa, Ö. B. T. şart kendisine tevcih yapılanın iradesinden ibaret ise bu kimisenin şartı yerine getirme mecburiyeti yoktur (30).

Bir tevcihin infisâhî bir şart tahtında yapılmış olması haliyle, bir mükellefiyet tahtında yapılmış olması hali arasında büyük bir benzerlik vardır. Çünkü, her iki halde de vâki tevcih derhal iktisap olunulmaktadır. Fakat bu iki hal arasında, esaslı fark vardır. Infisâhî şart tahakkuk ederse, başka hiç bir muameleye lüzum olmadan, kanundan ötürü, vâki iktisap, hükümsüzleşir. Halbuki, mükellefiyetli tevcihte mükellefiyetin ademi ifası, onun merbutu bulunduğu tevcihin iktisabına tesir etmez. Mükellefiyetin ademi ifası, alâkalılara sadece bir ifa talebi hakkını verir.

Nazari bakımdan kolay olan bu tefrik, fiiliyatta pek kolay değildir.

28) Savigny. System Bd. 5 S. 231: «Die Bedingung nämlich suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht».

29) Tuor Art 482 N 9,22; Herzer 86, Escher 482, N 18

30) V. Tuhr Bd. II. S. 699aNot 9

Murisin tevcihine ilâve etmiş olduğu kayıt, teknik manada "Bir "Şart" mıdır ; yoksa bir mükellefiyet midir? Meselâ, muris, "Sana evimi vasiyet ediyorum ; ama sende on fakir çocuğa şu kadar mali yardımda bulunacaksın ; veya Ramazanda benim ruhum için dinî merasimi yapacaksın ; veya yaptıracaksın; veyahut da şu hayır cemiyetlerine yardımda bulunacaksın, bulunmalısın" demiş ise ; burada bir şart mı yoksa bir mükellefiyet mi vardır? Murisin şu işleri yapmak "Şartıyla" sana bir tevcihte bulunuyorum ; demesi halinde bir şartın mevcudiyetini kabul etmek mümkündür. Fakat, "Şart" tabirini kullanmadan da, böyle bir neticeyi arzu etmiş olabilir. İstenilen edanın yapılıp yapılmamasına göre, vâki tevcih, iktisap olunacak veya olunmayacak ise ortada bir şartın mevcut olduğu kabui edilir. Fakat murisin, ifade tarzı bu kadar kuvvetli ve sarih değilse, ne olacaktır? Hatta muris, şart tabirini de kullanmış olsa, bununla bir mükellefiyet vaz eylemek istemiş olabilir. Bu hallerde yapılacak iş, murisin, kullanmış olduğu terim ve tabirlere bağlı kalmaksızın, hakiki iradesini aramak ve tasarrufun içinde ve dışında bulunan durumların yardımı ile iradenin tefsiri cihetine gidecektir (31).

Şart ile mükellefiyet arasındaki diğer fark da, mükellefiyetin ivazsız hukukî muâmelelere münhasır olmasıdır. Bu cihet ihtilafli (32) olmakla beraber, ivazlı hukukî muamelelere ilâve olunan mükellefiyetler, hemen dâima mevzuubahs mukavelenin hükümlerinden başka bir şey olmayacaktır. Halbuki, şart ivazlı ve ivazsız, bilcümle hukukî muamelelere ilâve olunabilir. Yalnız akitler sahasına münhasır olmayıp, diğer hukukî muâmelere de girebilir. (33)

**IV — Mükellefiyet ve mal vasiyeti :** Mal vasiyetin mahiyetini anlamak için, MK'nın Md. 464 ün doğuşunu bilmek icap edecektir. Çünkü, bu maddenin ihtiva eylediği tarif izaha muhtaçtır. MK'nın mal vasiyetine mütedair olan 464 üncü maddesi, İMK'nın 484 üncü maddesine tekabül eder. İsviçre medeni kanununun bu maddesinin ihtiva eylediği tarif hemen hemen, Alman medeni kanununun ihtiva eylediği tarifin aynıdır. (§ 1939) (34). Bu iki kanunun ihtiva eylediği tarif büyük Pandekt hu-

31) Tuor 1953 S. 200 N 12 - 17, Art 482 N 12, Stifel S. 75, Herzer S. 85

32) Reichel (Archiv für civ. Praxis. 1927) ve Herzer (S. ) ivazlı hukukî muamelelerde de mükellefiyeti mümkün görmekte dirler. Diğer fikirler hakkında bak. Stifel S. 41/43

33) Oser/Schö. Bd. I. 686 N 10

34) BGB & 1939 «Muris vasiyetnamesi ile bir başkasına, onu mirasçı nasb etmeksizin, mameleki bir menfaat tevcih edebilir.»

İsviçre MK. Madde 484 (Almanca methinden): «Muris bir musaleyhe onu mirasçı naspetmeksizin, mameleki bir menfaat vasiyet olarak tevcih edebilir.»

kukcularından Windscheid'den mülhemdir. Bu müellif, mal vasiyetini şöyle tarif eder: "Vasiyet ne bir mirascı nasbı, ve nede Ö. B. bir hibe olmayan, ölüme bağlı kazandırıcı bir muâmele (Tevcih, Teberrû) dir (35). BGB nin hazırlanması esnasında buna benzer bir târif yapılmak istenildi (36). Kanunun müzakeresi esnasında mal vasiyeti hakkında müsbet bir tarif verme arzusuna rağmen, böyle biri müsbet, diğeri menfi bir unsur ihtiva eden, bir tarif BGB in 1939 uncu paragrafında yer buldu (37). İMK ön projesinin 439 uncu maddesinin Almanca metni, mal vasiyetini şöyle tarif eyledi: "Muris. mirascı nasbini tazammün etmeyen, mâmelekî bir menfaati, veya terekeye dahil bir şeyi bir kimseye tevcih (Te berrû) edebildiği gibi, varislerine veya musalehe, tereke kıymetinden bir kimse lehine edalarda bulunmasını veya onun, vecibelerinden kurtarılmasını emredebilir."

1900 tarihli projenin 503 üncü maddesi ise mal vasiyetini şöyle tarif eylemiştir: "Muris, birisine, mirascı nasbı olmayan bir tevcihte bulunabilir". Bu son metin, pek cüz'î bir farkla, kanunun asıl metni oldu. Müttehassıslar komisyonunun, vasiyet hakkında müsbet bir tarif verme arzusuna rağmen (38), Alman Medenî kanununda olduğu gibi, birisi müsbet, diğeri menfi unsur havi bir tarif, kati metnin 484 üncü maddesinde mevki aldı. Bu maddenin Almanca metnine göre "Muris, birisine (Musalehe), onu mirascı nasp etmeksizin, bir mâmelekî menfaati (Vermögensvorteil), vasiyet olarak tevcih edebilir". İMK 484 ün birinci fıkrası, Fransızca metinden kanunumuza şu surette tercüme edilmiştir: "Tasarufta bulunan, vasiyet olarak, mirascı nasbını tazammün eylemeyen te berrülerde bulunabilir". Bu iki metin mukayese edilirse. Almanca ve Fransızca metinlerin birbirlerini oldukça karşıladığı görülmüştür. Almanca metindeki "Einen Vermögensvorteil zu wenden (= mâmeleki bir menfaat., tevcih)" ibaresi Fransızca metinde tam olarak görülmemektedir. Daha doğrusu bu ibarenin ifade ettiği fikir, Fransızca metinde yoktur. Halbuki vaki tasarrufa bir mal vasiyeti vasfını verecek olan terim, maddenin bu kısmıdır. Kendisine bir şeyler verilmek istenilen kimseye (Musaleh) mâmelekî, malî bir menfaat verilmek, istenildiği, ancak bu surette anlaşılır. Musalehin bununla, bir menfaat iktisab eylediği ve binanen aleyh onun bu menfaati dava eylemek hak ve selahiyetini ifade edecek olan terim, budur. (39) Halbuki, Fransızca metinde Almanca metindeki

35) Pandekten 1874 Bd. III. &. 623, S. 269

36) Motive Bd. V. S. 10

37) Krayenbühl S. 37

38) Krayenbühl 3

39) Tuor Art 484 N 6; Planck V. S. 29, Krayenbühl 3

yukardaki tabiri karşılayan “faire des liberalite” tabiri yukarıda söylediğimiz fikri hakkiyle, ifade etmemektedir. Bir Ö. B. T.’a mal vasiyeti vasfını verecek olan unsur, Almanca metindeki “einen vermögensvorteil zu wenden” terimidir. Bu terim içerisinde kullanılan “Zuwendung” tâbiri, müessesenin karakterini ve bilhassa mal vasiyetini mükellefiyetten tefrik ettiren unsurdur. Almandada “etwas zu wenden” demek bir, mali, mâmelekî bir kıymeti, bir mâmelekten alıp diğer bir mâmeleke ithal etmek, bir başkasına bir mal veya bir menfaat temin etmek mana sına gelir. Bundan da “Zuwendung” tâbiri çıkar, Bu tabirden hukukta, bir başkasına mâmelekî bir menfaat temin eden hukukî muâmele anlaşılır (40).

Kanunumuzun İsviçreli aşının Almanca metninde mal vasiyetinin tarifinde bu tabir bir unsur olarak görülmektedir. Bu tarife göre; mal vasiyeti mefhumunda mâmelekî bir menfaatin tevcihi vardır. Madde bunun ile iktifa etmiyerek “Mameleki (Mali) bir menfaat” ın tevcihinden bahsetmiştir. Halbuki Fransızca metindeki “libéralité” tabiri, müessesenin bu ana vasfını tam olarak gösterecek kudrette değildir (41). Mal vasiyetinin bu hususiyeti, yani, bir başkasına mâmelekî bir menfaat temin etme vasfı üzerinde, gerek Alman (42) ve gerek İsviçre hukukçuları (43) mütefiklerdir. Türkçe de bu müesseseyi ifade için kullanılan vasiyet (Mk. 462, 466/2, 467, 444/2), muayyen bir şey vasiyeti (Mk. 543, 541, 556, 580) veya muayyen bir madda tasarruf veya muayyen teberrû (Mk. 464/1 tabir müessesenin bu hususiyetini vazih olarak göstermemesi bakımından, kusurludur. Diğer taraftan kanunumuz aynı müessese hakkında, birbirinden ayrı terimler kullanılmıştır. Bu itibarla dırki, Almandada “Vermaechtnis”, Fransızcada “legs” ile ifade edilen müesseseye, biz bu etidümüzde “Mal vasiyeti” adını vereceğiz. Bu terimdeki “Mal” tabirinin “Mâmelekî bir menfaat” i ifade eder olduğu kanaatindeyiz (44).

**Mal vasiyetinin muhtevasının kazandıracı bir muamele (= bir tevcih)**

- 40) V. Tuhr/Siegwart S. 189; Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. IV S. 661. Türk Hukuk Lügatında (S. 416) bu terime «temlik muameleler» denilmiştir. Keza Arsebük, Borçlar Cilt: I, S. 292 & 31.
- 41) Krayenbühl 3
- 42) Enneccerus - Kipp Bd. V. S. 371; Crome Bd. V. S. 502; Strohal Bd. 1, S. 36; Motive Bd. 5 S. 9
- 43) Escher Art 484 N 6, Tuor 484 N 6; Krayenbühl S. 5; Benziger S. 5; Hirtz S. 13; Gökttürk S. 619; Keza Federal Mah. BGE, 76.II.206
- 44) Türk Hukuk Lügatı (S. 217) «mal» ı şöyle tarif eylemektedir: «Mülkiyet mevzuu olan bütün maddi eşya ile bir mâmeleke girebilen bütün haklara hukukî mal denir. Arazi, evler ve akaralar, menkul eşya, irtifak hakları, ticaret sermayesi ve kredisi, keşif ve ihtira beratı üzerindeki haklar telif ve tercüme hakkı gibi».

olmasının hukukî neticesi, muselehin, bu kıymeti talep hususunda, bir dâva hakkına sahip olması neticesini doğurur. Bazı Alman müellifleri, mâmelekî bir kıymeti haiz olmayan (45) iddiaların da, mal vasiyetinin mevzuu olabileceği kanaatındadırlar (46) Müteveffanın birisine terekesindeki evrakını tetkik etme selâhiyetini vermesi bu cümledendir (47).

O halde, musalehe, iktisâdî bir fâidesi olan bir şey veya bir durum temini vasiyetin mevzuu ve muhtevası olabilecektir. O halde, yalnız maddî şeyler değil, onun yanı başında, musâlehe fâideli durumlar ihtası, mese lâ, onun lehine bir alacak, veya bir irad ihtası, veya murisin esasen musalehe karşı mevcut olan bir borcunu ikrar eylemesi - çünkü bu suretle yeni bir alacak hakkı iktisap etmemekle beraber, müruru zaman veya ispat kolaylığı bakımından musalehin durumunu daha ziyade kuvvetlendirmiştir - veya esasen mevcut bir borç için kefalet verme, alacaklı lehine bir rehin hakkı tesisi, "mal vasiyeti"nin mevzuu olabilir (48)

Mal vasiyetinin bu vasfı üzerinde durmamızın sebebi, onun fârik vasfını tebarüz ettirmek içindir. Zira mal vasiyeti ile mükellefiyet edaları nun esas farkı buradadır. "Mal vasiyeti" musalehe mâlî, mâmelekî bir menfaat, bir fayda temin eylediği halde, mükellefiyet, müstefidine (Mürselünilehine, muhatabına), böyle bir menfaat temin etmez. Mal vasiyeti ile müsâlehe mâlî bir menfaat, bir fayda **tevcih** olunduğu kazandırıldığı halde mükellefiyet müstefidine, böyle bir **tevcih** (bir kazandırma) yapılmış değildir. Bu itibarlardır ki, mükellefiyet müstefidi, lehdarı muhatabı, muris tarafından yapılmış olan tasarrufun kendi (mâmelekî) faydasına yerine getirilmesini talep edemez. Eğer mirasçı nasbını tazammun etmeyen bir tasarrufta, diğer taraf, bir dâvâ hakkı, yani murisin yapmış olduğu tasarrufu kendi mâmelek, kendi şahsi namına ifayı talep hakkını kazanıyorsa ortada bir "mal vasiyeti" mevcut olacaktır. Eğer muris, tasarrufu ile, diğer tarafın mameleki nef'ine böyle bir talep hakkı bahşetmemiş ise; orta

45) Enneccerus - Kipp Bd. V S. 37, Escher Art 484 N 1, S. 227

46) Türk Hukuk Lügatı: "unentgeltliche Zuwendung" karşılığı olarak şöyle tarif etmiştir: «bir mal veya bir hakkın hibe kasdı ile ivazsız olarak temlikini tazammun eden tasarruf muamelesidir: hayatta olanlar arasında hibe, ölüme bağlı tasarruf vesaire gibi» (S. 327) Bak. MK 503, 507, 508.

47) Krayenbühl S. 77; Benziger 24/25; Hirtz 33; Escher Art 482 N 16, 484 N 5; Tuor S. 95/96 N 6. Musaleyhin tâyini bir üçüncü şahsın ve meselâ vasiyeti tenfiz memurunun intihabına terk edilemez: BGE. 68.II.166. Bu bakımdan yangıtayın 7.3.1950 t. ve 89/3 No. lu H. Genel Kurulu kararı - hâdisede bir mal vasiyeti kabul olduğu nisbette - hatalıdır. Bununla beraber biz bu kararda mevzuubahis olan hâdisenin bir mal vasiyeti değil, bir gaye hükmü, yani bir mükellefiyetten ibaret olduğunu kanaatindeyiz. Bak. Moser SJZ, 12, S. 241

48) Krayenbühl 150; Benziger 25; Escher Art 539 N 5, Tuor 1929 S. 539 N 7



da bir mal vasiyeti mevcut olmayacaktır. Ne zaman böyle bir hak bahşedilmiştir sorusuna gelince; eğer muris muayyen bir kimseye bir şey vermek veya ona mâli bir fayda temin etmek istemiş ise, ortada bir mal vasiyeti nin mevcudiyetini kabul edeceğiz. Diğer bir ifade ile, musalehe bir borçlar hukuku manasında bir alacak hakkı tevcih edilmiştir; tereke ise, bu olacak hakkının Borçlar hukuku mânasında borçlusudur. Escher'in de kabul ettiği, Enneccerus Kipp'in mal vasiyeti hakkındaki şu tarifinden, bu cihet daha iyi anlaşılacaktır.: "Mal vasiyeti ölüme bağli bir tasarrufla (Vasiyetname veya miras mukavelesiyle) yapılmış öyle mâmelekî bir menfaatin tevcihidir ki, bununla, muristen, bir kıymet almış olan kimse aleyhine kullanmak üzere, kendisine tevcihte bulunulan kimse (Musaleh) lehine ihdas olunmuş bir alacak hakkı doğar".

Acaba, bu târifi İMK'nın Fransızcasından tercüme edilmiş olan-Türkçe metinden çıkarmak mümkünmüdür?

Biraz evvel verilmiş olan izahatın ışığı altında, MK 464 üncü maddeyi tetkik edecek olursak, bilâkis müşkillerimizin arttığını görürüz. Evvelâ kanunumuz, Fransızcadaki "legs" Almandadaki "Vermaechtnis" terimlerini, ana maddenin matlabında "muayyen bir malda tasarruf" aynı maddenin metninde ise "muayyen teberrularda bulunma" terimleriyle diğer bazı maddelerdede, vasiyet veya muayyen bir şey üzerinde vasiyet terimleriyle ifade eylemiştir. Binanaley, (Legs = Vermaechttnis) tabirinin Türkçemizde tam bir karşılığı yoktur.

Kanunumuza göre, mal vasiyeti, mirasçı nasbını tazammun etmeyen "muayyen teberru"lardır. Burada, "zuwendung" tabiri karşılığında "Teberru" tabiri kullanılmıştır. Biz bu teberru tabirinin Türkçede, mâmelekî bir menfaatin bir başkasına ivasız tevcihini ifade ettiği kanaatındayız. O halde, MK 464 deki "teberru" tabirine, aynı maddenin matlabında mevcut "Mal" tabirinin yardımıyla, mâmelekî bir menfaatin, bir diğerine, ivasız olarak teminidir, diyebileceğiz. Keza, MK'nın diğer yerlerindedede "mal" tabiri kullanılmış bulunmaktadır: MK 468/3, 463/3, 525/2 Şu halde, MK 464 de kullanılan "teberru" tabirinin mâmelekî bir menfaatin ivasız olarak, bir başkasına tevcihi (kazandırılması) manâsına geldiğini ifade edebiliriz.

Mükellefiyete gelince. muris bununla, bir kimse lehine bir teberruda bulunmaz. Mükellefiyette ortada bir gaye vardır; ön plânda gelen odur. Ortada bir mâmelekî kıymet tevcih edilmiş dahi olsa bu, muayyen bir kimseye değil, fakat muayyen bir veya birkaç gaye içindir, gayenin arkasında mevcut olan kimselere yapılmış değildir. Vefatım günü fakirlere para dağıtılsın, vefatımın seneyi devriyesinde falan camide mevlût okunsun, her sene Hukuk Fakültesinden çıkacak en liyakatli talebeye mükâfat

verilsin, her sene 100 fakire elbise giydirilsin dersem, burada ön plânda gelen, bu kıymetleri o zaman alacak olan kimseler değil ve fakat gayedir. Bu gaye hayrî, dinî, insanî olabileceği gibi, murisin kaprislerinden de ibaret olabilir. Bu kimseler, mükellefiyetten malen istifade etmiş olabilirler. Fakat, ilk plândaki gaye o değildir. Onların istifadeleri bir gayeye yapılan tevcihin, onlara olan in'ikâsıdır. Böyle bir mükellefiyetin ihtası ile, muhtemel müstefitler bir sübjektif hak iktisap eylemiş değillerdir. Kendi lehlerine böyle bir hak (bir alacak hakkı) doğmamış olduğu için, bu hakkı adlî veya başka suretle dermeyan etmek imkânına da malik değillerdir. İşte mükellefiyetten mal vasiyetinin farkı budur. Halbuki Musaleh lehine bir hak doğmaktadır. Bu hak bir alacak hakkıdır. Binaenaleyh bunu mahkeme içi ve dışı talep edebilir.

Bu iki müessese arasında diğer bir fakta, mal vasiyetinin muayyen veya kati surette kabili tâyin bir şahsa yapılmış olmasıdır. yani musaleh ya şahsan malûmdur veya tâyini kati olarak kabildir. Bunun da bizzat vasiyetçi tarafından tâyin edilmiş olması lâzım. Hattâ, 519/2 deki halde de, ya bir gurubu teşkil eden şahısların **bizzat kendilerine**, ve fakat, vâki tevcihi muayyen bir gayeye sarfetmek üzere yapılmış bir mal vasiyeti vardır; veyahutta, mevcut bir teşeküle ve fakat muayyen bir gayeye sarfedilmek üzere yapılmış bir tevcih vardır. (Gayri müstakil tevcih hali). Halbuki, mükellefiyetten istifade edeceklerin, mirasın açılmasında sağ bile olmalarına lüzum olmadığı gibi, tasarrufun yapıldığı zaman, mükellefiyetten fiilen faydalanan kimse veya kimselerin tasavvur edilmiş olmasına da lüzum yoktur.

Bu uzun izahatımızdan maksadımız, bir çok ahvalde bir birine çok yaklaşan bu iki müesseseyi bir birinden tefrik edebilmek için mümkün mertebe vazih ölçüler vermektir. Şüpheli bir durum karşısında, eda muhtevasının yukarıdaki anlattığımız manâda, bir tevcih, bir teberrü mahiyetinde olup olmadığına bakacağız. Eğer bu vasfı görmez ve fakat bir gaye hükmü görürsek, ortada bir mükellefiyetin mevcut olduğunu kabul edeceğiz (49). Terekeden A' ya, ölünceye kadar bir irat verilmesi veya onun ölünceye kadar terekeye dahil bir maldan istifade etmesi şeklindeki bir kayıta: veya bu kimseye muhtaç olacağı nafakanın verilmesinin arzu edilmiş olması halinde, bir mal vasiyetinin mevcudiyetini kabul edeceğiz. Çünkü, bununla muris muayyen bir kimseye mâlî, mâmelekî bir menfaat sağlamak istemiştir.

49) Escher Art 482 N 16; Stüfel 72; Moser SJZ 12. S. 243; BGE. 76.II.207

Mükellefiyet gayri şahsidir. Bundan faydalanan kimseler ekseriya vardır. Fakat, onların bu istifadesi bir hak şeklinde değil, murisin, iradesi nin yerine getirilmesinin bir neticesidir. Mükellefiyetten, dolayısıyla oluşsa, mâli bir fayda sağlayan kimselerle, ondan hiçbir fayda sağlamayan ve fakat MK 462 inci mucibince ifaya selâhiyetli olan kimseler arasında, hiç bir fark yoktur. İşte bundan dolayıdır ki, inikas suretiyle, mükellefiyetten faydalananlar, hattızatında müteneffi veya müstefit olmayıp, sadece bir muhatap durumundadırlar (50). Muhatap, henüz kendi mâmelekine girmemiş olan bir kıymet üzerinde, bir hak sahibi değildir.

Hülâsa, muris yaptığı tasarrufla, bir diğerinin mâmelekine bir Mâli menfaat temin eylemek istemişse, ortada bir mal vasiyeti; Eğer müteva-fanın maksadı muayyen bir veya birkaç gayenin tahakkuku ise, ortada bir mükellefiyet olacaktır. Bu tasarrufta bu vasıflardan hangisi galiptir? Bunı tayin edecek murisin irade ve arzusudur. Bu da bir vâkia meselesidir. Eğer murisin iradesinin tâyini mümkün değilse ortada bir mal vasiyetinin mevcudiyeti kabul olunmalıdır. Böylelikle, musalehin hakkı azamî surette temin edilmiş olacaktır.

Bununla beraber mükellefiyetle mal vasiyeti, birbirlerine çok benzerler. Her ikisi de ölüme bağlı tasarruf nevilerindedir; her ikisinde bir tereke-den bir kıymet alan bir kimseye veya bir varise tahmil edilmiş bir külfettir, her ikisi de, mirasçılara tahmil edilmiş olması halinde, bir tereke borcudur. BGB, mükellefiyetin mal vasiyetinin yanı başında tereke borçlarından olduğunu sarahaten olduğunu söylemiştir. Her ikisinde vücut buluş şartları aynıdır; yâni ya miras mukavelesiyle veya bir vasiyetname ile vücut bulurlar. İki müessesenin birbirlerine bu büyük benzerliği dolayısıyla, BGB mahiyeti ile kabili telif olduğu nisbette mal vasiyeti hakkındaki hükümlerin mükellefiyetler hakkınada tatbik edileceğini sarahaten ifade eylemiştir. (§ 2192). Kanunumuzda maalesef böyle bir hüküm yoktur. Fakat BGB nin bu hükmü bizde de tatbik edilecektir. Çünkü mükellefiyet hakkındaki MK hükümleri son derecede nâkâfidir. En yakın müesseseye olan mal vasiyeti hakkındaki hükümler, MK 1 in vermiş olduğu selâhiyete istinaden, kıyasen mükellefiyet hakkında da tatbik edilecektir (51). Federal muhakemede sarahaten mal vasiyeti hakkındaki MK hükümlerinin mükellefiyet hakkında kıyasen tatbikini kabul etti (52)

5 — Mükellefiyet ve vekâlet akti: Vekâlet öyle bir akittirki, ona göre

50) Tuor Art 482 N 15; Herzer 26; BGE 67.II.205

51) Tuor Art 482 N 38; Herzer 57; Mükellefiyet ile mal vasiyeti arasındaki bu benzerlikden dolayı BGE nin hazırlanması esnasında mükellefiyete, mal vasiyetini de içine alacak bir üst mefhum nazarı ile bakılmak istenildi. Montive zum BGB Bd V S. 10.

52) BGE 76 II.206

vekil müvekkil tarafından kendisine tahmil edilen işin idaresini veya hizmetin ifasını deruhte eder (BK 386). Vekâlet bir akittir, bir mukaveledir. Buna mukabil ölüme bağlı bir tasarruftaki mükellefiyet bir vekâlet münasebeti ihtis etmez. Bilhassa tek taraflı bir hukuki muamele olan bir vasiyetname mede münderiç mükellefiyette bu cihet bârizdir. Buna rağmen bu iki müessese arasında bir benzerlikte mevcuttur. Bir vekâlet aktine mevzu olan bir eda, bir mükellefiyette de mevzu olabilir. Her ikisinde de bir işin idaresi veya bir hizmetin ifası mevzuubahistir. Kendisine ölüme bağlı bir tevcihte bulunulan bir kimseden veya bir varisten istenilen iş ve faaliyet, esas itibariyle, bir vekâlet münasebetinden mütevellit bir eda gibidir. Hattâ bu yüzden dirki Avusturya medeni kanununda mükellefiyetin adı, vekâlet manâsına gelen (Auftrag) dir. (Avusturya medeni kanunu M. 709 - 712)

Bu iki müessese arasındaki fark, işin mahiyetinde mündemiçtir. Bir vekâlet akdinden mütevellit vecibenin, kaynağı akittir. Ancak aktin tekemmülü ise vekâlet münasebeti doğar. Bu akit ileride yapılacak bir ifanın illetidir. Halbuki Ö. B. T. daki mükellefiyetin ifasında illet, mükellefin mükellefiyete mahmül bir tevcihi ivazsız olarak iktisap eylemektedir. Bir mükellefiyetin ifa edileceği sarîh olarak beyan edilmiş olabilir. Fakat bu beyan Deklaretif (beyani) bir karakteri haizdir; inşaî değildir. Mükellefiyeti ifa mecburiyeti, vaki iktisapla doğmuştur. Binaenaleyh, yapılan vaâd ve beyan, esasen vücut bulmuş olan bir hukuki münasebeti göstermektedir. Mükellefiyetin doğumunu intaç eden iktisap ya bir irade beyanı ile olur (Hibede olduğu gibi) veya kanundan ötürü olur. Ö.B.T, mevcut olan mükellefiyette durum bu son haldeki gibidir. Tasarruf kanundan dolayı, kendiliğinden iktisap olunur (MK 539, BGB 1942). Aîâkalı, ancak mirası reddetmek (MK 546) imkânına maliktir. Binaenaleyh kat'i iktisap ya mirası red müddetinin geçirilmiş olması veya reddin feragat edilmiş olmasıyla vücut bulur, (MK 539), o ana kadar infisahî şarta muallâk bir iktisap vardır.

Vekâletle mükellefiyet arasındaki diğer bir farkta; vekâlette edanın muacelliyeti hakkında BK 74 tatbik olunur. Bir mükellefiyet edası ise ancak, alâkalı tevcihin yerine getirilmesinden sonra muaccel olur. (53). Bundan sonra, vekâlet aktinde her iki taraf için rucü, dâima mümkündür (BK 306) olduğu halde, mükellefiyet mükellefi kabul etmiş olduğu tevcihe merbut bir mükellefiyeti ifadan imtina edemez, ifa ile borçludur. Bununla beraber, bu hüküm farklarına rağmen, mükellefiyete ölüme bağlı bir vekâlet münasebeti nazariyle bakılabilir.

**V — Üçüncü Şahıs Lehine Şart ve Mükellefiyet:** BK 111/2 ye göre üçüncü şahıs lehine şartın iki şekli vardır. Birincisinde lehine şart koşulan kimsenin edayı talep selâhiyeti vardır. Bu takdirde bu kimse, mezkûr münasebette, bir alacaklı durumdadır; Ve bu itibarla, kendisine bir alacaklıya tatbik edilen hükümler tatbik olunur. Buna "Hakikî manada üçüncü şahıs lehine şart" denir (54). Böyle bir üçüncü şahıs lehine şart, mükellefiyetten esaslı surette farklıdır. Her ne kadar mükellefiyet edası kendisine gidecek olan şahıs, lehine şart koşulan kimseye çok benzersede bu iki kimsenin mezkûr münasebetlerden dolayı iktisap etmiş olduğu hakların mahiyetleri başka başkadır. Hakikî manadaki üçüncü şahıs lehine şartta bu üçüncü şahıs mezkur münasebetten "bir alacak hakkı" iktisap eylediği halde, mükellefiyet müstefit veya muhatabı, mükellefiyet münasebetlerinden, böyle bir hak iktisap etmemiştir. Kendisinin yabancı olduğu münasebetten, ancak, dolayisiyle istifade eden bir kimse durumundadır. Böyle bir kimse, her hangi bir surette hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmeyecektir. Bununlaberaber, mükellefiyetli hibede durum, miras hukukundaki mükellefiyetten daha başka olabilir ve âkitler mükellefiyet müstefidine, bir hak tanımış bulunabilirler. Bu taktirde mükellefiyetten doğan hakları (edayı, müstefit (Muhatab) bizzat kendisi talep edebilir. İşte bu halde bu kimsenin durumu, lehine şart koşulan bir kimsenin durumunun aynıdır (55).

Üçüncü şahıs lehine şartın ikinci şekilide, lehine şart koşulan kimse edayı talep selâhiyeti olmaksızın sadece, kendisine başka âkitler tarafından yapılacak bir edayı, kabüle selâhiyetlidir. Bu eda kendisine yapılmıyorsa, onu talep selâhiyetine malik değildir. Bu edanın yapılmamış olması yüzünden bir zararı da olsa, bunu, doğrudan doğruya üçüncü şahıs lehine edayı vaad eden kimseden talep edemiyecektir. (56) Bu çeşit bir üçüncü şahıs lehine şartta "Gayri hakikî manâda üçüncü şahıs lehine şart" denir. İşte bu nevi bir üçüncü şahıs lehine şart, bir mükellefiyetten doğan edaların muhatabı olan kimseler bakımından mükellefiyete çok benzer. Her iki müessesede bu kimseler bir eda alacaklısı değil; sadece kendilerine yapılacak edayı kabule mezu kılınmış kimselerdir (57). Ortada hangi çeşit bir hukukî muamele olduğunu tayin edecek olan murisin iradesidir. Bu iradenin aranması ise ölüme bağlı tasarrufların tefsiri kaidelerine göre yapılır. (58).

54) V. Tuhr/Siegwart S. 680; Jean Peguignot, La stipulation pour autrui 1942

55) Oser/Schönenberger Art 112 N 9, Art 346 N 6, Becker Art 246 N 10.

56) V. Tuhr/Siegwart S. 679/680, Peguignot S. 65

57) Herzer 53, Stifel 61

58) Tuor Art 482 N 12

## § 5. Mükellefiyetin yerine getirilmesini talep hakkının mahiyeti

### I --- Mükellefiyet bir alacak hakkı doğurmaz:

MK 462 alâkahlara mükellefiyetin yerine getirilmesini talep hakkını vermiştir. Bittabi bununla kanun, alâkahlara bir **dava hakkı** bahsetmiştir. Kanunun alâkahlara tanıdığı bu dava hakkı, onlara nasıl bir hak vermektedir? Sureti umumiyede bir kimse bir diğerinden ancak bir borç münasebetine mebni bir eda talebinde bulunabilir. Bir başkasından bir edayı isteyebilme selâhiyetine talep (anspruch) hakkı denir (1) O halde bir talep hakkı, bir alacak ve bir borçluluk münasebetinin mevcudiyetine teka-bül eder. Bu münasebette mebni borçlu, bir edayı yerine getirmek mecburiyetindedir. Bir mükellefiyetin ifasını talep halinde, bu talebi yapabilecek olanların haklarının mahiyeti nedir? Diğer talep haklarında, ifadan istifade eden, doğrudan doğruya bu talep hakkıdır. Halbuki, bir mükellefiyetin ifasından istifade eden - bilhassa Alman hukukunda - bu talebi yapan kimse değildir. BGB 1940 müstefidin dâva hakkını sarahaten reddetmiştir. Diğer taraftan bir mükellefiyetin ifasında ortada tek bir borçlu bulunduğu halde, bu borcun ifasını talebe selâhiyetli kimseler bir değil, bir suruptur. Enların hepside alacaklıdır? Bu husustaki bilhassa Alman doktrinindeki ihtilâfı anlamak için, BGB nin mükellefiyet mefhumunu (1940) ve bu mükellefiyetin yerine getirilmesini talep edecek olabilleri (§. 2194) hatırlamak lâzımdır. Buna göre, bu mükellefiyet bir mirisin vasiyetname ile bir mirasçı veya bir musaileyhe, bir başkası lehine eda üzerinde bir hak bahsetmeksizin tahmil edilmiş bir eda vazifesidir. "Bir başkasına eda üzerinde bir hak bahsetmeksizin" demek suretiyle, BGB mükellefiyetten sübjektif bir hak doğmadığını sarih olarak ifade eylemek istemiştir. Bu cihet, ifayı talep hakkındaki § 2194 ile teyid olunmaktadır. Zira burada ifayı talep edecek olan muayyen kimseler gösterilmiş, bunlar arasında da mükellefiyet müstefidi (muhatapı, mürsenüleyhi) yoktur.

Mevzubahs olan mesele, BGB, § 2194 tarafından, tasrih edilmiş kimselere verilmiş olan dâva hakkının mahiyetinin tâyinidir. Bir fikre göre bu talep hakkı, bir alacak hakkı değildir. Bu fikrin başında bizzat BGB nin esbabı mucibesini görüyoruz. Ona göre "mükellefiyetin yerine getirilmesini talep selâhiyeti daha ziyade şeklidir. Bunun

1) Schwarz A; B. Borçlar Hukuku 1948. S. 65, V. Tuhr/Siegwart 13

la bu kimselere mâmelekî mahiyette bir alacak hakkı tevcih edilmiş değildir. Çünkü onların mükellefiyet edasından olan menfaatleri vasitasız değildir" (2). Endemann'a göre "mükellefiyet mükellefinin edası (borcu), borçlar hukukuna göre hakikî bir tereke borcudur. Fakat, ortada bir alacaklı olmadığından, kanun, mükellefiyeti takip ettiği gayenin nefine olarak, bazı kimselere mükellefiyetin yerine getirilmesini isteme selâhiyeti vermiştir. Fakat bunlar, bundan dolayı mükellefiyet müteneffii değildirler" (3). Windscheid - Kipp'e göre de, "mükellefiyette edayı kendi nef'ine talep edebilecek bir kimse yoktur (4). Fromhold bir "şekli ifa zorlamasından" (5), Strohal "hakikî bir alacaklının ademî mevcudiyetinden" (6), Helwig "hususî hukuk anlamında bir dâva hakkının mevzubahis olmayışından, zira ifayı talep edebileceklerin dâva haklarının mâmelekî mahiyette değil, şahsî mahiyette olduğundan bahseder (8).

Buna mukabil, başta Schulze olduğu halde, diğer bir kısım müellifler de bu hakkın tamamıyla mâmelekî mahiyette bir, alacak olduğu fikrinde dirler. Bu fikre göre, BGB mükellefiyet mükellefine bir vazife tahmil etmekle beraber ona tekabül eden ve bir başkası lehine olan hiç bir hak ihdas etmiyor da değildir; o sadece, birisi lehine iktisadi bir menfaat ihdas eylememektedir. Mükellefiyetin ihdas etmiş olduğu ve § 2194 de tadat olunan muayyen şahıslar tarafından kullanılabilir olan hak, onlara kendi için verilmiş değil, sadece bir mutemet (Treuhand) olarak verilmiştir. Bu kimseler bir "mükellefiyetin icrasını isteyebilir" ve "talep" edebilirler. Bu kimseler borçlar hukuku anlamında bir hak sahibi ve bir alacak hakkının alacaklısı değildirler. Bunların durumu, üçüncü şahıs lehine yapılan bir mukavelede kendisine bir taahhütte bulunulan (şartı koyan) kimsenin durumunun aynıdır (§ 335) üçüncü şahıs lehine bir mukavele yapmak için bunu yapan kimse, yani şartı koyan bunda iktisadî bir menfaati olması zararı olmadanda edanın (şartın) yerine getirilmesini talep edebilir. Bu edadan istifade edecek olan üçüncü bir şahıs olduğu halde, şartı koyan kimsenin hâdisede bir alacak hakkına sahip olduğundan şüphe edilmeyecektir. Netice itibariyle Schultz ye göre, mükellefiyetin icraasını talep üçüncü şahıs lehine şartta olduğu gibi, bir hak ihdas eder; ve bu hak

2) Montive S. Bd V 214/215

3) Erbrecht 1923. & 34, S. 81

4) Lehrbuch des Pandectrechts Bd. 3, Auflage 9. 1906. & 668, S. 719

5) Schultze (Treuhand) im geltenden Recht, Jnerings Jahrbuch Bd. 43 S. 92) den

6) Erbrecht Bd. I § 6 N 4

7) Schultze (S. 92) den

8) Lehrbuch des Deutschen Bur. Recht Bd. 2, S. 797 (Schultze S. 92)

bir alacak hakkıdır. Bu müellife göre mükellefiyetin yerine getirilmesini istemeğe selâhiyetli olanlar bir mütemetten başka bir şey değildir. Bu mütemedin talep yetkisinde mündemiç olan alacak hakkı, onun alacaklılık vasfına ve muhteva itibariyle itimat (Theuhand) muamelesine uygundur. Bu hakkın içerisinde, bir musalehin, onu ifa ile mükellef olan varislere karşı kullanabileceği haklar mevcuttur. Yani Bir mal musalehi ile bir mükellefiyetin ifasını isteme selâhiyetine malik olanların hakları, aynı mahiyettedir. Bu sonuncular da tereke alacaklıları meyanındadır. Bunların da defter tutulmasını talebe, resmî tasviye istemeğe hakları vardır.

İtiraf etmek lâzım gelir ki bu fikir diğer hukukçular nezdinde büyük bir kabul gördü. Ve BGB nin en selâhiyetli şarihleri bu fikre iştirak ettiler (9).

Acaba, mesele İsviçre - Türk Hukukunda da aynıdır? Zira, ifayı talep edeceklerinden bâhis olan MK 462 de ve buna tekabül eden İMK 482 Alman Medenî Kanunundan esaslı suretde farklıdır. Alman Medenî kanununa göre, ancak muayyen şahıslar bu ifa davasını ikameye selâhiyetli oldukları halde, İsviçre kanununa göre mükellefiyetin ifasında "bir menfaati olanlar" Türk kanununda ise "alâkadarlardan her biri" bu hakkı haizdirler. Görülüyor ki her iki kanunun da ifayı talep haklılarını genişletmiştir. Bundan maada, BGB ye göre mükellefiyet edasından doğrudan doğruya istifade eden kimsenin ifayı talebe selâhiyeti olmadığı halde, Türk - İsviçre hukukunda mükellefiyetten doğrudan doğruya istifade edebilecek — iktisadî veya maddî olsun veya olmasın — onlarda, yâni müstefid veya mükellefiyet edasının muhatabı da bu ifayı talep edebilecekler meyanındadır. Bu fark, BGB ye nazaran, esaslı bir fark, hattâ esaslı bir terakkidir. Türk - İsviçre kanunları, BGB nin sarahaten hariçte bıraktığı müstefidi de içine almak suretiyle, mükellefiyet müessesesinin hukuki bünyesinde bir değişiklik yapmış değildir? Türk - İsviçre hukukunda da mükellefiyet muhtevası bir Zuwendenge = kazandırıcı bir muamele değildir. Fakat mükellefiyet edası iktisadî kıymeti olan edalarda olabilir. Müstefid veya muhatap "alâkalılar"dan olduğuna göre, onun maddî ve iktisadî bir menfaati bulunduğu bir edanın yerine getirilmesini talep etmesi, tam manâsiyle bir alacak hakkı talep etmek demek değil midir? Hakkın bu mahiyeti fiilen kendisini enpeze etmez mi? Hiç değilse mükellefiyet müstfidine, maddî ve iktisadî men-

9) Planck Bd V; & 2194 N 1, S. 605; Siber Grundrisse zu Vorlesungen über deutsches Bürgerliches Recht Erbrecht, 1928 & 16, S. 61; Jung E. (in Stammler, Das gesamte deutsche Recht, 1951) S. 1125, Strohal Bd. I, 1903, & 6 N 8; Bänder Bürgerliches Recht 1930 S. 121 Enneceorus - K'pp V S. 407



faatler ihdas eden bir alacak hakkı doğmuş değil midir? Evvelâ iki büyük şarihin görünüşünü tetkik edelim:

Escher'e göre, mükellefiyette bir kazandırıcı muamele bir tevcih (= Zuwendung) mahiyeti yoktur. Mükellefiyette bir alacak hakkı tanımaksızın, birisini faydalandırmak mevzuubahistir Burada, edanın üçüncü bir şahsa yapılacağına akitlerce şart edilmiş olması halinde, kendisine eda yapılabilecek olan kimsenin (= *Condicionis implendaecausa*) haiz olduğu duruma benzer bir durum vardır. (10). yani, burada üçüncü şahıs, sadece edayı kabul eder. Fakat bu anlaşma ile ona bir alacak hakkı tanınmış değildir. (11). Diğer taraftan, Escher'e göre; ifayı talep edeceklerin durumu, iradeyi tenfiz memurunun durumuna benzer. Yani dâva haklıları bu dâva hakkını kullanırken, kendi mamelekine giren ve iktisadi bir mahiyeti haiz bir dâva hakkını değil, hususi hukuk sahasına giren, bir âmine vazifesi yapmaktadır. (12). Bu görüş Huber'in görüşüne uygundur. Çünkü Huber ifada hiç bir maddî menfaati olmayan iradeyi tenfiz memuruna da mükellefiyetin ifası hakkını tanımakta (13) dir. Huber iradeyi tenfiz memuruna da murisin bir mutemedî nazarı ile bakmaktadır. (14).

Tuor'a gelince; bu müellife göre ortada muayyen bir mükellefiyet edasının muhatap veya müstefidi bulunsa bile, burada, borçlar hukuku anlamında bir alacak davası mevzuubahis olmayıp, muhtevası, sadece murisin mükellefiyette kendini gösteren iradesini yerine getirmekten ibaret hususî karakterli bir dâva hakkı mevzuubahistir. (15). Keza Federal mahkemede bir kazandırıcı muamele olmadığını beyan eylemiştir (16).

Görülüyor ki konumuzun Alman Medeni Kanununa nazaran daha değişik ve daha geniş bir ifade tarzına rağmen dâva haklılarının hakkı borçlar hukuku anlamında bir hak değildir. Bunun da sebebi, kanunumuzun mükellefiyet müstefidine (Muhatabına) dahi bir dâva hakkı tanımış olmasına rağmen, hakkın mahiyeti bakımından durumunda bir değişiklik yapmış değildir. Bununla vazı kanun sadece dâva haklılarının hududunu genişletmiş ve böylece murisin arzusunun yerine getirilmesini azamî surette, sağlamak istemiştir. Bu suretle hiç varis olmayan bir kimse, dava ika-

10) Escher Art 482 N 19, Bu mefhumun manası hakkında bak. Von Tuhr/Siegrwart Bd. II, S. 701, N. 27, *Archiv* 1943, S. 998 No: 39

11) Escher Art 482 No. 13, 19

12) Escher Art 482 N 21

13) Erläuterungen S. 368

14) Stifel (S. 164) bu görüş tarzı ile Schultze'nin görüşü arasında bir münasebet görmek istemektedir.

15) Tuor Art 482 N 10, 17

16) BGE. 76.II.S. 206

me edebileceği gibi, bir cemiyet, bir âmme müessesesi de dâvâ açabilir. Bunların ifadan bekledikleri tamamiyle ruhî ve manevî bir menfaattir. Biz-  
zat müstefid tarafından kullanılan bir dâvâ hakkı da bu mahiyettedir. Yani müteveffanın bir dostu veya bir hayır cemiyeti tarafından açılan bir dâva ne muhtevaya malik ve hangi hukuki mahiyeti irae ediyorsa, bizzat müstefid tarafından açılan dâvâ hakkında bu mahiyettedir. Müstefid burada bir müstefid, müteneffi olarak değil, bir alâkalı olarak hareket etmektedir. Bu âlâka onu ifayı talep edecekler arasına sokmaktadır. Fakat bu âlâka hiç bir zaman bir menfaat âlâkası değildir. Bu itibarla, bu âlâka onu bir alacaklı haline sokmayacaktır. Çünkü, müstefid olmadıkları halde, dâvâ hakkına sahip olanlar, bu haklarını kullanmakla, alacaklı olmuş değillerdir.

İtiraf etmek lâzımdır ki, bilhassa Türk - İsviçre hukukunda müstefidin bu hakkına bir alacak hakkı dememek biraz gayri tabiidir. Zira ölüme bağlı bir tasarruftan ayda yüz lira alan bir müstefid bakımından, bunun bir vasiyet veya bir mükellefiyet edasından ileri gelmesinin ehemmiyeti yektir. Buna rağmen, nazari bakımdan bu tefrik zaruridir. Çünkü vasiyetin yanı başında mükellefiyet müessesesine yer veren bir mevzuatta bunun manası olmalıdır. Mükellefiyetin mal vasiyetinden yegâne farkı, Mükellefiyette müstefide bir alacak hakkının verilmemiş olmasındandır. Eğer bu farkı da ortadan kaldıracak olursak, mevzuatda sarîh bir yeri olan bir müesseseyi ortadan kaldırmış oluruz. Diğer taraftan, mükellefiyet müessesesinin tarihi tekemmülü, onda bir alacak hakkı tanımak istememektedir. Bir hukukî diğeri tarihi olan iki sebep mükellefiyet müessesesinin bu karakteristik şahsiyetini meydana getirmektedir (17).

Bununla beraber,, müteveffa müstefide muhtevası bir alacak hakkı olan bir dâvâ hakkı tanımak istemiş olabilir. Fakat bu takdirde iş, mükellefiyet müessesesinden mal vasiyeti müessesesine intikal edecektir. Fakat bunun böyle olduğu murisin tasarrufundan veya onun iradesinin tefsirinden sarîh olarak anlaşılmalıdır. (18). Bazı hallerde, bu cihetin tefriki mümkün değildir. Bu takdirde bir mal vasiyetinin mevcut olduğu kabul olunmalıdır. Çünkü, incelediğimiz bu tefrik, herkesçe malûm olmadığı gibi mal vasiyeti halk arasında daha münteşir olan bir tasarruf şeklidir. Murisin daha çok müstamel bir tasarruf nevi bulunan mal vasiyeti yapmak istediğini kabul etmek doğru olur. Bundan başka, mükellefiyet yerine bir mal vasiyetinin kabulü hak sahiplerinin haklarını daha fazla teminat altına alacaktır (19).

17) Herzer 54

18) Tuor S. 201. Herzer 55, Stifel 73/75

19) Dernburg Bürgerliches Recht Bd. V. S. 246 Binder 121

## II. Bir alacak hakkının mevcut olmayışının hukukî neticesi:

Mükellefiyetten doğan hakkın bir alacak hakkı olup olmadığının yalnız nazari neticeleri değil, bilhassa, pratik neticeleri de vardır. Bu hakkın bir alacak hakkı olduğunu iddia edenler bile, borçlar hukukunun anladığı anlamda bir hak olmadığında müttefiktirler. Bunlara göre, burada bir alacak hakkı mevzuubahs olmakla beraber, bu aynı zamanda resmî bir karakteri de haizdir. Bu, hak, hak sahibinin mamelekine giren bir hak değildir. Burada bir başkasının yararına (fremdnutzig) olan bir hak vardır. Dava hakkı sahibi, bu hakkını kullanırken adeta resmî bir âmme vazifesi ifa eylemektedir (20). Sanki bir maksat için toplanmış olan bir mamelek idarecisinin veya bir iradeyi tenfiz memurunun vazifesinde olduğu gibi. Ortada bir temsil olunan mevcut bulunmadan, mükellefiyetin ifasını talebe yetkili olanlar, birer resmî vazifedardırlar. Hattâ bu hal, ortada himayeye muhtaç bir temsil edilen mevcut olmadıkça, hususî hukuk sahasında bir kimsenin resmî bir vazife ile tavzif edilebileceğinin bir ifadesidir (21). Bu vazifenin tekâbül ettiği hak, mâmleleki bir karaktere sahiptir. Bu hakkın icrasında, mevzuubahs hak sahiplerinin şahsî menfaatleri mevcut değildir. Bunun mühim neticeleri vardır: Bu yüzden bu hak mirasçılara intikal etmez. Hak sahibinin ifiâsı halinde bu hak onun iflâs masasına girmez, haciz edilemez. Çünkü ortada müflisin alacaklısını tatmin edebilecek bir hak mevcut değildir. Bu hak bir mümessil vasıtasıyla de kullanılabilir. Fakat, temlik edilemez. Mükellefiyet bir insanın ömrü ile veya zaman kaydile mukayyet değildir. Bu hak daima kullanılabilir. Fakat hak sahibi, bunu istimal mecburiyetinde de değildir. Ve bu haktan feragat edemez. (22) Federal mahkemede mükellefiyet alacağının kabili haciz olmadığını icthad eyledi (23).

Talep hakkının bir alacak hakkı olmadığının diğer mühim bir neticeside ademi ifanın hiç bir zaman tazminat talebine hak vermemesindedir. Hattâ ademi ifa, mükellefin kusurundan da ileri gelse, yine tazminat

20) Jung (Das gesamte Deutsche Recht) S. 125, Siber & 16, S. 61

21) Binder 121

22) Siber 61/62, Windscheid - Kipp Bd. III, 1906, & 668 S. 719; Dernburg, Erbrecht & 86; Binder S. 121; Planck S. 605; Enneccerus - Kipp S. 407; Jung S. 1125; Schultze 94/95; Strohal Bd. I. S. 263, Herzer 55 Tuor Art 482 N 18

23) BGE. 66. III. 66/67; Federal mahkeme dâva hakkının müruruzamana uğrayıp uğramamasında mütereddittir: BGE. 76, II, 208; mezkûr mahkemeye göre müruru zamana tabi olduğu takdirde MK 580 nin kıyasen tatbik edileceği fikrindedir: Burada tasarrufun infazı anından itibaren başlayacaktır. BGE. 67. II. 209

talep edilemeyecektir (24). Esas itibariyle davâ haklıları, bu haktan feragat edemezler. Mükellefiyetin gayesini ihlâl eden bir uzlaşma yapamazlar. Fakat bazan tam veya kısmî bir feragat veyahutta böyle bir uzlaşma haklı sebeplere istinat edebilir. Meselâ, değişen fevkalâde durumlar, ifa mükellefi için mahvedici olabileceği gibi bazan da aynen ifa, bizzat mükellefiyetin kendisine veya gayesine zararlı olabilir. Bu gibi durumlar karşısında, mûris sağ olsaydı kendisi bazı tadilâta müsaade edebilecek idiyse bu takdirde dava haklılarının tam veya kısmî bir feragat veya bir uzlaşmağa selâhiyetleri olmalıdır (25). Hülâsa hüsnüniyet kaidelerine (MK. 2) muhalif olarak yapılan bir feragat bâtıldır. Ve bu feragat mükellefiyetin zâtına tesir etmez. Feragatın tecvizi, mükellefiyet için zararlı neticeleri tecviz etmek demektir. Zira dava haklısı, mükellef ile anlaşmak suretiyle, mükellefiyeti işlemez bir hale getirebilir. Bu hal ise, kanunun mükellefiyetten beklediği gayeye ve gerek hüsnüniyet kaidelerine mugayyerdur.

Buna mukabii mükellefiyet borçlusu borçlar hukuku manasında bir borçludur. Ve hakkında borçların umumî hükümleri tatbik olunacaktır. Borçlunun iflâsı halinde mükellefiyet borcu da masa borçları meyanındadır (26). Federal Mahkeme, daha da ileri giderek, bir mükellefiyetle mahmul bir intifa hakkı vasiyeti alacağının, musaileyhin alacaklıları tarafından haczinde, mükellefiyetin yerine getirilmesi için zaruri olan miktarı kadar, kabili haciz olmadığına karar vermiştir. Bu suretle mükellefiyetin ifası için zaruri olan vasiyet alacağının gayri kabili haciz mallardan telakki etmiştir (BGE. 66 III. 65).

Mükellef mükellefiyeti ifa etmezse, hakim, münasip bir mehil tayin etmelidir (27).

24) No: 22 deki mükelleflerden başka, Escher Art 482 N 22, Stüfel S. 165, Buna mukabil Rosset (Cilt II. S. 66) müteneffiin kusurlu ademî ifa halinde tazminat talep edebileceği reyindedir.

25) Planck, Bd. V. & 2194 S. 605, Schultze 94, Strohal & 38 N 23

26) Planck, Bd. V. & 2194 S. 605

27) S. J. Z. 22. 350 No: 302

## § 6 Mükellefiyet borcunun doğuşu ve muacceliyeti

### I — Genel olarak :

Bir borcun doğuşu ile onun muacceliyet kesbemesini birbirinden tefrik etmek lâzımdır. Borcun doğumu ile alacaklı, bir hak iktisap etmiş, bu hak onun mamelekine bir kıymet olarak girmiştir. Fakat bu borcun ifasının talep edilebilmesi için, onun muaccelde olması lâzımdır. (Bk. 74). Borçlar hukukunun bu prensipi miras hukukundan doğan borçlarda da câridir. Nitekim, muayyen bir mal vasiyeti, musaleh lehine bir alacak hakkı doğurur. Musaleh bu hakkı, mirasın açılması, yâni, mürisin vefatı halinde, mirasa ehil olarak sağ olmakla iktisap eder, (Mk. 523 539). Hak bu andan itibaren doğmuştur. Ve bir alacak hakkı olarak musalehin mâmelekine girmiştir. Fakat hemen bu anda vasiyet edilen şeyin teslimi istenemez. Çünkü, vasiyet alacağı henüz muaccel olmamıştır. Muacceliyet için, vasiyeti tenfiz ile mükellef olan varisin, mirası kabul etmiş olması veya muayyen olan kanunî müddet zarfında mirasın reddedilmemiş olması lâzımdır (Mk. 550, 546). Vasiyeti tenfiz ile mükellef olan varisin varislik sıfatının katileştiği an, mal vaziyetinin de muaccel olduğu andır. Bu andan sonradır ki, musaleh, yapılan vasiyetin ifasını talep ve davâ edebilir.

### II. Mükellefiyette durum:

Mükellefiyet borcunda durum nasıldır? Evvelce de işaret olunduğu gibi, 462 nci madde İsviçreli' aslının aynı değildir. Vaki tercüme farkı, bizi bu durum üzerinde, mukaddem, bir araştırmaya sevkeylemektedir. Evvelâ, Almanca ve Fransızca metinler arasında bir fark mevcuttur. Almanca metinde "Sobald die Verfügung zur aussfrüing gelangt ist" = tasarruf ifa olduğu andan itibaren denmektedir. Burada, mevzuubahs olan "tasarruf"un Mk 463 ilâ 477 arasında mevzuubahs ölüme bağlı tasarruf neveleri olduğunu hatırlatalım. Buna göre, madde ancak gayri müstakil, yâni, ölüme bağlı bir tasarruf nevine (muayyen bir mal vasiyetine veya mirasçı nasbına) merbut olan bir mükellefiyeti istihdaf eylemektedir. Halbuki, ortada ölüme bağlı bir tasarruf nevi olmadan da kanunî mirasçılara bir mükellefiyet tahmili mümkündür. Buna müstakil, bir mükellefiyet dendiği malûmdur (1). Binaenaleyh, mezkûr hükmü, bu iki mükellefiyet şekline göre tefrik ederek tetkik etmek lâzımdır.

1) Escher Art 482 N 8, 20; Tuor 482 N 15, 21; BGE 76 II, 207.

1) **Müstakil mükellefiyetler** : Burada mükellefiyet mükellefi,, kanunî varislerdir. Bunlar, murisin ölümüyle varis ve terekeye sahip olurlar (Mk. 539/1). Bu andan itibaren, terekenin borçlarının da borçlusudurlar. Bir tereke borcu olan mükellefiyet borcu da, bu anda doğar. Fakat mirası reddedebilmek durumunda oldukları için, kendilerinden mükellefiyetin ifası henüz talep edilemez. Mirasın kabulü için, muayyen müddetin istimal olunmadan geçmesi veya ret hakkının sukût etmesi lâzımdır. Ancak bu andan sonradır ki, evvelce doğmuş bulunan, mükellefiyet borcu muacceliyet kesbedecektir (2).

2) **Gayri müstakil mükellefiyetlere gelince**: Burada da mükellefiyet borcu mirasın açılması ile doğar. Musaleh veya mansup mirasçı, kendilerine bir mükellefiyet tahtında yapılmış olan bir tevcihten haberdar olsun veya olmasın, veya bundan istifade arzusunu izhar etsin veya etmesin, mükellefiyet borcu doğmuştur. Fakat borcun borçlusu henüz malûm değildir. Mal vasiyetinde de durum böyledir. Terekenin açılması ile vasiyet doğmuştur. Fakat muacceliyet için, vasiyeti tenfiz ile mükellef kılınmış olan kimsenin mirası kabul etmiş olması veya mirası red için muayyen olan müddetin sakıt olmuş olması lâzımdır (Mk 541). Halbuki mükellefiyette durum başkadır. Mükellefiyet borcu ancak kendisinin merbut bulunduğu tasarruf nevinin bil fiil icra (yerine getirilmiş) edilmiş olması da lâzımdır. Bilfarz, bir mal vasiyetine merbut olan bir mükellefiyetin yerine getirilmesinin talep edilebilmesi için, musalehin bilfiil bu kıymeti elde etmiş olması, mansup bir mirasçı mevzubahsise, onunda terekeden bilfiil hissesini almış olması da lâzımdır (3). Musaleh veya mansup mirasçı, vâki tevcihi fiilen almadıkça, mükellefiyeti ifa ile borçlu değildirler. Zira borç henüz muaccel değildir. Hattâ keyfi bir sebeple musaleh veya mansup mirasçı fiilen kendisine yapılan tevcihi almamış olsalar bile, durum böyledir. Şu kadar ki, hüsnüniyet kâidelerine muğayyir bir geciktirme halinde, Mk 2/2 ye dayanarak, bunu önlemek mümkündür (4). İşte ancak bu andan itibaren mükellefiyetin ifası mükellefinden mahkeme dışı talep veya mahkeme içi dava olunabilir. Burada mükellefiyet borçlusunun durumu ile mal vasiyeti borçlusunun durumunu mukayese edecek olursak, birincisi hakkında daha müsamahalı hareket olunduğu görülür. Zira, kendisine muayyen bir mal vasiyeti borcu tahmil edilmiş olan mansup bir mirasçıdan, vasiyetin ifası mirasçılık vassının katileşmesi anından itibaren talep edilebilecek ve bu kimse ken-

2) Tuor Art 482 N 20; Escher 482 N 24; Krayenbühl 83; Stifel 144.

3) Tuor Art 482 N 19; Escher 482 N 24; Herzer 57/58; Stifel 146/147.

4) Tuor Art 482 N 19; Krayenbühl 84; Stifel 140; Herzer 58.

disine yapılmış olan tevcihi henüz bilfiil almadığını ileri süremeyecektir. Halbuki aynı kimseye tahmil edilen mükellefiyetin ifasını talep halinde ise bu kimse kendisine yapılan tevcihin henüz verilmediğini ileri sürebilecektir. Bu suretle mükellefiyet borçlusu, mal vasiyeti borçlusuna nazaran daha favörlü bir muameleye tabi tutulmuş olmakta buna mukabil, bir mal vasiyeti borçlusu mükellefiyet borçlusuna nazaran daha ağır bir yük altındadır (5) Vasiyet borçlusu, ifa zamanı bakımından, daha hafif bir yük altında bulunan mükellefiyet borçlusuna nazaran, daha ağır bir muameleye tâbi tutulmuştur.

İMK'nın Fransızca, ve bunun aynı olan İtalyanca metni başka bir görüş tarzına da müsait görünmektedir: Fransızca metinde "bizzat tasarrufun hüküm ve netice (= effet) tevlidinden itibaren" denilmektedir. Bu ifadeye göre, mevzuubahs tasarrufun "hukuki" neticeler tevlidinden itibaren, ifada talep edilebilecek, mükellefiyet borcu da, mal vasiyeti borcunun muaccel olduğu anda muaccel olacaktır (6). Bu da, kâideten, mükellefin mirası kabul etmesi veya red hakkının sukûtu andır. Eğer bu mükellef tevcihi reddetmiş ise, borç reddeden kimsenin yerine kâim olan varise geçecektir (7). Bu ân, müstakil mükellefiyette muacceliyet andır. Bununla beraber, mükellefiyet borcunun muacceliyeti için sarih bir hüküm vazetmek ihtiyacını duyan vazı kanunun, mükellefiyet ile mal vasiyeti borcunu ayrı ayrı muameleye tabi tutmak istediği pek alâ iddia olunabilir.

Federal mahkeme birinci noktai nazari kabul eder görünmektedir. (8).

Şimdi Türk medenî kanununun 462 nci maddesinin bu hususa dair olan hükmünü tetkik edelim: "Miras mukavelesinin veya vasiyetin infazından itibaren" denmektedir. Burada ki miras mukavelesi ve vasiyet tabirleri İsviçreli aslında yoktur. Saniyen vasiyet tâbiri kanunumuzda mal vasiyeti manasına da gelir; bu terim ile, miras mukavelesinin yanı başında kullanıldığına göre, "vasiyetname" kast olunmaktadır. İsviçre Mk 482 de icrası mevzuubahs olan "tasarruf" maddi manada, yani, tasarruf nevilерinden birinin icrası kastedildiği halde bizim kanunumuzda şekli manadaki tasarruf nevileri kaydedilmiştir. Bu itibarla icrası mevzuubahis olan bu ikinci manadaki tasarruf kast edilmiştir. Fikrimizce, gayri kastı

5) Escher Art 482 N 24.

6) Escher Art 482 N 24.

7) Tuor Art 577 N 5.

8) BGE. 76. II. 208/209, Keza Neuchatel kanton mahkemesi mükellefiyetin ifasının vasiyetin tesliminden sonra talep edilebileceği içtihadındadır. S. J. Z. 22, 359 N 302.

olarak yapılmış olan bu tercüme farkından dolayı bir mahzur doğmayacaktır. Maddî manadaki ölüme bağlı bir tasarrufun ifası ile şekli manadaki bir ölüme bağlı tasarrufun icrası aynı neticeleri doğuracaktır. Çünkü, maddî manadaki bir tasarruf şekli manadaki tasarrufun muhtevasıdır. Bunlardan birinin icrası diğerinin de icrasını tazammun eder. Mk 462 de "infaz"dan bahsolunduğuna göre, bizde durum Fransızca metnin sebebiyet verdiği anlayış tarzına müsait değildir. Yani TM kanununa göre, mükellefiyetin ifası, ancak alakalı tasarruf'un fiilen ifasından sonra talep edilebilir.

3) **MK 462 nin üzerinde durduğumuz hükmü âmir hükümlerden değildir:** Ortada mükellefiyetin derhal ifası lehinde kanunî bir kârîne mevcuttur. Muris ifanın daha erken veya daha sonra yapılmasını arzu edebileceği gibi, bu, işin mahiyetinden de anlaşılabilir. İfanın daha geç bir zamanda yapılmasının istenmiş olmasının ispatı mükellefiyet borçlusuna düşer (9). Vaktinde ademi ifa mükellefiyeti ortadan kaldırmaz. Ancak bu hal cebri icra yolu ile takibe hak verir (10). Tekfîn ve defne müteâdir olan mükellefiyetler gibi muayyen zaman ve mahalde yerine getirilmesi zarurî olanlar ifa edilmeleri icap ettikleri andan itibaren muaccel olurlar.

#### 4) İfaya davet:

İfa, gerek hususî suretde ve gerek mahkeme vasıtasıyla talep olunabilir. Mahkeme dışı bir talep ihtar yolu ile olur (Bk. 101). Bu ihtar mükellefiyet borçlusunun temerrüdünün neticelerini husule getirir. Ortada borçlar hukukî anlamında bir alacağın bulunmaması, borçlunun temerrüd yüzünden durumunun ağırlaşmasına mani değildir. Çünkü, mükellefiyet borçlusu, borçlar hukuku anlamında bir borçludur. Bilhassa bu cihet, ileride mevzuubahs olabilecek, sebepsiz iktisap davasının şumülü bakımından ehemmiyetlidir.

Talebin bir mahkemeye yapılmış olması takdirinde, davanın hangi mahkemeye açılacağına ehemmiyeti vardır. Mirasın açıldığı mahkeme mi, yoksa mükellefin ikametgâhı mahkemesi mi? Bunu tayin edecek olan mükellefiyetin şumülü ve bilhassa mükellefin kim olduğudur. Eğer mükellefiyet bütün terekeye şamil ve meselâ müstakil bir mükellefiyet

9) Escher Art 482 N 25; Stifel 59; Neuchatel kanton mahkemesinin 1.11.1925 tarihli kararında: "mükellefiyetin ifası zamanı hakkında murisin sukutu ihtiyar etmiş olması başka bir delil olmadıkça, kanununun ihdas etmiş olduğu karineyi bertaraf edemez. Eğer musaleyh mükellefiyeti derhal ifa etmemek isterse, hakim ona katî bir mehil verir. Bu müddet zarfında ifa etmezse vasiyeti red etmiş sayılır". SJZ 22. S. 359 No: 302

10) Tuor Art 482 N 21, SJZ, 22 S. 359, No: 302.



ise, mirasın açıldığı mahkeme, eğer sadece bir veya bir kaç mükellefe tahmil edilmiş ise o zaman mükelleflerin ikametgâhı mahkeme selâhiyetli olacaktır (11).

**5) Murisin alabileceği başka tedbirler :**

Buraya kadar ifanın adli teminatından bahsolundu. Acaba muris mükellefiyetin icrasını temin için kendisi başkaca hususi tedbirler alamaz mı?

a) Muris bir vasiyeti tenfiz memuru tayin eylemek suretiyle ifayı azamî suretde teminat altına almış olabilir.

b) "Mahrum edici" kayıtlar koymak suretiyle muris diğer bir müeyyideyi istimal edebilir. Buna göre muris, böyle bir tasarruftan faydalanan kimsenin mükellefiyete itirazı takdirinde, kendisine yapılan tevcihten mahrum kalacağı şartını kor. Şayet kendisine tevcihte bulunulan kimse, murisin arzu ettiği şeylere karşı mukavemet veya bunlara itiraz ederse, kendisine yapılan tevcihten mahrum kalacaktır. Bu nevi kayıtlara "mahrum edici kayıtlar" denir. Bunlar esas itibariyle batıl değildir. (12). Bu nevi kayıtlar, infisahî bir şart mahiyetindedir, ve pek çok ahvalde mükellefiyetin ifası için müessir bir müeyyidedirler. Bununla beraber mükellefiyetin zorla yapılmasını temin eyleyemezler. Sadece ilerideki bir ihtilâfı önlemiş olur, yani kendisine tevcih yapılan kimseye verilmiş olan kıymet, bu şartın tahakkuku halinde sebepsiz iktisap hükümlerine tevfikân geri alınır. Böyle bir kayıt murisin öyle arzu eylemiş olması şartıyla mirasçının hakkının sade mahfuz hisseye inhisar edeceği şeklinde de olabilir (13). Bu kayıtlar kanuna aykırı değildirler. Zira muris hiç bir sebep göstermeden de tasarruf nisabı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bittabi böyle bir kayıt muris tarafından yapılan tasarruf ve beyanların hakiki olup olmadığı hususuna şamil değildir. Yani bu kayıtlara rağmen, gerek bu kayıtların merbutu bulunduğu tasarrufun, hakikaten murisin iradesi mahsulü olup olmadığına her zaman itiraz olunabilir. Ve mahrum edici bir kayıt bu itirazı önleyemez (14).

**6) Manevî Müeyyide:**

Buraya kadar tadat olunan müeyyide ve imkânlar mükellefiyetin ifa

- 11) Tuor Art 538 N 17, Herzer S. 60, Fakat Escher (Art 538 N 7) mal vasiyeti hakkındaki selâhiyetli mahkeme münasebetile bu ikiliğe taraftar gözükmemekte ve her ikisi hakkında da mirasın açıldığı mahkemeyi selâhiyetli görmektedir.
- 12) Escher Art 482 N 33; Tuor Art 482 N 29, Herzer 60; Keza Turgau kanton yüksek mahkemesinin bir kararı SJZ Bd. 16. S. 181, No: 38; Bununla beraber Ros. sel. - Mentha (T. 2. S. 67) ve S. Gönensay Miras S. 84 aksi fikirdedirler.
- 13) SJZ Bd. 16. S. 181, No: 38
- 14) Escher Art 482 N 33; Tuor 482 N 29

edilmesi için kâfi bir teminatdır. Bunların sayesinde bütün mükellefiyetlerin icrası hususu sağlanmış addedilebilir. Bunlar haricinde kalan bir teminatada işaret edelim. O da manevî ve ahlâkî teminatdır. Muris ile mükellef arasındaki münasebetten doğan bu teminat tatbikatta hukukî teminatdan daha fazla tesirlidir. Bu da ahlâkî teminatdır. Bu sayede ekseri mükellefiyetler hiç bir hukukî ihtilâfa sebebiyet vermeden kendiliğinden ifa ediliirler. Bu kendiliğinden yapılan ifaların esaslı saiki hukukî müeyyide olmakla beraber ahlâkî tazyiktir.

Mükellefiyetlerin icrasını talep münasebetiyle onunla birlikte Mk 462 de hükme bağlanmış olan ve hattızatında bir zuhulden başka bir şey olmıyan bir cihetede işaret edelim. 462/1 mükellefiyet ve şartların icrasından bahseder. Yani maddeye göre mükellef tarafından icra edilmeyen bir şartın da icrası dava edilecektir. İleride tekrar temas olunacağı üzere bir şartın zorla tahakkuku mevzuubahs olamaz. Hattâ o şart mükellefin keyfine de tabi olsa durum yine böyledir. Şart hukukî muameleden müstakîi olan bir hâdisedir. Bu hâdise ya tarafların iradeleri dışında bir hâdisedir. Eşyanın seyrine göre bunun vukuû veya ademi vukuu hukukimuamele üzerine tesir edecektir. Bir taraf şu şartı yerine getirmemekle şartın infisahî veya taliki olmasına göre tevcihe hak kesbedecek veya etmiyecektir. Bunun bir dava ile tahakkuk ettirilmesi mevzuubahs olamaz. Bu itibarladır ki ifa davası sadece mükellefiyete ait olup şartada şamil değildir (15).

---

15) Tuor 482 N 22, Escher Art 482 N 18; Herzer 86.

## § 7 Mükellefiyet borçlusunun mes'uliyeti

Her ne kadar mükellefiyetten, müstefidi lehine bir alacak hakkı doğmamakta ise de, onun borçlusu nezdinde bir borç tevliit eder. Mükellefiyetten dolayı borçlunun ne nisbette sorumlu olacağı mevzuabahs olur. Çünkü bu borç, onun kendi fiili mahsulü değildir; bir başkasının, (murisin), kendisine yapmış olduğu bir tevcih, veya kabul etmiş olduğu bir miras hissesinden dolaydır. Burada mevzuabahs olan mes'uliyet, mükellef tarafından bizzat ifa edilmesi icabeden mükellefiyetler olmayıp, sâdece kıymeti para ile kâbili takdir olan mükeilefiyetler hakkındadır. Evvel emirde tetkik edilecek mesele, bir mükellefin ortadan çekilmesi halinde, ona terettüp eden borç mukadderatının ne olacağı; sonra da, mükellefiyetin mucip olduğu masrafın, vâki tevcih, düşen miras hissesi miktarını veya vârisin mahfuz hissesini tecavüz etmesi halinde durum ne olacağıdır.

### I — MÜKELLEFIYET BORÇLUSUNUN ORTADAN ÇEKİLMESİ :

1) Mal vasiyetinin reddi hali: Mk 556 ya göre, musaleh vasiyeti reddedebilir. Bunun neticesi olarak musaleh, vasiyete merbut olan yüklerden, ve bu meyanda ona tahmil edilmiş olan ikinci derecedeki vasiyetlerle mükellefiyetlerden kurtulur (1). Bunun hilâfını düşünmek, yâni, reddedeni buna rağmen ikinci derecedeki vasiyet veya mükellefiyetle borçlu tutmak adâiete uygun olmazdı. Şunu ilâve edelim ki, musalehin aradan çekilmesi, prensip itibariyle, ret edilen vasiyete tahmil edilmiş olan mükellefiyetin de yok olması demek değildir. Vasiyetin musaleh tarafından reddinin, mükellefiyetin de tamamen yok olmasını mucip olması, bizi kabule şayan olmıyan neticelere sevkederdi. Böylece, musaleh ile mükellef anlaşabilir. Ve musalehten elde edeceği menfaat mukabilinde, mal vasiyetini reddederdi. Halbuki musaleh, kendisini başka yoldan tatmin ederek kendisini mükellefiyetten kurtarabilirdi (2), bu suretle de mükellefiyetin ifasını sağlayacak olan teminat bertaraf edilmiş olurdu. Bu takdirde MK'nin mal vasiyeti hakkında koymuş olduğu M. 466/2 yi burada da kıyasen tatbik etmek lâzımgelsecektir. Federal Mah. nin ictihadı da bu merkezdedir (3). Bu hükme göre vasiyeti ifa ile mükellef olan, mirasçılığı veya lehine yapılan vasiyeti ret, veya mütevaffadan evvel vefat ederse, bununla vasiyet ortadan kalkmaz. Yani bu halde vasiyeti tenfiz ile mükellef ola-

1) Tuor Art 577/5

2) Strohal Ed. 1. 38 Not 23; Escher Art 486 N 7, Tuor 486 N.; Sultze 95.

3) BGE. 76. II. 207.

nın yerine kaim olan kimse bu vasiyeti de ifa ile mükellef olur. Böylece, bir mükellefiyeti ifa ile mükellef olan, daha evvel vefat, mahrumiyet, ret sebebiyle ortadan çekilirse, bu tasarrufa bağlı olan mükellefiyeti de ortadan kalkmaz çekilenin yerine kâim olan kimse veya kimseler, mükellefiyet mükellefi olurlar (4). Kanunî şartları muhtevi olmadığından dolayı bâtil olan bir mal vasiyetine merbut bir mükellefiyet mükellefi, kanunî mirasçılardır (5). Meğer ki tasarruftan hilâfi anlaşılabilir.

**2) Kendisine bir mükellefiyet tahmil edilmiş olan bir vârisin, aynı sebeplerden dolayı, ortadan çekilmesi:** Bu takdirde MK 551 tatbik olunur. Buna göre, bir tereke de bir çok kanunî mirasçılar bulunur. Ve bunlardan bir tanesi mirası reddederse, bunun hakkında sanki bu varis murisin ölümünde sağ değilmiş gibi muamele yapılır. Yani onun yerine onun fûruğu gelir. Fûruğu da yoksa, bunun hissesini - muris tarafından tayin edilmiş mansup bir mirasçı yoksa - diğer müşterek varisler alırlar. İşte mirası reddeden varise tahmil edilen bir mükellefiyet, mirasın reddile ortadan kalkmaz, diğer varisler, hisseleri nisbetinde mükellefiyet mükellefi olurlar. Keza, bir mansup mirasçıya tahmil olunan mükellefiyette de aynı surette hareket olunur. Mansup bir mirasçının mirası reddi halinde, hissesi, kanunî mirasçıların hissesini arttırır. Bittabi muris, mansup mirasçının reddi halini düşünerek, onun yerine kaim olacak, bir mirasçı da tayin edebilir. Bu takdirde kâim olan mirasçı, mükellefiyet mükellefi olur. Bu son hal müstesna, reddeden mansup mirasçıya tahmil edilen mükellefiyetin mükellefi, esas itibariyle, bütün terekedir. Bu takdirde her varis ancak hisseleri nisbetinde sorumludurlar.

**3) Daha evvel ölüm sebebiyle mirasçı olmama:**

Mükellef varis, muristen önce vefat sebebiyle mirasçı olamamışsa, onun fûruğu onun yerine mükellefiyet borçlusu olur.

**4) Mirasın reddi hali:**

Eğer miras bütün mirasçılar tarafından reddolunmuş ise (MK. 552). Mirâs, iflâs dâiresi tarafından tasfiye olunur. Bu halde varislere veya terekeye tahmil edilmiş olan mükellefiyetlerin akibeti ne olacaktır? Gerek Escher (6) ve gerek Tuor (7) bu takdirde icra dâiresinin, tereke bakiyesinin kifayeti halinde, mükellefiyetlerin de mümkün mertebe yerine

4) Escher Art 486 N 7; Tuor Art 486 N 12; Herzer 62.

5) BGE. 76. II. 207, Musaleyh olan bir hükmi şahsın kısa bir zaman için infisah etmesi - murisin arzusuna uygun ise - onu mükellefiyet mükellefiyetliğinden çıkarmaz, mükellef o hükmi şahsın yerine kaim olan şahsa intikal eder. BGB. 46.II.229

6) Art 486 N 7

7) Art 486 N 12

getirilmesi reyindedirler. Fakat bu görüş tarzı, musalehiere tahmin olunan mükellefiyetler hakkında isabetli olmasa gerektir. Zira alacaklılar alacaklarını aldıktan ve bütün tasfiye masrafları çıktıktan sonra bir miktar para kahrırsa, bunun da musaahilere verilmesi lâzımdır. Musalehler, tasfiye sonunda, kısmen veya tamamen kendilerine yapılan vasiyeti aldıklarına göre, bu vasiyete merbut bulunan mükellefiyetin borçlusu olurlar ve bunları ifa mecburiyetindedirler. Bu ifa, MK 460 daki kimseler tarafından talep edilebilecektir. O halde, bizzat vasiyetin yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu ahvalde, bu işi tasfiye idaresi (İcra İflâs dairesi) nin yapmasının sebebi olmasa gerektir (8).

**II. Mükellefiyetin bir varis veya bir musalehe tahmil olunması**  
Burada borcun sebebi, bu kimselerin, muristen ivazsız bir kıymeti iktisap etmiş olmalarıdır. Muristen herhangi bir surette 10.000 lira kıymetinde bir kıymete tevâris eden bir kimseye, bilfarz, 9.000 lira değerinde bir külfet (mükellefiyet) tahmil olunabilir. Fakat, aynı kıymette bir iktisap yapan bir kimseye, bilfarz, 15.000 liraya mal olan bir külfet tahmil edilebilir mi? Ve bilhassa mahfuz hisseye sahip olan varislere tahmil olunan mükellefiyet mahfuz hisse miktarını aşabilir mi?

**1) Mahfuz hisse sahibi olan varisler ile musalehlerin durumu:**

Bu hususlar hakkında kanunumuzda bir cevap bulmak mümkün değildir. Fakat dolayısıyla de olsa, bir hüküm yokmu dur? Ezcümle mal vasiyetine mütedair olan 466 ncı madde de "tereke mevcudunu veya vasiyeti ifa ile mükellef olan kimseye edilen teberrü miktarını veya tasarruf nisabını tecavüz eden vasiyetlerin mütenasiben tenkisi talep olunabilir" denilmektedir. Acaba bu hükmü, kıyasen mükellefiyetler hakkında da tatbik kaabil değildir? Bu hususa dair ilk ve kat'i cevabı Huber (9) veriyor: "Biz bu hususta hiç bir hüküm vaz etmemeyi muvafık görüyoruz. Eğer mükellefiyet ağır ise, mükellef, ya davâ haklıları ile anlaşmak veya mirası ret etmek cihetine gidecektir. Bunları yapmıyarak mirası kabul etmiş ise, kendisine, aldığından fazla vasiyet borcu tahmil edilmiş ve fakat tenkisi talep etmemiş, bir vasiyet borçlusu gibi, bir mükellefiyet mükellefi de öylece mes'ul olacaktır". Yani mükellef, kendisine vâki tevcihin değerini aşan mükellefiyetleri de ifa etmelidir. Huber tarafından teklif olunan sureti hallin birincisi, gayri kaabili tatbiktir. Bütün alâkalıların bir hususta anlaşması her zaman mümkün değildir. İkincisi, yani, mirası red şekli ise, çok ağır bir neticedir. Huber'e göre mahfuz hisse sahipleri için de bir tenkis davası mümkün olamayacaktır. Fakat, bu

8) Herzer 63/64

9) Elauterungen S. 309

fikir, bizzat kanunun sistem ve muhtevası ile kaabili telif değildir. Çünkü, diğer ölüme bağlı tasarruflara karşı mahfuz hisse sahiplerinin hakları mahfuzdur. MK 502 de hal böyle olduğu halde, daha zayıf bir hukukî bünyeye malik bulunan mükellefiyet karşısında mahfuz hisse neden eriyecektir? Veya neden tenkisi talep etmemiş olan bir mirasçı, aldığı kıymet kadar ifa etmeyecekte, şahsî mallarıyla de mes'ul olacaktır (10).?

1895 tarihli kısmî projenin 428 nci maddesi, mahfuz hisselerin ne şart ne de mükellefiyetle takyit edilemeyeceğini sarahaten hükme bağlamıştı. Bu da gösteriyor ki İsviçre Vazı Kanunun da burada mahfuz hisse bakımından mükellefiyet lehine bir istisna yapmak arzusu mevcut değildir. BGB ye göre kanunî miras hissesinin yarısını tecavüz eden tasarruflar (mükellefiyet dahil) hükümsüzdür (BGB § 2306).

Netice itibariyle Huber gibi en selâhiyetli bir kimsenin muhalefetine rağmen doktrin mahfuz hisse miktarını aşan mükellefiyetlerin de 502 mucibince vasiyetler de de vasiyet olunan kıymet miktarını aşan mükellefiyetlerin de 466/2 mucibince tenkisi cihetine gidileceği hususunda mütefiktir (11). Federal mah. meseleyi halsiz bırakmıştır (12). Bu tarzı hal yalnız mükellefiyet hakkında deyil, tevcih karakterini haiz olan şartlar hakkında da tatbik olunur.

### 2) Mahfuz hissesi olmayan varislerin durumu:

Mur's, ihdas ettiği mükellefiyetlerle, bu çeşit varislerin hisselerini düşünmek mecburiyetinde değildir. Bu hal, mahfuz hisse sahibi olmayan bir varise tahmil olunan bir mükellefiyet halinde mevzu bahis olur. Böyle bir varis, mükellefiyetli mirası kabul etmek mecburiyetinde değildir. Eğer kabul ederse, ona merbut bulunan mükellefiyeti ifa edecektir. Fiat tâ bu ifadan kendi şahsî mâmelekiyle, prensip itibariyle, sorumludur (13). Böyle olmakla beraber böyle bir varis, almış olduğu miras hissesinin kıymetini aşan bir mükellefiyetin ifasını, bu aşan nisbette, reddedebilir (14). Ret imkânı mevcut olduğu halde, mükellefiyeti ifa eylemiş ise, kendi borcunu ifa eylemiş olacağından, reddedebileceği miktardan dolayı, sebepsiz bir iktisap davası mevzu bahis olamayacaktır. Çünkü, yapılan ifa sebepsiz değildir.

### 3) İkamede durum:

Fevkâlâde ikamede mükellefiyetin ifasını kime ait olduğunu tetkik

10) Kraysenbühl S. 79; Escher Bd. III, 1, 134.135, Art 486 N 6

11) Escher Bd. III. 1. S. 134, N 16, Art 486 N 6, Tuor Art 486 N 10; Herzer 65/66; Kraysenbühl 79; St'fel S. 175/176.

12) BGE. 76. II. 211 Con. 9

13) Herzer 67

14) BGE 76. II. 211. Con. 9

etmek lâzımdır. Mükellefiyet, nakil ile mükellef olan mirasçıyı ilzam edebileceği gibi, sadece namzedi veya her ikisini de ilzam edebilir. Bu cihetin tasarruftan sarıholarak anlaşılması lâzımdır. Bu hususta tasarruf bir vuzuh ihtiva etmiyorsa, mükellefiyetin bütün terekeyi ilzam ettiği kabul olunur. Yâni, hem nakil ile mükellef mirasçı ve hem de sonra onun yerine geçen namzet, mükellef olur. Namzedin fiili mesuliyeti, ancak onun fiili mirasçılığının tahakkuku ile mümkündür. Mansup mirasçılar hakkında MK 466/1 kıyasen tatbik olunur.

#### 4) Hususi haller:

Mükellefiyetin, maliyetinin yüksek olduğu, miras hissesi veya mahfuz hisseden fazla bulunduğu sonradan tahakkuk edebilir. Veya hususi durumlar, para kıymetinde vaki tahavvüller veya iktisadi durumdaki değişiklikler yüzünden bidayette ağır gözükmeyen mükellefiyetleri, sonradan ağırlaştırmış olabilirler. Bu takdirde, alâkalılar, vaktinde MK 502, 466/1 re istinat ile, tenkis talep edebilirler; veya artan kıymeti ifadan imtina edebilirler.

Muris, bu gibi durumlar karşısında muhtelif mükellefiyetlerden bir veya bir kaçının diğerine tercihen icra edileceğini arzu etmiş olabilirler. Muris, mevzuubahs tenkis imkânını vâris veya musalehten ref'i etmiş de olabilir. Bu takdirde, böyle bir vâris veya musâleh, ta bidayette mükellefiyetli hisseyi veya vasiyeti, sadece kabul veya sadece reddetmek imkânına mâliktir. Bu duruma rağmen, kabul etmiş ise, artık bir tenkis talebinde bulunamaz (15). Borçlar Kanununun 241 nci maddesi gereğince mükellefiyetli hibede mükellefiyet, daha fazla bir masrafı mucip olursa, bu fazlalık kendisine tediye bulunmadıkça, mevhubunleh bakiye mükellefiyetin ifasından imtina edebilir. Bunun neticesi şu ki, mevhubunlehin, daha önce mükellefiyetin tenkisi için bir dava açmasına lüzum yoktur. Burada, BK 81 deki def'e benzer bir hal vardır. Mükellefiyet maliyetinin, hibenin değerini aşması, o muamelenin bir hibe olmasına mâni değildir (16). Ölüme bağlı tasarruflardaki mükellefiyetlerde de bu suretle hareket etmek mümkündür. Bununla beraber, ölüme bağlı tasarruflarda bir tenkis dâvasına lüzum vardır. Bu, bilhassa mükellefiyetin maliyetinin yüksek olduğunun bilâhare anlaşılması olduğu ahvalde zarurîdir.

#### III. Mükellefiyetin tenkisi:

Ölüme bağlı bir tasarrufla yapılan bir tevcih, her hangi bir tenkise tabi tutulursa, bu tevcihi alan kimseye tahmil edilmiş olan külfetler, ez cümle alt vasiyetler de tenkis edilirmi? Bu husus MK nin 505 cı maddesi

15) Herzer 69

16) Oser/schön. Art 246 N 6; Becker (Art 246 N 3, 4) aksi reydedir.

nin ikinci fıkrası ile hükme bağlanmıştır. Buna göre “Muayyen şeyleri teslim mükellefiyeti ile mukayyet olarak yapılan teberrular, tenkise tabi oldukları taktirde teslim ile mükellef olduğu muayyen şeylerin dahi mütenasiben tenkisini talep edebilir” (17). Almanca ve Fransızca metinler, bu madde ile kastolunanın, daha ziyade, mal vasiyeti olduğunu gösterir gibidir. Çünkü, İMK. almanca metindeki “Bedachter” ve fransızca metindeki “Liberalite” tabirleri, daha ziyade mal vasiyetini ifade etmektedirler. Bundan dolayı, mansup mirasçı ile kanununi mirasçıların, bu madde dışında kaldıkları iddia olunabilir, (18). Nitekim, İsviçre kantonlar meclisince, kanun sözcüsü Hoffmann, bundan muayyen mal vasiyeti kast edildiğini sarahaten ifade eylemiştir (19). Fakat, buna rağmen Doktrin mezkur fıkranın mirasçı nasbı ile mükellefiyetleri de içine alacak surette tefsir edilmesi reyindedirler (20). Türkçe metinde “teberrü” tabiri kullanılmıştır. Bu bizde, ivazsız tevcihleri karşıyan bir tabirdir; yani mâmelekî bir kıymetin, bir mâmelehten diğer bir mâmeleke, ivazsız olarak gitmesini ifa ederki, gerek mal vasiyeti gerek mirasçı nasbı hali böyledir. Fakat maddede ki “Muayyen şeyleri teslim” mükellefiyetinden bahseder. Bu da Kanunumuzun kullandığı tâbirler de bir vahdet olmadığına bir misaldir. “Muayyen şeyleri teslim” den maksat, kanunun başka yerlerde “mal vasiyeti” veya “vasiyet” dediği “Legs” veya “Vermaechtnis”dir. Acaba bir musaleh veya bir mansup mirasçıya tahmil olunan bir mükellefiyet de, bunun merbutu bulunduğu tevcihin tenkise tabi tutulması halinde, alt vasiyet gibi tenkis edilecektir? Kanunun metninde yalnız alt vasiyetler Unterzuvendungen Untervermaechtnis bahis olmasına rağmen, burada murat olunan şey, ikinci derecedeki tevcihlerdir. Bu tabirin içine alt vasiyette girer (21). Hatta doktrin, bu hükmün sağlar arasında yapılan ivazsız tevcihlerde teşmili reyindedir (22). Netice itibarile, MK 505/2 mükellefiyet edalarına da teşmil olunacaktır.

- 17) Bu madde Almanca metinde farklıdır. Almanca metin şöyledir: “bir musaleyhe (Bedachten) bir mal vasiyeti yükü tahmil edilmiş ise bu kimseye yapılan tevcihin tenkise tabi tutulması halinde ona bağlı olan mal vasiyetinin de, mütenasiben tenkisi talep olunabilir”. Bu maddede “musaleyh” diye tercüme olunan “Bedachter” tabiri yerine Fransızca metinde “Liberalite fait à une personne” tabiri kullanılmıştır. Bak. Krayenbühl S. 323; Hirtz S. 76
- 18) Krayenbühl S. 322-323
- 19) Bu'l. Sten. XVI. P. 428
- 20) Escher Art 575 N 7; Tuor Art 575 N 10; Krayenbühl 322, Hirtz S. 76
- 21) Tuor Art 525 N 10, Escher 525 N 9
- 22) Tuor 525 N 13; Escher 525 N 9; Herzer S. 69/70.



§ 8 O. B. T. daki bir mükellefiyetin mevzuu ve çeşitleri :

**I — Mevzuu:** Mükellefiyetin hukukî mahiyetini izah ederken, bunun mükellefe, muris tarafından, tahmil edilmiş bir vazife, daha doğrusu, her hangi bir kimseye bir alacak hakkı ihtas etmeyen bir borç olduğunu görmüştük. Mükellefiyetin bu mahiyeti, müessesenin tarihi inkişafı neticesi olduğu kadar, benzeri müesseseler karşısında haiz olması lazım gelen hususiyet icabıdır. Mükellefiyetin bu mahiyeti, kanunî bir tarifden değil, onun ruhundan ve diğer benzeri müesseseler ile olan münasebet ve farklarından çıkmaktadır. BGB § 1940 da mükellefiyeti "Eda" diye tavsif eylemektedir. Eda ise, bir borçlunun alacaklıyı faydalandıran bir hareket tarzıdır. Buda bir şey yapmak ve yapmamak veya bir ictinabdan ibarettir (1). Medenî kanunumuz, BGB hilâfına olarak, mükellefiyet hakkında böyle bir tarif vermemiş olmakla beraber, bu hüküm, mükellefiyet mefhumunun zatında mündemiçtir. Borç mevzuu olan her şey, mükellefiyet mevzuunun zatında mündemiçtir. Borç mevzuu olan her şey, mükellefiyet mevzuunda olabilir. Bunun mâmeleki bir kıymet arzetmesine lüzum yoktur (2). Mükellefiyet muhtevasının behemahal bir miras münasebetine müteallik bir husus olmasınada lüzum yoktur. Şahsî, ailevî (3) dini (4) içtimâî (5) bir karakteri haiz olabileceği gibi, borçlar hukuku sahasına müteallik bir hususda olabilir. Ekseriya tesadüf olunan, murisin bizzat kendisinin tekfin ve defninine müteallik olan mükellefiyetlerdir. Bilhassa kayde değer de olan cihet, mükellefiyet muhtevasının, iktisadî bir karakter arzetmesi zaruri olmamakla beraber, bu karakteri haiz mükellefiyetler çoktur. Bununla beraber bundan, mükellefiyetle iktisadî bir gaye takip olunduğu manası çıkarılmamalıdır. Bilâkis, mükellefiyetle, kaideten, hayırhahane gayeler takip olunur. Sadece mükellefin bizzat kendisi tarafından yapılacak mükellefiyetlerde ihtas olunabilir. Bu taktirde gaye, bazan murisin

1) v. Tuhr/Siegwart & 7, S. 41, Arsebülk & 8 S, 61

2) Blanck, 1930, Bd. V. S. 600; Reichsgerichts kommentar Bd. V. & 1940, No: 2 S. 32; Cromé Bd. V. S. 503, Motive zum BGB Bd. V, S, 231; Dernburg BGB V, S, 243; Strohal Bd. I & 6 not 6 S. 37; Binder S. 121; Escher Art 482 N 17; Tuor 482 N 6; buna mukabil Kipp Windscheid Bd. 2 & 251 II, 3, Enneccerus Kipp Bd. V. & 114 VIII S. 411 bilhassa not 5, mükellefiyet edasının mâmeleki bir kıymet arzetmesi kanaatindedirler.

3) BGE, 96, III, 67; Blätter für zürcher Recht N 33, S. 311; Yargıtay H. U. H. 7. 3. 1950 t. ve 89/30 (Tepeci 1952 S. 122)

4) BGE, 76, II, 205

5) BGE, 76, II, 226, RGE, 96, 19

kendi nef'ine, bazan da mükellefin nef'ine olur. Bazanda bundan sadece umumi bir gaye takip olunur. Mükellefiyetin bir üçüncü şahıs faydasına olması haline "Modus qualificatus" denir. Romalılarınca daha ziyade mâlum olan mükellefiyet şekli budur. Fakat müşterek hukuk, bilhassa mükellefiyet mükellefi lehine de mükellefiyetler ihdasını kabul etti (6). Bununla beraber, mükellef lehine mevzu olan mükellefiyetlerin mahiyetinde tam bir fikir birliği yoktur. Çünkü, bunlarda bir mükellefiyette mevcut olması lazım gelen hususiyetler mevcut değildir. Zira, böyle bir mükellefiyetin, ademi ifası halinde, zorla icra ettirilmesi kabil değildir. Diğer taraftan, bir mükellefiyetin muhtevası olan eda, dâima bir başkasının menfaat sahasına taallük eder. Mükellef lehine olan eda ise, bizzat kendi menfaat sahasını alakadar eder. Bu ise, bir eda karakterini haiz değildir (7). Fikrimize göre, mükellefiyetin müeyyidesi bakımından, müstefidin kim olduğunun ehemmiyeti yoktur. Mühim olan, mükellefiyet edasının cebri icra yoluyla yaptırılıp yaptırılmamasıdır. Bir mükellefiyet, (borçlu) mükellef nef'ine de olsa - bunun bir tavsiye veya temenniden daha fazla bir şey olması kaydıyla - mükellef tarafından ifa edilmemesi halinde, devlet kuvvetile yerine getirmek kabil oldukça bir üçüncü şahısın lehine müesses olan mükellefiyetten ayırt edilemez (8).

Bizzat murisin nef'ine olan mükellefiyetler şunlar olabilir: Murisin vefatında defnedileceği yerin tayini, bu esnada yapılacak merasim, mezarının şekli, vefatla alakalı dini merasim, evrak ve mektupları ile yazılıp henüz neşredilmemiş olan eserlerinin mukadderatı, sevdiği hayvan ve nebatlar hakkındaki arzuları.

Üçüncü şahıslar lehineolarak; kendisine vefa göstermiş olan bir hizmetkârını veya bir dostunun varisler tarafından almakta olduğu ücret mukabilinde istihdam edilmesi veya böyle bir kimse ölüncüye kadar bakma, tahsil veya terbiyesini sağlama gibi, üçüncü şahıs bir ve muayyen kimse olabileceği gibi, birden ziyade ve gayri muayyen kimselerde olabilir. Müstefidin muayyen bir kimse olması taktirinde ortada bir mal vasiyetinin olup olmadığına dikkat etmek lazım gelir. Fakirlere muavenet, tahsil veya ilmî araştırmaları teşvik veya hususî mektepler veya müesseseler açmak için sermayeler tahsis olunabilir. Bu halde de ortada bir mükellefiyet mi yoksa bir tesismi vardır bunu tefrik etmek lazımdır. Meskûr maksatların tahakkuku için yeni bir hukukî şahıs ihtas ediliyor-

6) Schmid S. 45; Stifel S. 95

7) Endemann, Lehrbuch des BGB III. S. 315 (Stifel S. 95 not 3 den)

8) Tuor Art 482 N 6

sa, ortada bir tesis mevcut olacak, aksi halde bir mükellefiyet mevzu-  
bahs olacaktır. MK473.

Bizzat mükellef lehine olanlar; bir meblağın muayyen bir plasmaya yatırılması, bir mâlikâne veya bir iktisadi teşebbüsün istikbâlde işletilmesi hakkındaki hükümler. Keza bazı içtinaplar da mükellefiyet olarak tahmil olunabilir. Mesela bir evin satılmaması (9). Bununla beraber böyle bir mükellefiyet üçüncü şahıslara dermeyeran olunamaz. Bundan başka her türlü satış memnuiyeti MK 462/2 mucibince adaba muhalif olabilir.

## II — Mükellefiyetin çeşitleri:

1 — *Seçimlik mükellefiyet*: Burada mükellefiyet muhtevası olan edânın tâyini, bir intihaba ihtiyaç göstermektedir. Kaideten, mükellefiyet mevzuunun kâfi bir vuzuhla tayin ve tesbit edilmiş olması lazımdır. Fakat, muris mükellefiyet muhtevası olarak birden ziyade eda nevilerini düşünmüş olabilir. Bu taktirde, bu birden ziyade edalardan birisinin tayini icap edecektir. Ancak, bundan sonradırki, mükellefiyet mevzuu muayyen olur. Birden ziyade edalardan birisinin mükellefiyet mevzuu olarak tayin edilmiş olması halinde, seçimlik bir mükellefiyet karşısındayız demektir. Bunu kim seçecektir? Bu hususta kanunumuzda hiç bir sarahat yoktur. BGB § 2192 ile, seçimlik vasiyet hakkındaki 2154 ye atıf yapmıştır. Yani seçimlik mal vasiyeti hakkındaki hükümler, seçimlik mükellefiyet edâları hakkında da tatbik olunur. Fakat, MK da seçimlik mal vasiyetleri hakkında da hüküm yoktur. İşte bundan dolayıdır ki şârihler, seçimlik borçlar hakkındaki, borçlar kanunu hükümlerine (BK 71) atıf yapmaktadırlar (10). Binnetice, BK'nın mezkûr hükmü, seçimlik mükellefiyet mevzuları hakkında da tatbik olunacaktır. Bununla beraber, muris, bu hususta daha sarîh hükümler vaz edebilir. Bu taktirde, murisin iradesi BK'nın hükümlerine tekattüm edecektir. BK ya göre seçim hakkı, kaideten, borçluya aittir (BK 71). O halde mükellefiyette de bu hak mükellefe ait olacaktır. Böyle olmakla beraber, bu hüküm âmir değildir. Seçim hakkı müstefide (lehdara) veya üçüncü bir şahsa ait olabilir. Nitekim BGB, bu ciheti § 2154 de, hükme bağlamıştır. Bu ihtimali, müstefidin tayinini bir üçüncü şahsa bırakılmış olması halinden tefrik etmek lazımdır. Seçimlik mükellefiyet mevzuunda, mükellefiyet borcunun mevzuunun tâyini bahis konusudur. Halbuki müstefidin üçüncü bir şahıs tarafından tayininde ise, mükellefiyet muhtevası olan eda malumdur; binnetice, seçimlik bir borç mevzuubahs değildir. Müstefidin (lehdar) bir başkası tarafından, sonradan tâyini, murisin vefatından sonrada devam

9) Tuor Art 486 N 6 Escher 482 N 13; Strohal S. 260

10) Benziger S. 112; Herzer 71/2; Escher Art 484 N 12; Tuor 484 N 19

eden bir vekalet, bir temsil münasebetine benzerse de bu hal, mükellefiyet müessesesinin mâhiyeti ile kabili teliftir. Seçme hakkının mükellefe ait olması halinde, mükellef, müstefidin arzularını nazarı itibare almak mecburiyetinde değildir (11). Bittabi mükellefle müstefidin bu hususta anlaşmaları mümkündür. Muris tarafından seçimlik borç olarak gösterilmiş olan edalardan, bir veya bir kaçının ifasının imkansız hale gelmesi mümkündür. Bu taktirde, meydana gelen imkansızlığın, kusurlu veya kusursuz meydana gelmiş olmasına göre, hukuki neticeyi tayin etmek lâzım gelecektir. Eğer böyle bir imkânsızlık, Ö. B. T. un yapıldığı zamanda esasen vukua gelmiş ise, ifâsı icap eden mükellefiyet, ifası mümkün olana inhisar eder. Bu taktirde, alâlade bir mükellefiyet mevzuubahsdir ; çünkü bir seçme imkân ve ihtimâli hiç bir zaman mevcut olmamıştır. Böyle olmakla beraber, müris bu imkansızlığa muttali bulunmuş olsa idi, hiç bir tasarrufta bulunmayacak idise ve bu husustaki irade sabit ve muhakkak ise, edalardan birisinin tasarruftan evvel imkansızlaşması bütün tasarrufu sakatlar (12). Eğer imkansızlık, murisin vefatı ile seçim hakkının kullanması arasında husule gelmiş ise, bu taktirde kusurun ve seçim hakkının kimde olduğunu aramak lâzımdır. Seçim hakkı kime ait olursa olsun, imkansızlıkta kusur olmazsa, mükellefiyet mevzuu, ifası mümkün olan edaya inhisar eder (13). Eğer bu imkansızlık taraflardan birisinin kusuru yüzünden husule gelmiş ise, bu taraf, diğer tarafın yükünü kendi kusuru ile ağırlaştıramaz, kendi fiilinin neticesine kendisi katlanacaktır. Eğer şey, mükellefiyet müstefidinin kusuriyle yok olmuş veya hasara uğramış ise, mükellef, hasara uğrayan bu şeyi mükellefiyet mevzuu olarak seçebilir ve binnetice BK 117/1 gereğince borcundan kurtulur. Fakat, seçim hakkı müstefide ait olur; oda henüz mevcut olan şey'i seçerse, mükellefiyetin mevzuu onun seçtiği şey olur. Fakat bu taktirde, kusuru ile hasarına sebebiyet verdiği diğer şey için, mükellefiyet mükellefine tazminat vermekle borçlu olur. Kusur mükellefte, seçim hakkı da müstefide ait bulunursa, müstefidin seçim hakkını kullanmasına göre durum değişir. O ya hasara uğramayan şeyi ister; bu taktirde mükellefiyetin mevzuu seçilen bu eda olur. Müstefit hasara uğrayanı seçerse, borçların umumî prensiplerine göre, kusurlu ademi ifadan dolayı seçim hakkı kendisine ait olan taraf, yâni müstefit, tazminat talep edebilecektir. Fakat mükellefiyet edasının bir alacak olmaması, bu kimsenin ademi ifadan bir tazminat talebine mânidir. Mükellefin kusuru ile husule gelen imkansızlık haline tekrar avdet edeceğiz.

11) v. Tuhr/Sieghwart S. 71

12) Herzer S. 72

13) V. Tuhr/Sieghwart S. 73

Seçim vusulü muktazi bir irade beyânî ile olur. Beyan, vusulden sonra makable gamil, yânî, mirasın açılması anından itibaren, hüküm ve netice husule getirir. Seçim hakkının mükellefe ait olması halinde verilecek şeyin bilfiil teklif olunması seçim manasına gelir. Seçim hakkının müstefide ait olması halinde, mükellefin verdiğini kabul veya muhtelif edalardan birisini talep, seçim hakkını kullanma manasına gelir. Seçim hakkı kendisine ait olan kimse, bu hakkını kullanmazsa, bu suretle diğer tarafın hakkını istimâle mâni olursa, borçların umumî hükümlerini tatbik etmek lâzım gelecektir. Seçimlik mükellefiyet, seçimlik vasiyete büyük bir benzerlik arzeder, binaenaleyh seçimlik vasiyet hakkındaki hükümler burada da kıyasen tatbik olunacaktır (14).

2 — **Alelade ikâmeli mükellefiyet:** Muris, mirasçı veya musaleyhin daha evvel vefatı veya onun vâki tevcihi reddeylemesi halinde, diğer bir veya birkaç kimseyi mirasçı olarak veya musaleh olarak tayin edebilir (MK 467). Bunun gibi, mükellefiyette de müstefidin daha evvel ölümü veya onun tarafından red halinde, onun yerine kai molacak diğer bir veya birkaç müstefid tayin olunabilir. Kanun sadece daha evvel vefat veya red hallerini nazara almış olmakla beraber, muris, diğer sebebler yüzünden, mirasçı veya musaleyhin ve binnetice müstefidin vâki tevcih veya mükellefiyet edasını red eylemesi halinde, bir veya bir çok müstefitle tayin edebilir (15). İlk tasarrufun bâtil olması, ilk gösterilen kimselerin mirasa ehil olmamaları halleri bu cümledendir. Burada ihtilafli olan nokta, ikinci derecede varis veya musaleyh olacak kimselerin hangi anda sağ olmaları lazım geldiğidir. Murisin vefatı anında sağ olma kafimidir; yoksa bundan daha sonra vuku bulacak olan, ilk tayin edilmiş olan kimsenin ortadan çekilmesi anında da sağ olma lazımdır? İki planda gösterilen mirasçı veya musaleyh, henüz mirası veya vasiyeti kabul etmeden ve fakat murisin vefatından sonra vefat eder veya bu devre zarfında reddederse, ikinci planda gösterilmiş olan namzet varis olacaktır mı? Tüora göre (Art 487 N 11) kâim olacak mirasçının, murisin vefatında sağ olması kâfidir eğer o bu anda sağ ise, sonra ve fakat ilk mirasçı veya musaleyhin reddinden evvel vefat etmiş de olsa, mirasçılarını kendi yerine kâim olacaklardır. Halbuki Escher'e göre (Art 487/2) kâim olacak mirasçı veya musaleyhin yalnız murisin vefatında sağ olması kafi değil, ilk mirasçı veya musaleyh olarak tayin edilmiş olan kimsenin red veya vefat suretiyle ortadan çekilmesi anında da sağ olmalıdır. Bu fikrin mesnedi, alâlade ikâmenin tâlikî şarta bağlı bir tasarruf olmasıdır. Bu-

14) Tuor Art 482 N 38, 484 N 19; Escher Art 484 N 12

15) Tuor Art 487 N 5; Escher Art 487 N 4

radaki tâliki şart, ilk olarak mirascı veya musaleyh olarak gösterilmiş olan kimsenin, mirası iktisap etmemesidir. O halde bu kimsenin yalnız murisin değil, aynı zamanda, ilk olarak mirascı veya musaleyh olarak gösterilmiş olan kimsenin ortadan çekilmesinde de sağ olması lâzımdır.

Bize Tuor'un fikri mülayim gelmektedir. Çünkü, ilk mirascının muayyen müddet içerisinde red etmesi, hükmünü, mirasın açılması anından itibaren vücuda getirecek sanki ilk olarak gösterilmiş olan kimse ortada yokmuş gibi hareket edilecektir. Reddin mâkable şamil olduğu anda ve namzet olarak tayin edilmiş olan kimse, mirasa veya vasiyete ehil olarak sağ bulunmaktadır. Saniyen bu tarz bizde murisin arzusunun daha uygun düşecektir. Çünkü muris şahsen bunlardan birisine bir tevcih yapmak istemiştir. İlk defa olarak gösterilen kimsenin red hususundaki keyfi hareketi diğerinin iktisabına mâni olmamalıdır. (MK 468). Âdi ikameli mirascı nasbi ile mal vasiyeti hakkında söylenen bu hususlar ikâmeli mükellefiyet hakkında da tatbik edilecektir.

**3 — Fevkâlâde ikâmeli mükellefiyet:** Burada muris, bir şeyden iki ayrı müstefidin istifadesini arzu etmektedir. Mükellefiyet mükellefinin edasından, evvela, birinci müstefit, bunun istifade zamanı hitama erdiği anda da ikinci müstefit, istifadeye başlayacaktır. Netice itibariyle, burada aynı tevcihten istifade eden ve birbirinden sonra gelen iki ayrı müstefit vardır (16). Nazarî bakımdan bu görüş doğrudur. Fakat mükellefiyette, yapılan tevcih, bir gayeye yapılmış olduğu için bundan birbirini takip eden nesillerin istifadesi mümkündür. Bu itibarla, fevkâlâde ikâmeli (namzet tayini suretiyle) bir mükellefiyet ihtası fikrimizce, zaittir. Kaldığı, fevkâlâde ikâmeli mükellefiyet ihtası halinde, müstefidin ismen tayinine ihtiyaç hasil olacak bu taktirde ise ekseriya ortada bir alt vasiyet (17) hâli mevzu bahis olacaktır. Mürisin bir alt vasiyetmi, yoksa fevkâlâde ikâmeli bir mükellefiyet müstefidimi tayin eylediği hususunda, ciddi bir tereddüt varsa, alt vasiyetin mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır, zira bu suretle alâkalı ancak vâzih bir durum iktisap edecektir.

**4 — Alt mükellefiyet :** (Unterauflage) : Bu şekildeki bir mükellefiyet alt vasiyete (=Untervermaechtnis) benzer. Alt vasiyette mumaileh, bir başkasına murisin emrettiği menfaati temin etmek mecburiyetindedir. Mesela, kendisine vasiyet suretiyle verilmiş olan evde murisin emek tar hizmetisini icarsız oturtması gibi. Burada ihtiyar hizmetkârın aldığı tevcih bir muayyen mal vasiyetidir. Bunun gibi, bir mükellefiyet eda-

16) Tuor Art 488 N 4

17) Bir musaleyhe bir diğer vasiyeti ifa borcu tahmil edilmiş olması haline "Untervermaechtnis = alt vasiyet" denir. Bak. Göktürk, miras S, 621 & 64 III 3,

sının müstefidi de bir mükellefiyet edası yapmak zorundadır. Burada alt mükellefiyet mükellefinin bizzat kendisi, başka bir mükellefiyet edasının müstefididir; mesela mûris, dostu A ya çiftliğini mal vasiyeti şeklin de vermiştir. Fakat A bu çiftliğin hasılatının üçte birini, bazı hayır müesseselerine verecektir. Buna mukabil, mezkûr hayır müesseseleride senevi şu kadar hastayı tedâvi veya çocuğa bakma ile mükelleftirler. Bu nevi mükellefiyetler ihtas eylemekte mükellefiyet gayesini teminat altına alıyor, demektir. Bu misalde muris, çiftliğini dostuna değilde, hastahane veya çocuk bakım evine tevcih edebilirdi. Fakat bu taktirde mükellefiyetlerin ifasını kontrol edemezdi. Araya böyle bir musaileyh koymakla mükellefiyetin kontrolünü teminat altına almaktadır. Çünkü, muris hayır müesseselerine mükellefiyet şeklinde yapılacak edaları, hastaların tedavisi veya çocukların bakılması şartlarına muallak kılabilir. Bu taktirde, tevcih, kendisine tahmil edilmiş olan mükellefiyetin ifası şartına muallak olacaktır (18).

5 — Müstakil mükellefiyetler: MK 462 tekabül eden İsviçre medeni kanununun 482 inci maddesinde "Muris tasarrufuna şart ve mükellefiyetler ilave" edebilir, denmektedir. Buradaki "Tasarruf" tabirinden maksat MK üçüncü fasılda (MK 461-477) mevzubahs edilen ölüme bağlı tasarruf suret (Nevî) leridir. Bilhassa ilâve tabiri, onun yanında bir başka hukukî muamelenin mevcudiyetine delalet, eder. Bu bakımdan Fransızca metindeki "greve" tâbiri daha sarihtir. Buna rağmen, kanun, ölüme bağlı tasarruf nev'inden bir tasarruf olmadan, da şekli mânâdaki (miras mukavelesi veya vasiyetname) ölüme bağlı bir tasarruf muhtevasının sadece bir mükellefiyetten ibaret olmasına mani değildir (19). Fakat, evveicede işaret olunduğu üzere, mezkûr maddenin Türkçeye tercümesinde sözü edilen "Tasarruf" tabiri dördüncü fasıl (MK 478-496) daki şekli mânâda alınmış ve böylece MK 462 de "Muris vasiyetinde (vasiyetnamesinde) veya miras mukavelesinde" şeklinde ifade olunmuştur. Böylelikle kanunumuz sarih olarak bir miras mukavelesi veya vasiyetnamenin içine mükellefiyetler konabileceğini ifade eylemiştir.

Bu suretle kasdi olduğunu hiç zannetmediğimiz bu tercüme farkı dolayısıyla, bizde müstakil mükellefiyetler vaz'ı kanunumuzun bahsettiği sarih imkan icabı olacaktır. Bu nevi mükellefiyetler, (kanunî) varis-

18) Fikrimizce BGE 67 II 205 de böyle bir "alt mükellefiyet" hali vardır. Hadisede muris, bir kasabanın muayyen kilise mensubunun istirahatı için köşkünü tahsis etmiştir. Bu bir mükellefiyet ihdasıdır. Buna mukabil bu kilisede her gün murisin ruhuna dua edilecektir. Bu da alt mükellefiyettir.

19) Escher Art 482 N 15, Tuor 482 N 8, Curti 482 N 1, Krayenbühl, Herzer 76; Stifel S. 125

lere tahmil olunan ve ekseriya murisin kendi lehine yapılmış olan mükellefiyetlerdir. Murisin cenazesine, mezarına ve bunun bakımına neşredilmiş ve edilecek eserlerine mktuplarına mütedair hususlar olabildiği gibi dini (20) hususlar ihtiva eden cihetlerde olabilir. Keza resim aile seceresi, şahadetname, madalya gibi daha ziyade manevi kıymet irac eden şeyler hakkında yapılacak muameleler müstakil mükellefiyetleri teşkil eder. 7.3.1953 tarih 89/3 nomrolu yargıtay heyeti umumiyesi kararında (21) mevzubahs bir vasiyetnamedeki murisin gayri reşit çocuklarına düşecek malların "Nakde tahvil olunduktan sonra devlet tahvili alınmak suretiyle çocuklar reşit oluncaya kadar tahvilatın faizleriyle gçinmeleri ve işlerin tasfiyesine kadar vaziyeti tenfiz memuruna ayda . . . lira verilmesi" şeklinde kayıt müstakil mükellefiyet mahiyetindedir. Muris, müstakil bir mükellefiyetle terekenin bir müddet taksim edilmemesini ve miras şirketinin devamı zaruretinin mirasçılara tahmil edebilir (22). Böyle bir mükellefiyetin hukukî neticesi, mirasçuları sadece bu hükme riayete mecbur kılmaz, aynı zamanda diğerleri tarafından yapılmak istenilen taksim taleplerine karşı mukavemet etmelerini de icap ettirir. Bununla beraber, eğer vârisler, mükellefiyete rağmen, müttefikan taksim hususunda anlaşmışlar ise, bu, muteberdir. Eğer muris, böyle bir anlaşmaya da mâni olmak isterse, mükellefiyetin icrasını temin için bir iradeyi tenfiz memuru tâyin eylemelidir.

Mükellefiyete rağmen, yapılan taksimler, üçüncü şahıslar hakkında muteberdir. Taksimın tehiri hakkındaki mükellefiyetler ancak kısa ve makûl devreler hakkında muteberdir. Muris, ihtas ettiği mükellefiyetlerle, miras şirketinin uzun veya ebedî surette devamını mirasçılara tahmil edemez (23). Miras hisselerinin tâyini hakkında murisin yapmış olduğu tasarruflar, mükellefiyet mahiyetinde telakki edilebilir (MK 587/1). Keza muris 587/1 e istinaden "İdârî" mahiyette olan tasarruflarda da bulunabilir. Mesela, terekeye dahil muayyen bir malın bir kimseye şimdiye kadar cari olan şartlar içerisinde icara verilmesini veya satılmasını istemiş olabilir. Bu taktirde, alakalılar MK 462 mucibince ifayı talep edebilirler (24). Muris, bir aile yurdunun ölümünden sonra devam etmesini ölüme bağlı tasarrufla arzu etmiş olabilir (MK 344) Aile yurdunun bu surette devamı mecburiyeti, bir mükellefiyet karakterini haiz olabilir.

20) BGE 76 11 207

21) Tepecî 1952 S. 122

22) Tuor Art 604 N 8; Escher 604 N 8; Herzer 76; Bununla beraber Rossel - Mentha (Bd. 2 S. 218), Gönensay (Miras S. 320), Curti Art 604 N 3 aksi reydedirler.

23) Escher Art 604 N 8

24) Tuor Art 602 N 22, Herzer 76/77

25) Silbernagel Art 357 N 6, 7; Egger Art 358 N 1.



## § 9. Mükellefiyetin müeyyidesi

### I — Genel olarak :

Sureti umumiyede bir alacak, alacaklıya iki hak bahşeder 1) — Borç lunun edayı yerine getirmesine mahkûm edilmesini talep. 2) — Ademi ifadan mütevellit tazminat isteme (BK 96) (1). Mükellefiyet edası, borç lu bakımından borçlar hukuku manasında bir eda olmakla beraber, alacaklı bakımından öyle değildir. Yâni, mükellefiyetin yerine getirilmesini istiyebilecek kimseier alacaklı değildirler. Bu itibarıdır ki, mükellefiyet edasının, mükellef tarafından rızaen yerine getirilmemiş olması halinde, dava haklıları, ikinci şıkkı, yani BK 96 mucibince ademi ifadan dolayı tazminat isteyemeyeceklerdir. Ademi ifa bir kusurdan mütevellitte olsa, durum böyledir. O halde, ifa davasının gayesi sâdece birinci şık, yâni mükellefiyetin aynen ifası talebinden ibaret olacaktır (2). Dâvâ haklıları MK 462 mucibince açılan bir dâvâ da hak kazanırsa, hâkim, hükmü ile, ortada aynen ifası icap eden bir borcun mevcut olduğunu tesbit, ve borçluyu aynen ifaya mahkum edecektir. Fakat bu hüküm nasıl infaz olunacaktır. Bu soruya icra hukuku cevap verecektir.

### II — Cebri icra :

İcra kanunumuzun ilamların icrası hakkındaki ikinci babı hükümleri, mükellefiyetin mahiyet ve gayesine ve murisin arzusuna uygun olduğu nisbette tatbik olunacaktır. Dava haklıları ademi ifadan dolayı tazminat istemeyecekleri için, bilhassa mezkûr kanunun 24-41 inci maddelerinde mevzuubahs aynı icra (3) yolunun buradaki ehemmiyetine işaret etmek lazımdır. Ancak iki hal vardır ki, orada, icra kanununun aynı icraya mütedair olan bu hükümleride kâfi gelemeyecektir.

1) Bunlardan birincisi, mükellefiyet muhtevasının bizzat mükellef tarafından yapılması lazım gelen bilfiil, bir iş olması hâlidir. Filvâki, bir kimseye zorla bir şey yaptırmak mevzuubahs olamaz. Binaenaleyh, cebri icra yoluyla bir kimseye bir iş yaptırmak mevzuubahs olamayacaktır. Diğer nevi icralarda, aynen ifanın talep edilmesi müsbet netice vermemiş ise, alacaklı, sonradan dönerek ademi ifadan dolayı borçlusundan tazminat talep edebilir. (4). Bu ise, mükellefiyet edası hakkında mümkün de-

1) Von Tuhr/S'egwart S. 526, Arsebük cilt 1, s. 787

2) BGE. 66. III. 65

3) Ansay S. Ş., Hukuk İcra ve İflâs Usulleri 1948. s. 16-17, 144; Escher Art 482 N22

4) Belgesay, M. R., İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1948 No. 332.

ğildir. Zira, mükellefiyet edası hiç bir zaman bir tazminat borcuna inkilâp edemez. İşte bu taktirde durum ne olacaktır? İcra kanununun 30 f. 2. maddesi “Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı isterse yapılması lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa taktir ettirilir. Bu masrafın ileride hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına . . . . . hükmolunan iş yaptırılır”.

Görülüyorki madde de “Diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden” bahs olunmaktadır; o halde bir başkası tarafından yapılamıyacak, ve bilhassa ancak mükellefin kendisi tarafında yapılacak şeyler, bu maddenin dışında kaldığı gibi, mükellefiyet edasının bir içtinaptan ibaret bulunması halinde, mükellefin buna muhalif hareketi taktirinde, cebri bir icra yolu yine mevzu-bahs olamayacaktır. Bu hâl için, İcra kanununun 343 üncü maddesinde hüküm bulunmaktadır. Eu maddeye göre “Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan işin yapılması ve bir işin yapılması veya bir irtifak hakkının tahmili, kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbûl mazerete müstenit olmayarak muhalif hareket eden borçlular, hüküm lehine verilmiş olan kimsenin şikayeti üzerine, bir aya kadar hafif hapis cezasına mahkum edilir.”. O halde bizzat mükellef tarafından yapılması lazım gelen fiiller, makbûl mazeretler dışında, yapılmassa cezaî bir müeyyideye çarpılacaktır. Fakat bu cezaî müeyyidenin tatbik edilmesi de, mükellefiyet borcunu ortadan kaldıramıyacaktır. Binac-naleyh mükellefiyet ifa edilmemiş ve murisîh arzusu yerine getirilmemiş olacaktır (5).

2) İkinci halde, mükellefiyet borcunun ifasının borçlunun kusuru yüzünden gayri mümkün hale gemiş olmasıdır. Kusur yüzünden de olsa, ifa imkansızlığı mükellefiyette bir tazminat talebine hak verdirmez o halde ne olacak, bu ikinci hal için ne medenî ve nede icra kanunumuzda bir müeyyide mevcut değildir. Mükellefiyetli hibede bunun müeyyidesi hibeden rucudur (BK 244/3). Hatta bu hak vahibin vefatında mirasçılara intikal eder (BK 246). Halbuki ölüme bağlı tasarruflarda böyle bir imkan yoktur. Bu taktirde, mükellefiyetin ifası hakkında hiç bir müeyyide yok demektir. Halbuki, mükellefiyetin merbut bulunduğu tevcih (Mal vasiyeti veya mansup mirascılık) den mütevellit iktisap mükellefin mamelekine girmiştir. İşte BGB, mükellefiyet edasının mükellefe isnadi kabil sebebler yüzünden, gayri mümkün hale gelmiş olması ha-

5) Beigesay No. 331

li için, § 2196 da ehemmiyetli bir hüküm sevkeylemiştir; buna göre, mükellef, ortadan çekilmiş olsaydı, bundan doğrudan doğruya kim istifade edecek idiyse, o, vâkî tevcihin, mükellefin icrası için yapacağı masraflar nisbetinde ve sebebsiz iktisap hükümlerine göre, iadesini talep edebilecektir. Bu iade davasında bulunan, kâideten, mükellefiyeti yerine getirmekle borçludur; meğerki mükellefiyetin mahiyeti veya objektif bir imkansızlık, bu ifaya mani ola (6). Mükellefiyetin ifası hususunda mahkemece karar verilmiş fakat, mükellefiyet bizzat mükellef tarafında yapılması lazım gelen bir edadan ibaret olupta, mükellef bunu yapmamakta, veya yapılmaması lazım gelen bir fiili yapmış ise — yine mükellefe isnâdı kabil sebebler dolayısıyla vâkî bir imkansızlıkta olduğu gibi — yapılmış olan tevcihin, sebebsiz iktisap hükümleri gereğince — mükellefçe yapılması lâzım gelen masraflar nisbetinde — iadesini talep edebilecektir. (BGB § 2196/2.

### III — MK hükümlerinin noksanlığı:

Halbukî BGB nin § 2196 na benzer bir hüküm ne Türk medenî kanununda nede İsviçre medenî kanununda mevcut değildir bu bir noksanlıdır, bunun için aklı gelebilecek çareler şunlardır :

a) Ancak borçlu tarafından ifa edilecek bir eda, bir temenni bir arzu mahiyetinde olabilir. Eğer böyle ise, ortada, üzerinde durduğumuz manada bir mükellefiyet hâli yoktur. Çünkü cebirlik mükellefiyetin farkı vasfıdır.

b) Hukukî manâda bir mükellefiyet mevzuubahs ise, bu taktirde, alman medenî kanununda olduğu gibi, bir sebebsiz iktisap mevzuubahs olamaz mı? BK 61 ve müteakip madde hükümlerine göre, sebebsiz bir iktisabın mevcut olabilmesi için, evvel emirde vâkî iktisabın sebebsiz olması lazımdır. Acaba burada ki iktisap sebebsiz midir? vâkî tevcih, mükellefiyetin yerine getirilmesi maksadile yapılmış, ve bu yerine getirilmeme işi de katılmış ise, artık mevcut bir sebebin ortadan kalkmış olması lâzım geleceğinden, bir sebebsiz iktisap davası mevzuubahs olabilir. Fakat bu da, ancak infisahî bir şartın mevcudiyetinin kabulü taktirinde mümkündür. Fakat bu halde ise, mesele mükellefiyet sahasından çıkıp şart sahasına intikal edecektir. Hem mükellefiyetin mevcudiyetini kabul, hem de ademi ifa halinde, iktisap sebebinin, otomatik olarak, kalkmasını kabul etmek, birbiri ile kabili telif olmaz zira, mükellefiyetin bağlı bulunduğu tevcih bundan müstakil olarak ve kati surette, iktisap olmuştur. Ademi ifa, tek başına, iktisap sebebinin ortadan kaldıramaz. Mükellef, mükellefiyeti ifa etmemekle, bazı masraflardan tevakkî etmiş, ve azalması lazım gelen mâmêleki azalmamıştır. Bu suretle, onun mâmelikinde bir artış vardır, denilebilir. Fakat, haksız iktisabın diğer bir şartıda

6) Ennecctrus. Kipp. Bd. V. S. 410

vâki iktisabın, davacının mâmeleki aleyhine vuku bulmuş olmasıdır. Halbuki, MK 462 de mevzubahs dâvâ haklılarının, hemen hiç birisi, bu iktisabın kendi mamelekleri aleyhine vâki olduğunu iddia edemezler. Vaki iktisabın tereke aleyhine olduğu kabül olursa bile, bu haldede, bütün tereke mensubunun birlikte ve terekeyi temsilen bir sebebsiz iktisap davası açması icap edecektir. Muhtelif varislerin mevcudiyeti halinde, bunlar ancak hisseleri nisbetinde dava edebilecektir. Fakat bu taktirde, varisler, dâvâ haklarını MK 462 den değil, miras hukukunun umumî prensiplerinden, yani varislerin murisin halefi olmalarından dolayı bir dava hakkını kullanmaktadırlar. Bu taktirde dahi, kanunun sarîh bir hükmü olmadan, BK 61 ve müteakip maddelerin hükmünün bize doğrudan doğruya tatbiki mümkün görülmemektedir (7). Olsa olsa MK 1 in mevzubahs ettiği, bir kanun boşluğu mevcut olacaktır. Fakat, buda bütün meseleyi hâl edemeyecektir. Çünkü, bir sebebsiz zenginleşme davası, mükellefin, ademi ifa dolayısıyla zenginleşmiş olması şartını icap ettirir. Buda her mükellefiyet hakkında mevzubahs olamaz. Bir ademi ifa mevcut olduğu halde, bu mükellefin mâmeleki artırmamış olabilir. Meselâ: murisin kabrini ziyaret, onun hakkında bir eser yazma gibi bir sarfiyatı tazammun etmeyen bir kısım edalarda, sebebsiz iktisap davası mevzubahs olamayacaktır. Sebebsiz iktisap davasının mevzubahs edilebileceği hallerde ise bunu ancak varis olan alakalılar dermeyeran edebilecek ve varis olmayan alakalılar bu davayı kullanamayacaklardır. Münferit hallerde kabili tatbik görünen sebebsiz iktisap davası mükellefiyete tam bir ifa kabiliyeti vermekten uzaktır hatta durum Alman hukukunda da böyledir (8).

Mükellefe isnadı kabul sebebler dolayısıyla ifanın gayri mümkün olması halinde ise ademi ifa ancak pek istisnai hallerde bir sebebsiz iktisap davasına imkan verecektir. Mesela borçlunun bizzat ihdas ettiği bir sebep yüzünden mükellefiyetin ifası mümkün değilse bu ademi ifa da onun için bir masraftan tevakkıyi mucip oluyorsa, sebebsiz bir zenginleşme davası mümkün olabilecektir. Fakat ekseriya imkansızlık mükellefiyetle alakalı şeyin yok olması veya elden çıkarılması suretiyle tecelli edecek tirkî. Bu taktirde, yok olma veya elden çıkarma mükellefe bir menfaat sağlamış veya bir hêdel veya bir tazminat almasını mucip olmuş ise o zaman bir sebebsiz iktisap davası mevzubahs olabilecektir.

Netice olarak mükellefiyetin bazı ahvalde hukukumuzda ciddi bir

7) Stifel S. 186

8) Lanver S. 132

müeyyideden mahrum olduğu söylenebilir (9). Bununla beraber yukarıda bahsettiğimiz icra kanununun 340 ıncı maddesi ile bu gibi işlerde cari olan ahlaki anlayış mükellefiyet hakkında yine kıymetli birer müeyyide dirler.

---

9) Escher Art 482 N 22.