

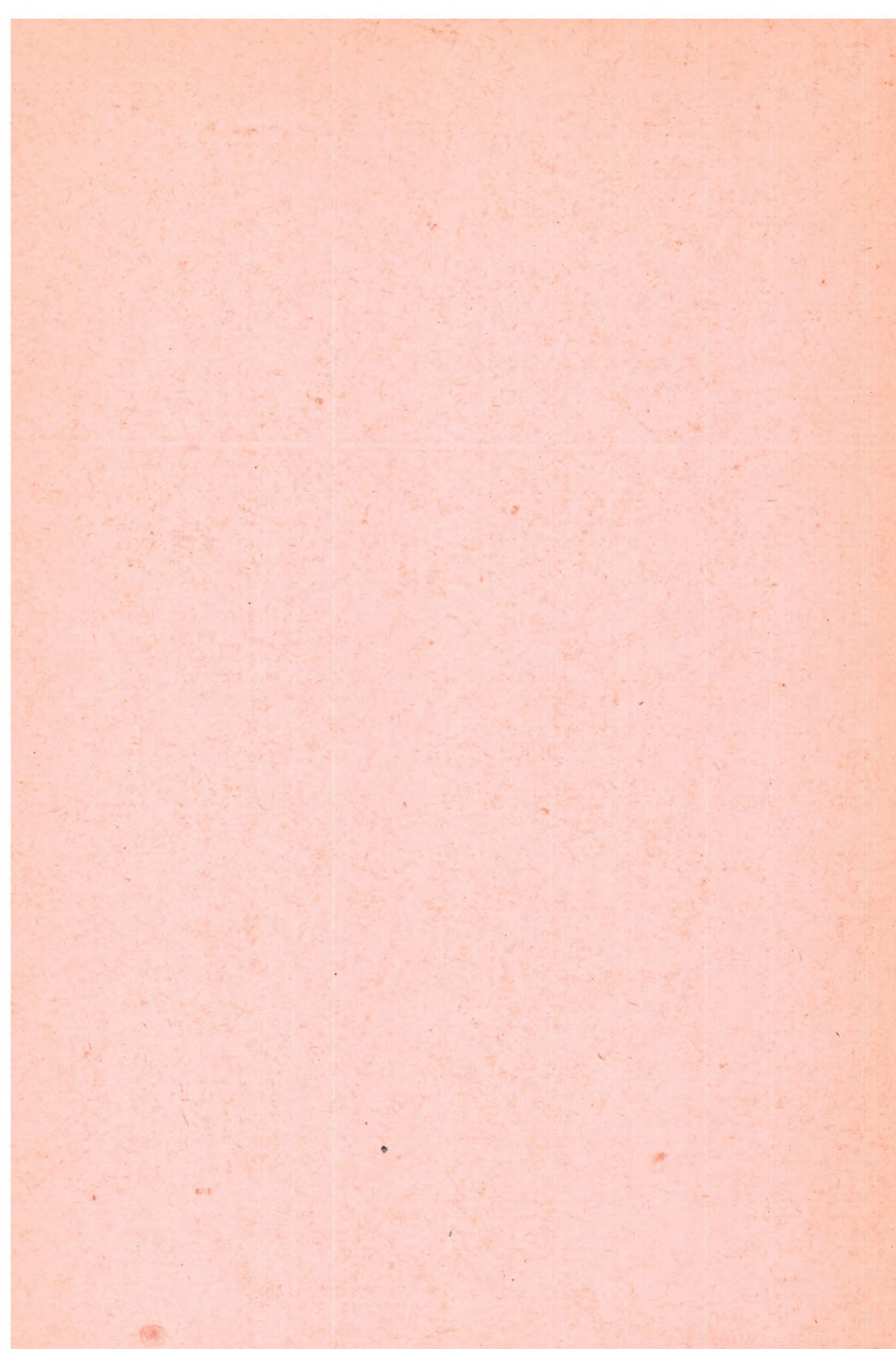
İSLÂM HUKUKUNDA HİBE

(Doçentlik Tezi)

Doç. Dr. Abdulkadir ŞENER

ANKARA

1984



İSLÂM HUKUKUNDA HİBE

(Doçentlik Tezi)

Dr. Abdulkadir ŞENER

A N K A R A
1 9 8 4

(Bu eser, Prof. Dr. Neşet Çağatay, Prof. Dr. İ. Agah Çubukçu
ve Prof. Dr. Salih Tuğ'dan oluşan jüri tarafından 25.10.1978 tari-
hinde doçentlik tezi olarak kabul edilmiştir.)

ÖNSÖZ

Eserimizin adından da anlaşılacağı üzere, burada işlemeye çalıştığımız konu, İslâm hukukunun borçlar kısmına girmektedir. Bilindiği gibi, İslâm hukuku (Fıkıh) sistematğinde hibe, “Muamelât” ın bir bölümünü teşkil etmektedir.

Biz bu konuyu, imkânlarımız ölçüsünde karşılaştırmalı olarak incelemek için çaba gösterdik. Karşılaştırmalarımızı ise önce İslâm hukuk ekolleri, sonra da bugünkü Borçlar hukukumuz açısından yaptık.

İnceleme ve araştırmalarımız sırasında hibe konusunda yalnız İslâm hukuk ekolleri arasındaki önemli ihtihat ayrılıklarını belirtmek ve Borçlar hukukumuzla karşılaştırmalar yapmakla yetinmedik; aynı zamanda Roma hukukunun hibe ile ilgili hüküm ve kuralarını, derinlemesine olmasa bile, İslâm hukuku ile karşılaştırmaya çalıştık. Bu arada, hibeyi düzenlerken İslâm hukukuna ne ölçüde yaklaştığını göstermek ve bugünkü hukukumuzun bağışlama ile ilgili hükümleriyle ne derecede bağdaşıp bağdaşmadığı hakkında bir fikir vermek için Mısır Medenî hukuku'na da gerektiğçe atıflarda bulunduk.

Bu çalışmamız, hukuk tarihimizle uğraşan meslektaşlarımıza ve hukuki konulara ilgi duyan okuyucularımıza, eski ve yeni hukukumuz arasında yapacakları karşılaştırmalarda az çok ışık tutarsa kendimizi mutlu sayarız.

ANKARA, 3.V.1977.

Dr. Abdulkadir ŞENER

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	3
-------------	---

GİRİŞ

§ 1. HİBE SÖZCÜĞÜ VE YÜRÜRLÜKTE OLAN KANUNLARIMIZDAKİ KARŞILIĞI	11
§ 2. HİBENİN MENŞEİ VE ÖNEMİ	12
§ 3. HİBE İLE TEBERRU ARASINDAKİ FARK	17
I- TEBERRU KAVRAMI	17
II- TEBERRU ÇEŞİTLERİ	18

BİRİNCİ BÖLÜM

HİBENİN MAHİYETİ, NİTELİKLERİ, ŞEKLİ VE ÇEŞİTLERİ

§ 4. HİBENİN TANIMI	22
I- İSLÂM HUKUKUNDA HİBENİN TANIMI ...	22
II- MODERN HUKUKUMUZDA HİBENİN TANIMI	25
§ 5. HİBENİN NİTELİKLERİ VE ŞARTLARI	27
I- HİBENİN NİTEKLİLERİ	27
1- Hibe bir akittir	27
2- Hibe kazandırıcı (temlikî) bir muameledir	29
3- Hibede asıl olan ıvazsızlıktır	30
4- Hibenin hukukî sebebi kasıttır.	31
5- Hibe yaşayanlar arasında olur	32
II- HİBENİN ŞARTLARI	32
1- Mevhubun hibe vaktinde mevcut olması	32
2- Mevhubun vâhibin kendi malı olması	34
3- Mevhubun malum ve muayyen olması	35
4- Vâhibin âkil ve bâliğ olması	36
5- Hibede vâhip ve mevhubunlehin rızasının bulunması	36

§ 6. HİBENİN ŞEKLİ VE ÇEŞİTLERİ	37
I- HİBEDE ŞEKİL	37
1- Hibenin şahit huzurunda yapılması, icap ve kabul	37
2- Teslim ve kabz	40
3- Senet ve tescil	44
4- Hibede şekil eksikliği	47
II- HİBENİN ÇEŞİTLERİ	48
1- Elden hibe	49
2- Hibe taahhüdü	50
3- Müşa' (Şâyi' hisseli şey) ın hibesi	54
4- Şartlı ve mükellefiyetli hibe	56
5- Rucu şartıyla hibe	61
a) Umrâ	61
b) Rukbâ	64
c) Süknâ	65
d) Üçüncü şahsa rucu şartıyla yapılan hibe	66
e) Tenfizi vâhibin ölümüne izâfe edilen hibe-ler	66
III- HİBE SAYILMAYAN TASARRUFLAR	71
1- Mirası red ve henüz kazanılmamış vir haktan feragat	71
2- Eksik borçların ve ahlâkî vazifelerin ifası	73
3- Hediye ve bahşişler	75
4- İbaha ve tahlil	78

İKİNCİ BÖLÜM

HİBEDE EHLİYET

§ 7. HİBE YAPMA EHLİYETİ	80
I- REŞİT VE MÜMEYYİZLERİN HİBE YAPMA EHLİYETİ	80
II- MÜMEYYİZ MAHCURLARLA MÜŞAVİRLİĞE TABİ OLANLARIN HİBE YAPMA EHLİYETİ	84
1- Mümeyyiz mahcurların hibe yapma ehliyeti	84
2- Kanunî müşavirliğe tabi olanların hibe yapma ehliyeti	87

III- VEKÂLETEN HİBEDE BULUNMA YETKİSİ ..	88
IV- ÖLÜM HASTALARININ HİBEDE BULUNMA YETKİSİ	89
V- HÜKMİ ŞAHISLARIN HİBEDE BULUNMA YETKİSİ	92
§ 8. HİBEYİ KABUL ETME EHLİYETİ	93
I- İSLÂM HUKUKUNDA HİBEYİ KABUL ETME EHLİYETİ	93
II- MEDENİ HUKUKUMUZDA HİBEYİ KABUL ETME EHLİYETİ	95
III- HÜKMİ ŞAHISLARIN HİBEYİ KABUL ETME YETKİSİ	96
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
HİBENİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ	
§ 9. HİBEDE TARAFLARIN BORÇ VE SORUMLULUKLARI	97
I- BAĞIŞLAYANIN BORÇ VE SORUMLULUKLARI	98
II- BAĞIŞLANANIN BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	99
§ 10. HİBENİN SONA ERMESİ	100
I- ÖLÜM	100
II- HİBEDEN RUCU	102
1- İslâm hukukunda hibeden rucu	102
2- Bugünkü hukukumuzda hibeden rucu	108
a) Kabulden önce bağışlamadan rucu	109
b) Tenfiz edilmiş bağışlamadan rucu	109
c) Bağışlama taahhüdünden rucu	109
d) Mirasçıların rucuu	110
III- ACİZ SEBEBİYLE HİBENİN İPTALİ	110
IV- NİŞANIN BOZULMASI	111
SONUÇ	112
BİBLİYOGRAFYA	114
İNDEKS	123

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser.
A.Ü.İ.F.	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.
Bak.	: Bakınız.
BK.	: Borçlar Kanunu.
c.	: Cilt.
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu.
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu.
İ.Ü.H.F.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Karş.	: Karşılaştırınız.
m.	: Madde.
mad.	: Madde.
MK.	: Medenî Kanun.
s.	: Sayfa.
Sa.	: Sayı
TCK.	: Türk Ceza Kanunu.
TMK.	: Türk Medenî Kanunu.
TTK.	: Türk Tarih Kurumu.
t.y.	: Baskı tarihi yok.
vb.	: Ve benzeri.
vd.	: Ve devamı.
Yarg.	: Yargıtay.
Ygt.	: Yargıtay.

GİRİŞ

§ 1. HİBE SÖZCÜĞÜ VE YÜRÜRLÜKTE OLAN KANUNLARIMIZDAKİ KARŞILIĞI

İslâm hukukunda yaygın bir terim olarak kullanılan “H i b e” sözcüğü, Arapça V-H-B (وهب) kökünden gelmekte ve sözlük bakımından “bağışlamak” anlamını ifade etmektedir¹. Latincedeki “Donatio” karşılığı olan hibe sözcüğü, Batı dillerinden Fransızca ve İngilizceye genel olarak “Donation” kelimesiyle tercüme edilmektedir. Bazı İngilizce eserlerde “Gift” kelimesi, hibe karşılığında kullanılmakta ise de, hibe, gift’in özel bir şeklidir; yani gift, daha geniş bir anlam ifade etmekte ve İslâm hukukunun “Teberru” (Bağış) kavramını karşılamaktadır. Dolayısıyla bu iki kavram arasındaki farkları göz önüne almak gerekir².

İleride açıklanacağı gibi, hukuk açısından bir akit teşkil eden hibe, taraflar arasında vuku bulur ve bir de ortada hibe konusu olan bir şeyin bulunması gerekir. İslâm hukukunda taraflardan hibe yapan kimseye “Vâhib”, kendisine hibe yapılan kimseye “Mevhubunleh” denilir. Hibe konusu olan şeye ise “Mevhub” veya “Mâl-i Mevhub” adı verilir. Hibeyi kabul etmeye de “İttihab” denilir³.

Eski hukukumuzda kullanılan “Hibe” sözcüğü, Türkçemizde de oldukça tutunmuş bir deyim olup ilk zamanlar Medenî Kanun’umuzla Borçlar Kanunu’muzda da aynen yer almış bulunuyordu. 18 Nisan 1929 tarih ve 1424 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 343. maddesi, adı geçen kanunlarımızdaki birçok terimlerin tadili arasında hibe’yi “bağışlama”, vâhib’i “bağışlayan”, mevhubunleh’i “bağışlanan”, mev-

1 Kamusu’l-Muhit, Mısbah, Lisanu’l-Arab ve Sıhahu’l-Cevheri, V-H-B maddelerine Bak. Arapçada genel olarak “atıyye”, “nihle”, “sadaka” ve “hediyye” sözcükleri de bu anlamda kullanılmaktadır.

2 A.A.A. Fyzee, Outlines of Muhammadan Law, Oxford University Press, 1949, s. 187, 188.

3 Mecelle, mad. 833.

hub veya mâl-i mevhub'u da "bağışlanılan" şeklinde değiştirmiştir⁴. Ancak bir kısım hukukçularımız, dilimize yerleşmiş olan hibe sözcüğünü günümüze değin kullanmaya devam etmişlerdir.

Biz ise, bu çalışmamızda, kaynaklara başvurmayı kolaylaştırmak için İslâm hukukunun orijinal terimi olan hibe'yi ve bundan türetilmiş olan öteki terimleri aynen kullanmayı uygun bulmuş olmakla birlikte, bağışlama terimiyle mustaklarını (türevlerini) kullanmayı da ihmal etmedik.

Türkçemizde bir de "caba" sözcüğü vardır. Hâlâ halk dilinde birine karşılıksız, ıvazsız bir şey verme veya yapma anlamına kullanılır. Dolayısıyla eski hukukçularımız, caba etmek deyimini, hibe etmek ve daha geniş anlamıyla teberruda bulunmak mânâsına almışlardır. Nitekim bir fetvâda aynen şöyle denilmektedir: "Türkçede caba ettim sözü, hibe ettim mânâsına kullanıldığı için alacaklı Zeyd, Amr'e, 'Zimmetinde bulunan borcu sana caba ettim' dese, o borcu Amr'e hibe etmiş olur⁵. Amr'in zimmeti de zösü edilen borçtan kurtulur. Bu surette hibenin tamam olması için Amr'in onu kabul etmesi lâzım değildir"⁶.

§ 2. HİBENİN MENŞEİ VE ÖNEMİ

a) Hibe kavramı, hukuk felsefesi veya ilmî içtihat (jurisprudence) in bir ürünü değildir. Bu kavram, hayattan alınmış, örf ve âdetle vücut bulmuş ve zamanla dillerde takarrur etmiş, yerleşip kalmıştır⁷. Öyle anlaşıyor ki hukukta hibe, cemiyette insanların cömertlik, sempati ve yardımlaşma duygularının saik olduğu bir çeşit iyilik müessesesi olarak doğmuştur.

Klasik *Hint* hukukunda, hibe olarak verilen şeyin hem bu dünyada, hem de öteki dünyada tekrar vâhibe döneceği görüşüne büyük bir önem verilmiştir. Bir şey hibe eden kimse, bu dünyada onun karşılığını otomatik olarak görür; öteki dünyada ise onu fazlalaşmış olarak bulur. Servet, sadece verilmek için yaratılmıştır⁸.

4 Ferih Bedii Tongsir, Bağışlama, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953, s. 1.

5 Burada kastadilen, teberru'un bir çeşidi olan ibrâ'dır.

6 Yenişehirî, Ebu'l-Fazl Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ, Matbaa-i Âmire, İstanbul (t.y.), s. 454.

7 v. Tuhr, "İsviçre Borçlar Kanununun Hükümleri Hakkında Düşünceler", (Çev. S. Ş. Ansay), Adliye Ceridesi 1936, s. 1717.

8 M. Mauss, Hibe, Arkaik Cemiyetlerde mübadelenin şekilleri ve sebepleri, (Çev. Sadri Etem), A. Sait Matbaası, İstanbul 1934, s. 80, 81.

Sosyolojik araştırmalara göre hibe, ilkel toplumlarda m bade-
lenin çok önemli bir şeklini teşkil etmektedir. Büyük bir ihtimalle
Romalılar ve Yunanlılar, belki de Kuzey ve Batı Samilerinden sonra
şahsî hukukla reel hukuku ayırma yolunu bulmuşlar ve hibe ile m ba-
deleyi, manevî mecburiyetle mukaveleyi birbirinden ayırmışlardır.
Merasim, hukuk ve menfaatler arasındaki farkı ortaya koymuşlar,
hibeye dayanan külfetli ekonomiyi bırakıp zamanlarına daha uygun
olan iktisadî ilişkileri geliřtirmişlerdir⁹.

Roma hukukunda, ilk önceleri hibe (donatio), bir müessesese ola-
rak bilinmiyordu. Uygulamada hibe, elden bağışlama veya bağışlama
taahhüdünde bulunma şeklinde yapılıyordu¹⁰. Ancak eski devirde ve
hatta klasik devrin sonuna kadar bağışlama, aile mamelekleri için bir
fakirleşme sebebi olduğundan, kanun koyucu tarafından fena g r -
l yordu. Bağışlamayı tahdit etmek için birçok hükümler bile konul-
muştur. M. . 204 yılında "Cincia Kanunu" (Lex Cincia), belirli
miktarı aşan hibeleri menetti. Fakat çok yakın akrabalar bu hibe ya-
sağından istisnâ edilmişlerdi; çünkü bu durumda bağışlanan şey, aile
dışına çıkmıyordu. Klasik hukukta kar -koca arasındaki bağışlamalar
men ediliyor ve geçerli sayılmıyordu¹¹. Fakat Aşağı İmparatorluk dev-
rinde hibe lehinde bir cereyan belirdi. Tatb katta sık sık vuku bulan
ve bir nevi âdet haline gelen bu müesseseyi olumlu bir şekilde düzen-
lemek üzere yeni hükümler konuldu¹².

Eski Doğu hukuklarında da hibe bir müessesese olarak bilinmekte
ve onunla ilgili birçok hükümler bulunmaktaydı. Hammurabi
Kanununda, eski *İsrail* hukukunda (*Mişna*'da), eski İran hukukunda,
eski Hint-Brahmen hukukunda¹³, eski * in* ve *Japon* hukuklarında
hibe ile ilgili pekçok hükümler vardır¹⁴.

9 M. Mauss, a.g.e. s. 79.

10 F.B. Tongsir, Bağışlama, s.8.

11 T rk n Rado, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Fakülteler Matbaası,
İstanbul 1974, s. 168, 169.

12 R. Honig, Roma Hukuku,  ev. ř. Talip, İstanbul 1938, s. 423, 424; F.B. Tong-
sir, a.g.e., s. 73.

13 Manu D st r nun beşinci bölümü hibeye ayrılmıştır.

14 Mahmud Es'ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, Matbaa-i  mire, İstanbul 1332, s. 65,
110, 146, 151, 178, 217; Aq l Ahmad, Hindu Law, Central Law Agency, Allah-Abad
(Hindistan), s. 297 v.d. Hammurabi Kanunu için Bak. G.R. Driver-John C. Miles, The
Babylonian Laws, 2. cilt, The Clarendon Press, London 1968, s. 61; Mevrure Tosun-Kadriye
Yalvaç, Sümer, Bâbil, Asur Kanunları ve Amm-i şadu a Fermanı, TTK. Basimevi, Ankara
1975, s. 201; E. Neufeld, The Hittite Laws, Luzac and Co. Ltd., London 1951, s. 145,

İslâm hukuku açısından hibenin ilk olarak tanzimi konusuna gelince; Kur'an'da sarahaten hukukî anlamda hibeden söz eden bir âyet yoktur. Kur'an-ı Kerim'de sık sık geçen¹⁵ ve fakat içkimaî yönden çok geniş bir yoruma tâbi tutulmaya elverişli olan "sadaka" kelimesi, teberra ve dolayısıyla hibeyi içine alan bir deyim olarak kabul edilmelidir. Hibe, Kur'an'da sözlük mânâsına uygun olarak, "verme" ve "lutfetme" anlamlarında zikredilir; ancak hibe kelimesi yerine bu kökten türetilmiş olan fiil ve sıfatlar kullanılır¹⁶.

İslâm hukukunun kaynakları arasında ikinci yeri alan Sünnet'e başvurursak, İslâm öncesi Arap örf ve âdetlerinde kısmen düzensiz bir şekilde mevcut olan hibenin bazı hükümlere tâbi kılındığını görürüz. Bu türden hadisleri ileride yeri geldikçe ele alacağız.

Bilindiği gibi hibe konusu, İmparatorluk devrine ait kanunlarımızdan Mecelle'nin yedinci bölümünü teşkil eden "Kitabu'l- Hibe" kısmında (833-880. mad.) ve bugünkü Borçlar Kanunu'muzun da ikinci kısım, yedinci babında (234-247. mad.) tanzim edilmiştir.

b) Hibe müessesesinin toplumdaki önemi, her zaman dikkati çekecek bir nitelik taşır. İyi bir-saikin eseri olan bağışlamalar, insanlar arasında yardımlaşmanın tecellisine vesile olduğu ve içtimaî varlığın âhengini temine hizmet ettiği için çok makbul ve arzu edilen muamelelerdendir. Bağışlama, birçok kimselerin kin ve nefretini def edip onların teveccühlerini celbe yardımcı olabilir. İyi kalpli ve cömert bir insan için hibede bulunmak pek yüksek ve asıl bir davranıştır. Bu bakımdan hibe, hukuken himaye ve teşvike lâyık bir muameledir¹⁷.

Hibede, bir müslüman için servetin dağılmasını gözetken ekonomik görüşten daha fazlası vardır. İslâm'a göre insanın dünya malına taparcasına bağlanmaması gerekir; kişinin bir diğerinin yararına olan fiil ve davranışları pek makbul işlerdendir¹⁸. Bunun içindir ki Fransız hukukunun aksine, İslâm hukukunda hibe ile ilgili tahdid edici veya yasaklayıcı hükümler çok azdır¹⁹. İslâm hukukunda hibeye önem verilmesinin başka bir nedeni de, İslâm ülkelerinde bugünkü kollektif yardım kurumlarının pek mevcut olmayışındır²⁰.

15 Bakara, 196, 263, 271; Nisâ, 113.

16 Al-i İmran Sûresi, 8, 38; İbrahim suresi, 39; Meryem suresi, 50, 53; Şûrâ Sûresi, 49.

17 F.B. Tongsir, Bağışlama, s. 72.

18 O. Pesle, La Donation dans le Droit Musulman, Rabat (Fas) 1933, s. 41, 42.

19 O. Pesle, a.g.e., s. 44.

20 O. Pesle, a.g.e., s. 45.

Kişinin cömertlik ve iyilikseverlik gibi niteliklere sahip olması ve çocuklarının da bu tür nitelikleri kazanması için örnek davranışlarda bulunması insanî bir meziyettir. Aşırı dünya sevgisi, bencillik ve cimrilik kötü şeylerdir. Tanrı da, Kur'an da, kendisinin "Bağışlayıcı" ve "Aziz ve Bağışlayıcı"²¹ olduğunu bildirmiştir. Hibe, kişiyi böylece yüksek bir sığata eriştirir; onun içinden cimriliği söküp çıkarır. Kendisine hibe yapılan kimsenin sevgisini ve bağışlayanla aralarındaki dostluğu arttırır; kin ve kıskançlığı giderir. Nihayet hibe yapan kimse, "*Nefsinin cimriliğinden korunanlar gerçekten kurtuluşa erişmiş kimselerdir*"²² âyetinde işaret edilen yüce kişilerden olmayı bařarır²³. Bu sebeplere binaen Kur'an-ı Kerim'de cömertliği öven ve cimriliği kınayan daha başka pek çok âyet vardır²⁴.

İşlâm hukukunda hibeyi, genel olarak bağışta bulunmayı teşvik eden hadîsler de çoktur. Örneğin Hz. Muhammed, "*Karşılıklı birbirinize hediye verin ki aranızdaki dostluk artsın ve düşmanlık gitsin*"²⁵. buyurmuştur. Hz. Peygamber. kendileri de, hediye kabul eder ve karşılığında hediye verirlerdi²⁶.

c) Hibenin bu gibi fayda ve önemi inkâr edilemez; ancak için diğer yönü düşünülünce, kural olarak, onun, karşılıksız (ıvazsız) muamelelerden olması cihetiyle aşırı bir tarzda cömertlikte bulunan kimseyi fakirlik ve sıkıntıya düşüreceği, hatta yıkıma kadar gtrecede kolayca tahmin edilebilir. Bunun içindir ki hukukun bağışlamada bulunmak isteyen kimseye itidal ve dikkati tavsiye eden hükümler ihtiva ettiği grlmektedir²⁷. Nitekim Kur'an-ı Kerim de keyfiyeti teyit ederek, mü'minlerin sıfatlarını anlatırken, "*Onlar haradıkları zaman ne israf ederler, ne de cimrilik yaparlar; ikisi arası orta yoldan giderler*"²⁸. demiş ve "*Elini bağlı olarak boynuna asma; onu büsbütün de açıp saçma. Sonra kınanmış ve pişman bir halde oturup kalırsın*"²⁹. buyurmuştur. Bu gibi âyetleri göz önüne alarak, İşlâm hukukunun aşırı derecede hibeyi değil, itidalli olmayı emrettiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

21 Al-i İmran Sresi, 8; Sâd Sresi, 9.

22 Haşr suresi, 9.

23 Ali Haydar, Dururu'l-Hukkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Matbaa-i Ebuzziya, İstanbul 1330, c. II, s. 609; Tahtâvî, Hâşiye Alâ'd-Durri'l-Muhtar, Dâru't-Tıba'at'l-Âmire, Bulak (Mısır), 1254-1268, c. III, s. 392.

24 Bak. Bakara, 58, 195; Âl-i İmran, 134, 148, 180; Nisâ, 36.

25 İmâm Malik, el-Muvatta', Husnu'l-Huluk: 16.

26 Buhari, el-Câmi'u's-Sahih, Hibe: 11.

27 F.B: Tongsir, Bağışlama, s. 73.

28 Furkan, 67.

29 İsrâ, 29.

Öte yandan İslâm hukukunda, “şer’î muamele” denilen bir kısım hile-i şer’iyyeler (hukukî kaçamak yolları), hibe ve devir suretiyle meşru gösterilmeye çalışılmıştır. Sözgelisi, faiz alma yasağı, belki bir içtihat ve yorumla belirli şartlar altında hafifletileceği yerde, faizli kredinin dolambaçlı bir yoldan işlemesi için hibe ve devir usûlüyle şekil yönünden meşrulaştırılarak, bir takım çareler bulunmuştur. İbn-i Kemâl’in bu konudaki ilginç bir fetvasında şöyle denilmektedir:

“Zeyd, Amr’dan bin akçe isteyüb onun onbir üzerine (yani % 10 faizle) bin akçe alub Amr kaftanın çıkarub Zeyd’e yüz akçeye sattım dise, Zeyd dahi kabul idüb kaftanı Bekr’e hibe idüb Bekr dahi kaftanı Amr’e hibe eylese, bu tarik üzere muamele şer’iyye midir? el-Cevap: Şer’iyyedir”³⁰.

Yine, bir gayrimenkul (taşınmaz) malın dışardan birine satılmasını sağlamak ve komşunun şuf’a hakkını düşürmek amacıyla da hibeye başvurulduğu bilinmektedir. Bu durumda söz konusu mülkün belli kısmı satıştan önce alıcıya hibe edilince, alıcı o mala ortak olduğu için, komşunun onun üzerindeki şuf’a hakkı düşmüş olur. Fakat bunlar İslâm hukukunun ruhu ile bağdaşmaz; buna rağmen uygulamada bunlar caiz görülmüş ise de, bazı fetva ve uygulamanın İslâm hukukunun özüne uygun düşmediği de bir gerçektir.

Kezâ, mirascılar arasındaki tercihlerin de hibe yoluyla hukuka uygun hale getirildiğini sık sık görmekteyiz. Ancak, Kur’an-ı Kerim her işte dürüstlüğü emrettiğinden ve bu gibi muameleler dürüstlikle bağdaşmadığı için Hz. Peygamber tarafından men edilmiştir. Aşağıdaki hadîs, bu gibi davranışları hoş görmeyen örneklerden sadece bir tanesini teşkil eder:

“Nu’mân b. Beşir, oğlu Muhammed’e bir şey bağışlamış; fakat karısı Amre binti Ravâha, ona, ‘Hz. Peygamber’i buna şahit yapmazsan razı olmam’ demiştir. Bunun üzerine Nu’mân b. Beşir, Hz. Peygamber’e gelip ‘Amre binti Ravâha’dan doğmuş olan bu oğluma bir şey bağışladım; o da seni bu işe şahid yapmamı istedi’. demiş; Hz. Peygamber ise, ‘öteki çocuklarına da bunun benzerini bağışladın mı?’ diye sormuş; ‘hayır’ cevabını alınca, ‘çocuklarınız arasında adâletli davranın.’ buyurmuştur”³¹.

30 Ö.L. Barkan, “Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, Cumhuriyetin 50. Yıl dönümü Semineri, TTK. Basımevi. Ankara 1975, s. 74. Ayrıca İbâha (teberru) yolu ile faizli bir ikraz muamelesi için Bak. Osman Turan, Belleken, c. XVI (1952), sayı: 62, s. 251-260.

31 Buhârî, el-Câmi’u’s-Sahih, Hibe: 13. Hadisin başka bir varyantında Hz. Peygamber, “Hayır” cevabını alınca, “O halde bağışından rucu’ et” demiştir (Buhârî, Hibe: 12; Müslim, Hibât: 9; Muvatta’, Akdiye: 39).

Günümüzde de bazan servetin belli mirascılara geçmesini önlemek, emlâk alım vergisinden kurtulmak veya gümrük muafiyetinden yararlanmak gibi amaçlarla hibe hükümlerinden yardım umanların bulunduğu bilinen bir gerçektir. Bu gibi arzuları önlemek içindir ki 7338 Sayılı Veraset ve İntikâl Vergisi Kanunumuz, ıvazsız tasarruf muamelelerini, bazı sınırlamalarla birlikte, şümûlü içerisine almıştır.

§ 3. HİBE İLE TEBERRU ARASINDAKİ FARK

I- Teberru Kavramı

Hukuk alanında hakikî ve hükmî bir şahsın diğer bir şahsın mameleki lehine kendi mamelekinde meydana getirdiği eksilmeye “Teberru” denilmektedir.

Teberru (bağış), lehine teberru yapılan şahsın mamelekinde bir eksilme meydana getirmez. Aksi takdirde bir ıvazlı muamele karşısında kalınmış olunur ki, kural olarak, teberru ıvazsız bir muameledir. Her ne kadar şart ve mükellefiyet yükleyebilen teberrular mevcut ise de, teberru’un tipik bir şekli olan hibenin tetkiki sırasında görüleceği üzere, şart veya mükellefiyet, lehine teberru yapılan şahsın mamelekinde bir eksilme meydana getirmez. Menenî Kanunumuzdan önceki borçlar hukukumuzda, yani Mecelle’de ve genel olarak İslâm hukukunda durum böyle olduğu gibi³², halen yürürlükte olan Borçlar Kanunu’muzda da keyfiyet aynıdır. Gerçekten BK. m. 241 /3’de aynen şu hüküm yer almıştır:

“Bağışlanan şeyin kıymeti masrafını korumaz ve masraf fazlası kendisine tesviye edilmezse bağışlananın mükellefiyeti icradan imtina etmeye hakkı vardır.”

Buna göre bir kimse diğer bir kimseye yüz bin lira hibede bulunsa ve yoksul bir çocuk yüksek öğrenimini bitirinceye kadar onun öğrenim masraflarını lehine hibe yapılan şahsa mükellefiyet olarak şart kılrsa ve bu masraflar yüz bin lirayı geçse, bağışlayan, ancak bağışlanandan yüz bin liralık öğrenim masrafı bitinceye kadar mükellefiyetin yerine getirilmesini isteyebilir. Bu husus, zikredilen fıkradan açıkça anlaşılmaktadır.

Teberru sözü, hukuk alanındaki ıvazsız tasarrufların hepsini kapsayan geniş bir kavramdır. Bu deyim, yalnız hibeye inhisar etmez. İleri-

32 Yani hibe için ileri sürülen şart veya mükellefiyetin, hibeye uygun (mülâyim) olması ve hibe edilen şeyin değerinden fazla olamaması gerekir (Bak. Ali Haydar, Dureru’l-Hukkâm, c. II, s. 664, 665).

de de görüleceği gibi her hibe bir teberrudur, fakat her teberru bir hibe değildir. Şu halde teberru'un bu şümullü kapsamını daha iyi anlayabilmek için onun çeşitlerini kısaca gözden geçirmek gerekir.

II- Teberru Çeşitleri

Eski ve yeni hukukumuzda yer alan teberru çeşitleri şunlardır:

1- Hibe (Bağışlama),

2- Vasiyet,

3- Vakıf,

4- İbra,

5- İbâha,

6- Sadaka,

7- Âriyet,

8- Hediye ve ahlâkî bir vazifenin ifası için veya adâb-ı muaşeret icabı olarak verilen şeyler,

9- Kanuna, ahlâk ve âdâba aykırı bir maksadın elde edilmesi için verilen şeyler.

Burada hibe ile öteki teberru çeşitleri arasında kısa bir karşılaştırma yapmada yarar görmekteyiz.

a) *Vasiyet*, vasiyetçinin ölümünden sonra sonuç doğuran ve mirasçılar razı olmazlarsa sadece terekerin üçte birinde geçerli olan bir tasarruftur. *Hibe*, birindeki alacaktan kısmen veya tamamen vaz geçmek anlamına gelen ibra ve ayrı özelliklere sahip olan öteki teberru çeşitleri ise, yaşayanlar arasında yapılan ve onlar hayatta iken kesinlik kazanan geniş kapsamlı hukukî tasarruflardır.

Öte yandan Mecelle'nin 57. maddesinde, "Teberru ancak kabz ile tamam olur. Meselâ, bir adam birine bir şey hibe etse kable'l-kabz (kabz'dan önce) hibe tamam olmaz". denilmektedir. Vasiyet de teberru kabilinden olduğu halde kabza bağlı değildir; zira vasiyette, vasiyet edenin ölümünden sonra lehine vasiyet edilen şahsın kabulü ile mülkiyet geçmiş olur; yani burada teberru ölümüne izafe edildiği için kabz ile değil, sadece kabul ile tamam olmaktadır³³. Keyfiyet, MK. muzda (m. 467, 545) da aynıdır³⁴.

³³ Kuyucaklızade Atıf Efendi, Mecelle Şerhi, Kavaid-i Külliye, s. 64.

³⁴ H.V. Velidedeoğlu, Türk Medenî Kanununa Göre Medenî Hukuk, s. 235.

b) Hibe, belli bir şahsın lehine yapıldığı halde, vakıf, bir mülkü veya vakfedilmesi mutata olan bir malı, kamu yararına veya herhangi bir hayır amacına yönelik olmak üzere ebedî olarak tahsis etmektir. Dolayısıyla vakıfta, kural olarak, vakıf yapıldığı anda kimlerin yararlanacağı belli olmadığı halde hibede, hibeden faydalanan kimse bellidir.

c) *İbra*, alacaklının, alacağını almadığı halde borçlunun borcunu ödemiş olduğunu kabul etmesi ve borçlunun da buna razı olmasıdır. İslâm hukukçuları, ibrayı mecâz yoluyla hibe sayarlar ve borçlunun bunu kabul etmesi şartını aramazlar³⁵.

Borçlar Kanunumuzda ise *ibra*, ıvazlı ve ıvazsız olmak üzere ikiye ayrılır: ıvazlı *ibrada* borçlunun reşit olması gerekir. ıvazsız *ibrada* ise buna gerek yoktur; sadece hibeyi kabul ehliyetinin, yani temyiz kudretinin bulunması yeterlidir. ıvazsız *ibra* ile hibe arasındaki farka gelince; Kanundaki sebepler bulunduğu takdirde hibeden rucu edildiği halde, *ibradan* rucu edilemez³⁶.

d) Teberru çeşitleri arasında zikredilen *ibâha*, İslâm hukukunda söz konusu olduğu halde, gerek bugünkü Borçlar Kanunumuzda, gerekse doktrinde yer almış değildir.

Hibe ile *ibâha* arasındaki fark, tatbikî bakımdan çok önemli olduğundan, burada bilhassa belirtilmelidir. Hibe, temlikî bir tasarruf olduğu halde, *ibâha*, genellikle yapıldığı anda lehine teberru edilen şahıs tarafından tüketilen, yani yenilip içilen bir bağış çeşididir*. Meselâ, bir kimse diğer bir kimseye yemek parası olarak bir miktar meblâğ verse bu bir hibedir; fakat onu lokantaya götürüp veya evine çağırıp yemek yedirse bu da bir *ibâhadır*. Başka bir misal de şudur: Bir kimse bahçesinden istediği kadar meyva alıp yemesi için birine müsaade etse, bu bir *ibâha* teşkil eder; ona, evine götürmesi için bir sepet meyve doldurup verse, bu da hibe olur³⁷.

Mecelle, mad. 836'da *ibâhayı* şöyle tarif etmektedir: "İbâha bir şeyi bilâ ıvaz ekl ve tenâvül etmek üzere âhere izin ve ruhsat vermektir".

Görülüyor ki *ibâhada*, *ibâha* edilen şey, lehine *ibâha* edilenin mamelekine dahil olmamakta, ancak onun tarafından *ibâha* yapıldığı anda tüketilmektedir. Hibede ise hibe edilen şey, bağışlananın mamelekine dahil olmaktadır.

35 Kuyucaklızade, a.g.e., s. 3.

36 Ş. Berki, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 56, 57.

* Karş. s. 78.

37 S. Berki, a.g.e., s. 58.

e) Kur'an-ı Kerim'de zekat ve vergi* için de kullanılan *Sadaka* sözü, geniş anlamli bir terim olup dinî ve içtimaî bir hayır amacına yönelik olarak verilen bir şey veya bu gibi amaçlarla yapılan bir iştir. İslâm literatüründe komşuya güler yüz göstermek bir sadaka olduğu gibi, yorgun bir kimseye yardım etmek veya bir hamalın yükünü sırtına kaldırmak da bir sadakadır. İslâm hukukunda ise sadaka, Allah rızası için ve sevâb kazanmak amacıyla birine yapılan bir teberrudur³⁸.

Sadaka, bugünkü Borçlar Kanunumuzda yer alan ahlâkî bir vazifenin ifası maksadıyla verilen şeylere tekâbül etmektedir ki gerçekte sadaka, dine dayanan ahlâkî bir vazifenin edâsından ibarettir; yani sadaka, içtimaî bir terimdir; hibe ise hukukî bir terimdir. Dolayısıyla sadakanın sâiki, içtimaî ve dinîdir; hibenin sâiki ise hukukîdir.

İslâm hukuku terminolojisinde sadaka, vakıf ve normal olarak teberru anlamlarında da kullanılır. Ancak modern terminolojide bunların tamamen birbirinden ayrıldığını da görüyoruz. Sözgelisi, bir kimse, hayır amacıyla fakirlere verilmek üzere kitap satın almak için on bin lira tahsis etse bu bir sadaka olur; on bin lirayı ayırıp aslının muhafaza edilmesini ve geliri ile fakirlere dağıtılmak üzere kitap satın alınmasını şart koşsa bu da bir vakıf teşkil eder. Yani sadakada istihlâk (tüketim) mümkün olduğu halde, vakıfda ebedilik esastır³⁹.

İslâm hukukuna göre bazı hallerde, kabz ve teslimden sonra dahi hibeden rucu caiz ise de, sadakadan rucu caiz değildir⁴⁰; çünkü sadaka, dinî bir amaçla, yani sevap kasıdıyla verildiği için geri istenemez. Bugünkü Borçlar hukukumuzda göre de mümeyyiz olan birine verilen sadakadan rucu edilemez; zira BK. nun 62. maddesi, ahlâkî bir vazifenin ifası için verilen şeylerin geri alınamayacağını beyan etmektedir ki sadaka da ahlâkî bir vazifenin ifası için verilmiştir; ancak mümeyyiz olmayan, meselâ, üç yaşındaki bir çocuğa verilen bir sadaka, velisi muttali olmadan önce geri alınabilir; fakat hukuk nazariyesi bakımından caiz olan bu durum, ahlâken doğru bir davranış olmaz⁴¹.

f) Modern hukukumuzda da yer alan *âriyet*⁴², İslâm hukukunda, menfaatin meccanen temlikî, yani kullanma hakkının teberru edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Hibede mevhubunle, mülkiyet hakkını

* Bak. Bakara, 263; Tevbe, 60, 104.

38 Mecelle, mad. 835: "Sadaka, sevap için hibe olunan maldır".

39 A.A.A. Fyze, Outlines of Muhammadan Law, s. 225.

40 Mecelle, mad. 862, 863, 864, 874.

41 Ş. Berki, a.g.e., s. 58; Ş. Berki, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, s. 199.

42 BK. m. 299-305.

elde eder; âriyette ise kişi sadece bir malı bir süre kullanma hakkına sahip olur⁴³; yani hibe de bağışlanan şeyin mülkiyeti bağışlanana geçtiği halde, âriyette mülkiyet âriyet verende kalır.

g) Birine ikramda bulunmak kasdıyla verilen *hediye* ve ahlâkî bir vazifenin ifası için veya bir müâşeret kuralı gereğince sunulan şeylerin iadesi istenemez⁴⁴. Hanefî ekolüne göre hediye, helâk olmamış veya tüketilmemiş ise, ya da ona karşılık bir ıvaz alınılmamışsa ve hibe için rucu'a mani hallerden birisi yoksa hediye rucu edilebilir, yani verilen hediye geri istenebilir. Öteki İslâm hukuk ekollerine göre ise hediye rucu caiz değildir⁴⁵.

Bizce Hanefî ekolünün görüşü daha doğrudur; çünkü maddî bir şeyin hediye edilmesi ile hibe arasında önemli bir fark olduğunu sanmıyoruz. Bununla birlikte, hediye içtimaî bir vazife zımnında verilmişse, bu gibi vazifelerin ifasına hibe hükümleri tatbik edilemeyeceğinden öteki İslâm hukuk ekollerinin içtihatları üzerinde de durmak gerekir kanısındayız.

h) Bazı şartlar altında hibe edilen şeyin istirdadı mümkün olduğu halde, BK. m. 65'de belirtildiği üzere, *kanuna, ahlâk ve âdâba aykırı bir maksadın elde edilmesi* için verilen şeylerden dolayı istirdad davası açılmaz.

Esasen yasak olan şartlara bağlı olarak bir hukukî muamelenin yapılması olanaksızdır. Medenî hukukumuzda olduğu gibi⁴⁶, Roma hukukunda ve bir çok modern hukuklarda, gerek kanuna ve gerekse umumî âdâba aykırı ve imkânsız şartların ölüme bağlı tasarruflarda ve bağışlamada hükümsüz olduğu kabul edilmiştir. Fransız Medenî Kanunu (m. 900) ve yeni İtalyan Medenî Kanunu (m. 634) da bu yönde hükümler ihtiva eder⁴⁷.

İslâm hukukunda ise, gayri meşru olarak veya hukuka aykırı maksatların elde edilmesi için verilen şeyler teberru sayılmaz ve dolayısıyla sebepsiz iktisap sayılan bu gibi şeylerin geri verilmesi gerekir⁴⁸.

43 İbn Âbidin, Reddu'l-Muhtar, c. IV, s. 776; A.A.A. Fyzee, a.g.e., s. 224.

44 BK. m. 62/2; Ş. Berki, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 58; Ş. Berki, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, s. 199, 200.

45 Mecelle, mad. 834; Abdolvahhab el-Bendâri, Şerhu'l-Ukûd i'l-Medeniye: el-Hibe, s. 82. Ayrıca belirtmek gerekir ki İslâm hukukunda rüşvet olarak verilen şeyler hediye rucu rucu'ya aykırı olup aynen geri verilmesi gerekir. Bu gibi şeyler tüketilmiş ise kıymeti ödetilir (Bak. Ali Haydar, Mecelle, mad. 834 şerhi; Karş. TCK. m. 224).

46 MK. m. 462/2, 499/3; BK. m. 20, 155.

47 A.B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I. cilt, Çev. Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s. 411.

48 Abdurrazzak es-Senhurî, Masâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, c. I, s. 47, 58, 59; S. Abdullah Ali Huseyn, el-Mukaranât et-Tesrî'iyye, c. II, s. 251, 366, c. III, s. 264; Ali Haydar, a.g.e., Mecelle, mad. 834 şerhi.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİBENİN MAHİYETİ, NİTELİKLERİ, ŞEKLİ VE ÇEŞİTLERİ

§ 4. HİBENİN TANIMI

I- İslam Hukukunda Hibenin Tanımı

İslâm hukukçuları hibeyi farklı şekillerde tanımlamışlardır. Hanefîlere göre hibe, ıvaz şart koşulmaksızın bir malın hâl-i hazırda temlikidir¹. Mâlikîlere göre ise hibe, bağışlanan kimseyi memnun etmek için bir aynı (şeyi), ıvazsız olarak temlik etmektir ki buna “hediye” de denilir². Şafiîler, hibeyi tanımlamadan önce ikiye ayırırlar:

a) Genel Hibe. Bu, hayatta iken gönüllü olarak yapılan bir temliktir ki hediye ve sadakayı da içine alır.

b) Özel Hibe. Bu da, ikram ve sevap kasdı olmaksızın veya ihtiyaç durumu söz konusu edilmeksizin icap ve kabul ile hayatta iken gönüllü olarak yapılan bir temliktir ki buna hediye veya sadaka dahil değildir³.

Hanbelîler de hibeyi, hayatta iken zorunlu olmaksızın teslimine güç yeten mevcut ve belli bir malda caiz olan ıvazsız bir tasarruftur, diye tanımlamışlardır. Onlara göre hibe, sadaka, hediye ve atıyye sözleri aynı anlama gelir; ancak bunlar niyete göre değişir. Sözgelisi, bir teberru ile uhrevî sevap kastedilirse sadaka, ikram ve dostluk gayesi güdülürse hediye, hiç bir karşılık beklenmezse hibe veya atıyye olur⁴. Genel kural bu olmakla beraber, Hanbelîler, Hz. Peygamber’in hediyyeyi kabul ettiği halde sadakayı kabul etmediğini ileri sürerek, hediye ile sadaka arasında fark bulunduğunu söylemişlerdir⁵.

1 İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, c. IV, s. 776; Abdurrahman el-Ceziri, el-Fıkh alâ'l-Mezâhibi'l-Erba'a, c. III, s. 395.

2 Abdurrahman el-Ceziri, a.g.e., c. III, s. 396.

3 Abdurrahman el-Ceziri, a.g.e. c. III, s. 397.

4 Abdurrahman el-Ceziri, a.g.e. c. III, s. 398.

5 İbn Kudame, el-Muğni, Matbaatü'l-Menâr, Mısır 1342, c. VI, s. 246.

Şî'i-İmâmî fıkında, hibe, ıvazsız olarak ve sevap kasdı bulunmaksızın aynî bir malı temlik etmeyi gerektiren bir akittir, diye tanımlanır⁶.

Görüldüğü gibi hibe, İslâm ekollerince farklı şekillerde tarif edilmiştir. Aynı ekole bağlı İslâm hukukçularının hibe konusundaki tarifleri de farklılıklar göstermektedir. Biz burada, bu farklar üzerinde uzun uzadıya durmak istemedik. Ancak hibenin Mecelle'deki tarifiyle BK. muzdaki tarifini ele alıp bazı karşılaştırmalar yapmakla yetineceğiz.

Mecelle'nin 833. maddesinde, "Hibe, bilâ ıvaz bir malı temlik etmektir." denilmektedir. Mecelle'nin bu tarifi bir takım itiraz ve tenkitlere yol açmıştır.

Önce, tarifteki "bilâ ıvaz" (ıvazsız) kaydı ile Mecelle'nin 855. maddesinde de geçerliliği kabul edilen ıvazlı veya ıvaz şartına bağlı hibe tanımının dışında kalmıştır. Ancak İslâm hukukçularından Kuyucaklızâde Atıf Efendi bu noktayı şöyle açıklamaya çalışmıştır:

Tarifteki "bilâ ıvaz" deyimini, "bilâ şart-ı ıvaz" (ıvaz şart koşulmaksızın) demektir⁷. Buna göre hibe yapılırken bir ıvaz şart koşulmaz ise, lehine hibe yapılan tarafından her hangi bir ıvaz verilmesi hibeye bir halel getirmez. Öte yandan ıvaz şartına bağlı olan hibe, her nekadara başlangıç itibariyle hibe ise de sonuç itibariyle satıştan ibarettir. Bunun içindir ki "bi-şartı'l-ıvaz" (ıvaz şartına bağlı olan) hibede şuf'a ve bir ayıp dolayısıyla satın alınan malı reddetme hakkı gibi satış hükümleri câri olur. Kısaca, şart koşulmaksızın mukabilinde bir ıvaz verilen hibe tarifte dahildir. İvaz şartıyla yapılan hibe de, aslında bir satış olduğu için tarifi dışında bırakılmıştır⁸.

Kemalüddin İbnu'l-Hümmam, "bilâ ıvaz" kaydından maksadın "bilâ iktisâb-ı ıvaz" olduğunu söyler ve hibeyi "bi-şart-ı adem-i iktisâb-ı'l-ıvaz" (bir ıvaz kazanmamak şartıyla) bir malı başkasına temlik etmektir şeklinde tanımlar. Ona göre, İslâm hukukçuları bey'i (satışı), malı mal ile bi-tarikı'l-iktisâb (kazanma yoluyla) mübadeledir, diye tarif ederler. İşte bu "bi-tarikı'l-iktisâb" kaydı hibeyi satıştan ayırmak içindir. Gerçi hibede de mevhubun leh bir şeye sahip oluyor; fakat ona kazanma yoluyla değil, vâhibin teberru etmesiyle malik oluyor⁹.

6 el-Hillî, Şerâ'i'ul-İslâm, c. II, s. 229.

7 Karş. Molla Husrev, Dururu'l-Hukkâm, c. II, s. 217.

8 Kuyucaklızâde, Mecelle, Kitâbu'l-Hibe Şerhi, s. 3.

9 Fethu'l-Kadir, c. VII, s. 113; Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 614.

İbnu'l-Humâm'ın bu izahı aslında doğrudur; fakat Mecelle'nin sözü edilen tarifiyle 855. maddesi arasındaki çelişkiyi kaldırmak için Kuyucaklızâde'nin yukarıda naklettiğimiz açıklaması daha uygundur. Nitekim Serahsî'de de aynı izah tarzını görmekteyiz¹⁰. Fakat, başlangıç itibarıyla hibe olan bir şeyin sonuç itibarıyla satış olmasını şahsen kavrayamıyoruz. Bizce hibe muamelesi başlangıçta hasıl olur ve sonuna kadar o mahiyette kalır. Aksi takdirde karışık akit söz konusu olur ki hibede böyle bir neticeye İslâm hukuku açısından taraftar olmadığımızı belirtmek isteriz. Öte yandan bir akdi iki akit şeklinde yorumlamak hukuk ilminin kesinliği ile bağdaşmaz.

İkinci olarak alacağın temlik hibe olduğu halde, tarifte yer alan “mal” deyiminin dışında kalmaktadır; çünkü İslâm hukukçularına göre alacak (deyn), mal değildir¹¹. Mecelle şârihleri bu noktayı da şöyle açıklamaya çalışırlar: Alacağı borçluya hibe etmek aslında teberru'un bir çeşidi olan ibra'dır; buna hibe denilişi mecâz yolu ile; çünkü bu, gerçekten hibe olsaydı bağışlananın kabulüne bağlı olurdu; halbuki bunda kabul şartı söz konusu değildir¹².

Üçüncü olarak, alacağı borçludan başka bir şahsa teberru amacıyla temlik etmekle de hibe sahih olur; eğer o şahıs bu alacağı borçludan kabz ederse.. Oysa tarif, alacak (deyn) mal (ayn) olmadığı için bunu içine almamaktadır. İslâm hukukçuları bu itiraza da şu şekilde karşılık verirler: Tarif bu çeşit hibeyi de içine alır; çünkü bağışlayan alacağını kabz etmek için bağışlanana yetki verince ve o da bu alacağı kabz edince, artık deyn'in konusu para veya sâir eşyadansa temlik hibe olur; ders vermek veya sanat icra etmek gibi borç konuları da temlik edilebilir; ancak bu takdirde menfaatin teberru'u söz konusu olur¹³.

Dördüncü olarak, bir kimse, ölümüne izafetle herhangi bir malının bir şahsa verilmesini vasiyet etse, o şahsa mal “bilâ ıvaz” temlik edilmiş olur ki bu bir vasiyettir; yani geniş anlamda teberrudur; hibe değildir. Mecelle'nin tarifine göre bunun da hibe olması gerekir. Ancak Mecellecilerin hibe tarifindeki “temlik etmek” kaydı, “halen temlik

¹⁰ Serahsî, el-Mebhut, c. XII, s. 79.

¹¹ İslâm hukukçuları mal (ayn) ve alacak (deyn) kavramlarını birbirinden ayırırlar. Onlara göre mal, insan tabiatının meylettiği şey olup ihtiyaç vaktinde kullanılmak için saklanabilen menkul ve gayrimenkule şâmilidir. Deyn ise, insan zîmmetinde sabit olan şeydir. (Bka. Mecelle, mad. 126, 158).

¹² Kuyucaklızade, a.g.e., s. 3.

¹³ Kuyucaklızade, a.g.e., s. 3. Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 612.

etmek”¹⁴ demektir. Dolayısıyla bu itiraz pek yerinde değildir¹⁵. Nitekim böyle bir itiraza yol açmamak için İbn-i Kemâl, hibeyi tarif ederken “halen temlik etmektir” kaydını koymuştur¹⁶.

Bu tartışmalar ve bu çeşitli görüşler bir yana bırakılarak, hibenin tanımı vakıf, vasiyet, mîrî (devlete ait) arazinin meccânen ferağı, başkasına mal ikrarı, mülk olmayan şeylerin başka birisine verilmesi, ibâha, satış, taksim, icâre, sadaka, hediye ve tabîî borçların ifası gibi bir takım hukukî tasarruf ve muameleleri hariçte bırakacak şekilde yapılmalıdır. Bu itibarla, hibe, bir akit olup ahlâkî bir vazifeyi ifâ sadedinde olmamak ve teşekkülü ânında konusu tüketilmemek şartıyla menkul ve gayrimenkul bir malın yaşayanlar arasında kaideten ıvazsız olarak temlikidir, diye tanımlanırsa bizce daha iyi olur.

II- Modern Hukukumuzda Hibenin Tanımı

Bugünkü Borçlar Kanunu’muzun hibe konusundaki tanımı da bazı tartışmalara yol açmaktadır. BK. muzun 234. maddesinde hibe, aynen şöyle tanımlanmaktadır: “Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında bir tasarruftur ki onunla bir kimse, mukabilinde bir ıvaz taahhüt edilmesizin malının tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye temlik eder.”

Genel olarak fıkıhın ve özellikle Mecelle’nin hibe tarifine kıyasla daha ayrıntılı ve tatmin edici olan BK. muzun bağışlama ile ilgili bu tarifi, kısaca, şu yönlerden tenkit edilmektedir¹⁷:

a) Tarifteki “tasarruf” tâbiri, hibe taahhüdünü veya hibe va’dini içine almaz; zira tasarruf hukukî bir muameledir, hukukî bir fiildir; borç doğuran taahhüdün karşısında yer alır. Oysa hibe, BK. m. 238’de belirtildiği gibi, taahhülle de geçerli olur.

b) “Temlik” tâbiri dar bir terimdir; çünkü hibe, alacağın temliki ile, mülkiyetin nakli veya alacak hakkından vazgeçme (borçluyu ib-râ) suretiyle de olabilir. BK. muz, tarifte bu hususları belirtici bir ifade kullanmadığı gibi, hibe ile ibâha arasındaki farka değinen bir kayda da rastlanmamaktadır.

14 Yani hibe, bu tabirle yaşayanlar arasındaki bir teberru olarak kabul ediliyor ki bu doğrudur.

15 Kuyucaklızade, a.g.e., s. 4.

16 İbn Âbidin, Reddu'l-Muhtar, c. IV, s. 776.

17 F.B. Tongsir, Bağışlama, s. 12-17; Esat Arsebük, “Hususi Akit Tipleri Üzerine İncelemeler: Bağışlama”, A.Ü.H.F. Dergisi, c. V, sayı: 1-4, s. 143.

c) “İvaz” tâbiri de yerinde kullanılmamıştır; zira buna göre bağışlamanın mutlaka ıvazsız olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Oysa bağışlama, muadil bir ıvaz karşılığında olmamakla birlikte, bir mükellefiyetle takyid edilebilir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu’nun metninde “Mukabilinde muadil bir ıvaz olmaksızın” denilmektedir ki bu husus, Kanun metni Türkçeye tercüme edilirken ihmal olunmuştur.

d) Hibenin bir akit oluşuna tarifte işaret edilmemiştir. Bu hususun münakaşası ileride yapılacaktır.

e) Tarifte bağışlama kasdından da söz edilmemiştir. Halbuki bağışlamanın var olması için teberruun hibe kasdıyla yapılmış olması ve bağışlananın da onu bu maksatla kabul etmesi gerekir; çünkü sadaka gibi her ıvazsız yardım hibe değildir.

Ayrıca, sözgelişi, bir kimsenin değerini bilmediği için veya sıkıntısından dolayı bir malı birisine yarı kıymetine vermesi veyahut borçlu olduğunu sandığı bir parayı ödemesi halinde de karşılığında muadil bir ıvaz bulunmayan bir ikitisap vardır; fakat bir hibe asla yoktur. Bu itibarla Kanunun tarifinin tamam olmadığı açıktır. Tarifteki bu önemli eksiklik, vâhibin mevhubunlehe ıvazsız bir mal kazandırma kasdının ihmal edilmesini göstermektedir¹⁸.

İşte tarifteki bu gibi eksikliklerden dolayıdır ki, ileride görüleceği üzere, hibenin bir akit mi yoksa bir tasarruf mu olduğu hakkında bir kısım ihtilâf ve tartışma ortaya çıkmıştır.

Fransız Medenî Kanunu’nun 894. maddesinde hibe şöyle tarif edilmiştir: “Yaşayanlar arasında bağışlama öyle bir muameledir ki onunla bağışlayan, bağışlamayı kabul eden lehine olmak üzere, bağışlanan şeyden hâli hazırda ve rucu edilmez bir surette kendisini mahrum eder”¹⁹.

Alman Medenî Kanunu ise hibeyi tarif sadedinde şöyle der: “Bağışlama kazandırıcı öyle bir muameledir ki onunla bir kimse mamelekindeki mallar vasıtasıyla bir diğer kimseyi zenginleştirir; şu şartla ki taraflar bu muamelenin ıvazsız olduğunda mutabık kalırlar”²⁰.

18 v. Tübr, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Hibe Hükümleri Hakkında Düşünceler”, Adliye Ceridesi, 1936, s. 1717.

19 F.B. Tongsir, Bağışlama, s. 13; S. Abdullah Ali Hüseyin, el-Mukaranât, c. IV, s. 161.

20 F.B. Tongsir, a.g.e., s. 10.

Görüldüğü gibi Fransız Medenî Kanunu'nun tarifinde, özellikle hibeden asla rucu edilemeyeceği belirtilmiştir. Alman Medenî Kanunu'nun tarifinde ise hibenin, bağışlananın mamelekini zenginleştirici ve ıvazsız bir muamele oluşuna dikkat edilmiştir.

Borçlar Kanunu'muzun hibe konusundaki tarifini haklı olarak eleştiren Tongsir, eskilerin deyişiyle, oldukça efradını câmi ve ağıyarını mani sayılabilecek şu tanımı ileri sürmüştür:

“Bağışlama, hayatta olan kimseler arasında kazandırıcı bir muamele teşkil eden bir akittir ki onunla bir kimse mukabilinde muâdil bir ıvaz olmaksızın ve bağışlama niyetine müsteniden kendi mameleki vasıtasıyla diğer bir kimseyi zenginleştirir”²¹.

Esasen kanun koyucunun mutlaka hibenin bir tanımını yapması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı da tartışma konusu yapılabilir. Ancak, mademki kanun koyucu onu tanımlama yönüne gitmiştir, o halde tam ve doyurucu bir tanım vermesini beklemek de doğal bir şeydir.

§ 5. HİBENİN NİTELİKLERİ VE ŞARTLARI

I- Hibenin Nitelikleri

1- *Hibe bir akit* tir:

İslâm hukukunda hibenin bir akit oluşu, tartışmasız olarak benimsenmiştir²². Nitekim Mecelle'nin “Kitabu'l-Hibe” bölümünün birinci babının kenar başlığında “Akd-i hibe” denilmektedir. Bu itibarla Fıkıh'ta, öteki akitler gibi icap ve kabul, hibenin de rûknünü teşkil eder. Bunun içindir ki Mecelle'nin 837. maddesinde, “Hibe, icap ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur.” denilmiştir²³. Dolayısıyla, icap vâhibin kastını, kabul mevhubunlehin rızasını, kabz da akdin tamam oluşunu ifade eder.

İslâm hukukunda hibe akdi, meşruiyetini Kitab, Sünnet ve İcma'dan alır.

a) Tezimizin “Giriş” kısmında hibenin menşeinden söz ederken de işaret ettiğimiz gibi, Kur'an'da açıkça hukukî anlamda bir akit olarak hibeyi anlatan bir âyet yoktur. Ancak İslâm hukukçularına göre,

21 F.B. Tongsir, a.g.e., s. 18.

22 Mergînânî, el-Hidâye, c. III, s. 164; Serahsî, el-Mebcut, c. XII, s. 47; Ali Haydar, Dururu'l-Hukkâm, c. II, s. 617.

23 Mecelle'nin 839. maddesinde, “Teatî ile dahi hibe mü'nakid olur”. denilmektedir.

“Kadınların mehirlerini yürekten isteyerek ve bir atıyye olarak verin. Bununla birlikte onlar, mehirlerinin bir kısmını gönül hoşluğu ile size bağışlarsa onu da içinize sine sine yeyin.” (Nisâ, 4) âyeti, bu akdin cevazına işaret etmektedir. Ayrıca İslâm hukukçuları, “Size bir tahiyyede bulunulduğu zaman siz de ondan daha iyi bir tahiyye ile veya aynı-sıyla karşılık verin.” (Nisâ, 86) âyetindeki “tahiyye”nin “selâm” anlamına gelebileceğini kabul etmekle birlikte, bunun “hibe” diye yorumlanmasının daha doğru olacağını söylerler²⁴.

Sadaka ile ilgili âyetleri buraya almadık; çünkü Kur’an-ı Kerim’de vergi ve zekat anlamlarına da gelen sadaka, hüküm ve rucu bakımından hibeden çok farklıdır.

b) Sünnette hibeyi açıkça tasvip ve hatta teşvik eden, hibenin bir kısım hükümlerini açıklayan hadîslere sık sık rastlamaktayız. Bu konudaki hadîslerden bir kaçına tezimizin giriş kısmında, hibenin öneminden söz ederken işaret etmiştik. Bir kısmını da ileride yeri geldikçe ele alacağız.

c) İnsanlar arasında dostluk ve sevgi bağlarını kuvvetlendirdiği ve genellikle bir atûfet niteliği taşıdığı için tamamen İslâmın ruhuyla bağdaşan hibe muamelesinin meşruiyeti, bütün İslâm hukukçularının icma’ (ittifak) larıyla benimsenen hususlardandır²⁵.

Esasen Kur’an-ı Kerim’de açık veya zımnî olarak hibe akdinin caiz olmadığını bildiren hiç bir hüküm yoktur. Dolayısıyla hadîs ve icma’ olmasaydı, şahsî içtihat dahi hibenin cevaz ve mevcudiyetini benimsedi.

Bugünü BK. muzda ise hibenin bir akit olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu konu, doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir kısım hukukçularımız bağışlamanın bir akit teşkil ettiğini, bu itibarla iki tarafın mevcudiyetini gerektiren icap ve kabul ile tamamlanacağını söylemişlerdir. Bunlara göre BK. muzun 239. maddesinde, “Bir kimse, diğerine bağışladığı malı, diğer mallardan bilfiil tefrik etmiş olsa bile bağışlamanın kabulüne kadar bağışlamasından rucu edebilir.” denildiği için, hibenin icap ve kabulé muhtaç olduğunu, kabulden önce bağışlamanın tamam olmadığını ve tek taraflı bir tasarruf olup henüz bir akit mahiyetini kazanmadığından, ondan vazgeçmenin hiç bir hukukî yükümlülük doğurmadığını, bu hususun söz

²⁴ Serahsî, el-Mebhut, c. XII, s. 47-48.

²⁵ Merginânî, el-Hidâye, c. III, s. 164.

konusu maddeden açıkça anlaşıldığını beyan etmişlerdir²⁶. Öte yandan Yargıtay'ca da hibenin bir akit olduğu benimsenmiştir²⁷.

Diğer taraftan hukukçularımız arasında, BK. muzun aynı maddesine dayanarak, hibenin bir akit olmayıp sadece hukukî bir tasarruf olduğunu benimseyenler de vardır. Bu itibarla vâhip, hibe ettiği taşınır bir malı öteki mallarından bilfiil, mevhubunlehe teslim niyetiyle, ayırmış olsa bile, lehine hibe yapılanın bu hibeyi kabul edeceği ana kadar hiç bir sebep ileri sürmeksizin hibesinden cayabilir. Hatta kabule kadar hibe yapan kimse, aynı malı bir başkasına dahi hibe edebilir. Birinci mevhubuleh, ikinci mevhubunlehe karşı herhangi bir dava hakkına da sahip değildir. Çünkü hibe, bir akit olmayıp kabul ile hüküm ve sonuç doğuran bir tasarruf olduğundan, kabule kadar bu tasarrufu yapan kimse teslim borcu ile yükümlü tutulmaz. BK. muzun 239. maddesinin bu hükmünden hibenin akit mi, yoksa tasarruf mu olduğu hususunda tartışmalara yer olmadığı anlaşılmaktadır²⁸.

Gerçi hibenin tanımını yapan madde (BK. m. 234), onun bir tasarruf olduğunu söylemektedir. Bu ifade, ikinci görüşü savunan hukukçuları destekler mahiyettedir; fakat bağışlayanın sorumluluğu, bağışlanılan malların geri alınması ve bağışlama taahhüdünden rucu ve hibeyi iptal ile ilgili hükümleri tesbit eden BK. nun 243, 244 ve 245. maddeleri, hibenin bir akit olduğuna zımnen delâlet etmektedir, kanısındayız.

Genellikle Fransız *Code Civil*'i esas alınarak 1875 yılında hazırlanıp yürürlüğe konulan ve 1949'da büyük çapta tadil ve ıslah edilen yeni Mısır Medenî Kanunu'nun 486. maddesinde hibenin bir akit olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, bugünkü Mısır'da hukukçular, hibenin tek taraflı bir tasarruf olmadığını ittifakla kabul etmektedirler²⁹.

2- Hibe kazandırıcı (temlikî) bir muameledir:

Gerek eski hukukumuzda, gerekse şimdiki BK. muzda hibenin tek taraflı kazandırıcı (temlikî) bir muamele teşkil ettiğini görüyoruz³⁰.

26 Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, s. 120, 121; Tongsir, a.g.e., s. 11, 22; N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Hususî Hükümler, s. 142; H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. I, s. 269.

27 5. Hukuk Dairesi Kararı (17.1.1950), Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1950, c. I, s. 435.

28 Şakir Berki, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 68.

29 Abdulvahhab el-Bendâri, Şerhu'l-Ukûdi'l-Medeniyye: el-Hibe, s. 19.

30 Tongsir, Bağışlama, s. 18.

Hibenin BK. muzzdaki tarifine göre bir akdin bağışlama mahiyetini kazanması için bağışlayan kimsenin mamelekinin tamamını veya bir kısmını diğerk bir şahsa devretmiş veya devretme taahhüdünde bulunmuş olması, yani temlikli bir tasarrufla kendi mamelekinin eksilmesi ve karşı tarafın mamelekinde bir artma meydana getirmesi gerekir. Ancak temlik edilecek şeyin mutlaka maddi bir nesne olması gerekmez; bir hak veya alacak da hibe konusu olabilir. Elverir ki yapılan muamele sonunda bağışlayanın mamelekinde bir eksilme ve bağışlananın mamelekinde de bir artma husule gelsin³¹.

Bağışlayanın mamelekindeki eksilme, aktif kısmında bir azalma veya pasif kısmında bir çoğalma şeklinde ortaya çıkabilir. Öte yandan bağışlanan kimsenin mamelekindeki artma da, aktif kısmında bir çoğalma veya pasif kısmında bir azalma suretinde gözükabilir. Sözelili, bir kimse diğerk bir şahsın borcunu, ona bağışlamada bulunmak maksadıyla, üzerine almış olsa, bu muamelede borçlunun mamelekinin aktif kısmında bir artma olmamakla birlikte, pasif kısmında bir eksilme meydana gelmiş olur. Diğerk taraftan borcu üzerine almış olan şahsın da aktif kısmında bir eksilme olmamakla beraber, pasif kısmı, yani borcu çoğalmış olur. şu halde bağışlamanın var olması için kazandırıcı bir muamelenin, yani mamelekte bir taraftan artmanın ve öteki taraftan eksilmenin meydana gelmesi gerekir. Buna göre, hibenin mevcut olabilmesi için bağışlayanın mamelekindeki azalma ile bağışlananın mamelekinde husule gelen çoğalma arasında bir illiyet rabıtası vardır³².

Roma hukukunda da hibenin kazandırıcı bir muamele oluşu, bağışlama (donatio)'nın en önemli unsuru idi. Buna göre hibe, vâhib (donator)'in kendi iradesiyle mamelekinin eksiltilip mevhubunlehin mamelekinin, rucu edilmez bir şekilde artırması demek oluyordu. Dalayısıyla Roma'da hibenin birinci unsurunu vâhibin kendi mamelekinin isteyerek eksilmesi, ikinci unsurunu da mevhubunlehin mamelekinin, gayri kaabil-i rucu bir surette zenginleştirmesi teşkil ediyordu. Ancak bu iki unsur bulunduğu zaman klsaik devirde Romalılar, bir tarafın temlik, diğerk tarafın ücretsiz olarak iktisap etmesi anlamında, *donationis causa* = bağışlama sebebi'nden söz ediyorlardı³³.

3- Hibede asıl olan ıvazsızlıktır:

Gerek İslâm hukukunda, gerekse bugünkü Türk Medeni Huku-

31 Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, s. 123.

32 Necip Bilge, a.g.e., s. 123.

33 Salvatore di Marzo, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, 2. baskı, s. 484.

ku'nda hibe, kural olarak, bir mal veya ekonomik değeri olan bir şeyin karşılıksız ve meccanen temlikidir³⁴.

Ancak ileride görüleceği üzere, hibe edilen şeyin değerine eşit veya ondan fazla olmamak şartıyla, mükellefiyetli veya ıvazlı hibeye de hukukça müsaade edilmiştir³⁵.

4- *Hibenin hukuki sebebi kasıttır:*

Fıkha göre vâhibin birine iyilikte bulunmak kasdı, yani kendi rızasıyla teberru etme niyeti, hibenin hukukî sebebinin teşkil eder. Bir şahıs bir karşılık ümit etme, övgü veya mevhubunlehi memnun etme gibi dünyevî bir iyilik kasederse, yaptığı teberru hibe teşkil eder; vâhip yaptığı teberru ile uhrevî bin sevap kasederse, bu da sadaka olur³⁶. Kısaca, hibede vâhibin ıvazsız bir şekilde temlikî tasarruf maksadının belirmiş olması lâzımdır; aksi takdirde hibeden söz edilemez. İşte hibenin bu sebebi icapta, yani hibede bulunma teklifinde mündemiç olup hibe kasdı tam olarak belli olmayan tasarruflar bağışlama sayılmaz.

Modern Hukukumuzda göre de bağışlamada, yapılan taahhüt veya temlikin ıvazsız ve teberru iradesinin (causa donandi) mevcut olması şartı, bağışlamayı sebepsiz iktisaptan ayırır ve onun hukukî nedenini teşkil eder. Bu hukukî neden mevcut olmayan muameleler, sözgelişi, zaman aşımına uğramış olan veya ahlâkî bir vazifenin ifası niteliğini taşıyan eksik borçların ödenmesi, hibe olarak kabul edilemez. Yine âdet ve iş icabı olarak verilen bahşış gibi şeyler de bağışlama sayılmaz; çünkü bunlarda bağışlama kasdı değil, borç ödeme iradesi (causa solvendi) vardır. Bu tür ödemeler eksik borç sayılmakta veya ona benzetilmektedir. Bu gibi eksik borçları bağışlama saymaktan maksat, hem eski hem de yeni hukukumuzda göre, bunları bağışlamanın tâbi olduğu şekil mecburiyetinden ve rucua ait hükümlerden vareste kılmaktır³⁷.

34 Mecelle, mad. 833, 838; BK. m. 234/1; Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, c. I, s. 39; Tongsir, Bağışlama, s. 119.

35 Mecelle, mad. 855; Borçlar Kanunu, m. 240/1; Mısır MK. m. 486/3; el-Bendârî, a.g.e., s. 21.

36 Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 616, 617; Mahmud Es'ad, Tarih-i İml-i Hukuk, s. 254. Zeydilere göre hibe, Allah rızası için de yapılabilir ve kişinin mahremi olan yakınlarına yaptığı hibe de Allah rızası için yapılmış olan hibelere dahildir ve bu takdirde sadaka gibi hibeden de rucu caiz olmaz (Bak. İmam Zeyd, Musned, s. 288). Zahiriler ise hibenin mutlaka Allah rızası için yapılmasını şart koşarlar; çünkü onlara göre Allah rızası için yapılmayan her iş bâtıldır (Bak. İbn Hazm, el-Muhalla, c. IX, s. 120).

37 Necip Bilge, a.g.e., s. 125; el-Bendârî, a.g.e., s. 23-25.

Roma'da Klasik Hukukun "Animus Donandi" yi, yani hibe yapma niyetini gösteren bir unsuru şart koşmadığı anlaşıyor. Gerçekte ise bu niyet, bir ödemede bulunmak veya ıvaz beklemek iradesini taşımayan muamelenin içinde mündemiçti; fakat Postklasik Hukuk, başka yerlerde olduğu gibi, burada da muamelenin şeklini tayin etmek için failin niyetine kesin bir kıymet tanıdı³⁸.

5- Hibe yaşayanlar arasında olur:

Hibenin tarifi üzerindeki tartışmalar ele alınırken de görüldüğü gibi, hibe, ancak yaşayanlar arasında sözkonusudur. Hayatta olmayan veya henüz doğmamış bir şahsa hibede bulunulamaz; ancak vâhib bir malı hayatta iken bağışlamışsa bu bir hibe teşkil eder. Vâhibin ölümünden sonra tenfiz edilmek üzere yaptığı hibe (teberru) "vasiyet" mesabesinde olup o husustaki hükümlere tâbidir³⁹.

BK. muzun 240/2. maddesinde de, "Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalarda vasiyet hükmü cereyan eder." denilmektedir.

Roma hukukunda ise, Cincia Kanunu, M.Ö. 204 tarihinde, yaşayanlar arasında (inter vivos) yapılan hibeleri tanzim için hususî kaideler getirmiştir. Ayrıca Roma'da vâhibin mevhubunlehden önce ölmesi hali için yapılan bir hibe (mortis causa donatio= ölüm sebebiyle bağışlama) çeşidi de söz konusu idi. Böylece hibe yapan kendisini hibe yaptığı kimseye, hibe yaptığı kimseyi de mirasçısına tercih ediyordu. Bazı şartlar altında rucu ve istirdadı mümkün olan bu tür hibeleri, daha sonraları Iustinianus, muayyen mal vasiyetlerine çevirmiştir⁴⁰.

II- Hibenin Şartları

1- Mevhubun hibe vaktinde mevcut olması:

İslâm hukuk ekollerinden Hanefîlere, Şafiî, Ahmed b. Hanbel ve Sevrî ile Zahirîlere göre hibe konusu olan şeyin bağışlandığı anda vâhibin mamelekinde mevcut olması şarttır. Buna göre bir bağın meydana gelecek üzümünü veya bir kısrığın doğacak olan yavrusunu hibe etmek sahih değildir; çünkü bu ekollere bağlı İslâm hukukçularına göre mevcut olmayan, yani *ma'dum*⁴¹ olan şeyler malî bir değer taşımazlar. Dolayısıyla *ma'dum* olan bir şey bağışlayan kimse, teslim etmesi imkân dahilinde bulunan hiç bir şey bağışlamamış demektir:

37 Necip Bilge, a.g.e., s. 125; el-Bendâri, a.g.e., s. 23-25.

38 Di Marzo, Roma Hukuku, s. 484, 485.

39 A.A.A. Fyze, Outlines, s. 195, 314; BK. m. 240/2; el-Bendâri, a.g.e., s. 26.

40 Di Marzo, a.g.e., s. 485, 493, 494.

41 İslâm hukukçuları, buğdaydaki un, zeytindeki yağ gibi bir şeyin zımında veya ağaçta hasıl olacak meyve gibi gelecekte mevcut olan ve akit zamanı somut bir isimle ifadesi mümkün olmayan şeyleri de "*ma'dum*" sayarlar.

Ma'dum iken bağışlanan şey hasıl olunca mevhubunlehe teslim edilirken yeni bir akde lüzum vardır⁴².

Malikilere göre ise kişi, ıvaz ve mükellefiyet şart koşmaksızın, malik olduğu her şeyi hibe edebilir. Bunun, hibe akdinin yapıldığı anda elinde mevcut olması şart değildir. Meselâ, insan, birisinden kendisine düşecek olan bir mirası önceden başkasına hibe edebilir. Yine bir şahıs, başka birisine, şu maldan elde edeceğim kazancın yarısını sana hibe ettim, dese caiz olur ve mevhubunleh, kâr hasıl olunca, iflâs veya ölüm gibi bir engel yoksa bu kârın yarısını isteyebilir⁴³. Biz de Malikilerin görüşüne taraftarız; çünkü o, modern hukuka ve hukuk mantığına da uygun düşmektedir.

BK. m. 234 /2'de, "Henüz iktisap edilmemiş olan bir haktan feragat yahut bir mirası reddetmek bağışlama değildir." denilmektedir. Çünkü bu durumlarda kesinlikle husulu beklenen bir hak yoktur. Roma hukukunda da benzeri mevcut olan bu esasa göre henüz kazanılmamış olan bir şey veya elde edilmemiş bulunan bir hak, mameleke dahil olmadığı için hibe konusu olmaz. Mirası reddetmek de hibe değildir; çünkü mirası reddeden kimse mamelekine giren bir şeyi temlik etmiş değildir. Ancak bir kimse, miras hissesini aldıktan sonra öteki mirasçılara bırakırsa bu bir hibe teşkil eder. Bugünkü Borçlar hukukumuz, bir noktada İslâm hukuk ekollerinin çoğunluğuna değil, Malikîlerin görüşlerine yaklaşır ki, bu da, gelecekte mameleke dahil olması muhtemel bulunan şeylerin hibe için konu teşkil edebilmesidir. Sözel gelişi, bir şahıs henüz yetişmemiş olan tarım ürünlerini veya ağacındaki olgunlaşmamış bulunan meyvelerini hibe edebilir⁴⁴. Kanaatimizce bu, aslında bir hibe va'di teşkil eder; çünkü akdin konusu henüz ortada yoktur; bu konu hasıl olunca bağışlanan hibe va'dinin yerine getirilmesini isteyebilir.

Öte yandan Mısır MK., kural olarak, mevcut olan veya gelecekte mevcut olması muhtemel bulunan şeylerin akit konusu olabileceğini ve borç doğuracağını kabul ettiği halde, hibeyi bu kuraldan istisna etmiştir. Mısır MK. nun 492. maddesinde, varlığı geleceğe bağlı bulunan malların hibe konusu olamayacağını açıkça belirtmek suretiyle

42 Mecelle, mad. 856; el-Bendâri, a.g.e., s. 69, 70; M. Kadri Paşa, el-Ahkâm eş-Şer'iyye, mad. 508; İbn Âbidin, Reddu'l-Muhtar, c. IV, s. 782; el-Kâsânî, Bedâi', c. VI, s. 119; İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 116.

43 el-Bendâri, a.g.e., s. 70.

44 Şakir Berkî, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 62; Di Marzo, Roma Hukuku, s. 484.

Hanefîlerin bizim benimseyemediğimiz görüşlerine uygun bir hüküm sevketmiş ve bununla da vâhibin himayesini ön plâna almıştır⁴⁵.

2- Mevhubun vâhibin kendi malı olması:

Mevhubun, akit zamanında vâhibin kendisine ait olması şarttır. Buna göre bir şahıs kendisinde emanet olarak bulunan veya kiracı sıfatıyla zilyet olduğu, yahut da âriyet alan sıfatıyla elinde bulunan nesneleri hibe edemez. Eğer bir kimse izinsiz olarak başkasının malını birine hibe ederse, bu sahih olmaz; fakat hibe ettikten sonra sahibi icazet verirse sahih olur⁴⁶.

Kişinin sahip olmadığı bir şeyi başkasına temlik etmesi muteber değildir. Ancak temsil yetkisi olmayan bir kimse (fuzulî) nin sahibine danışmadan bir malı başkasına hibe etmesi halinde, bu akdin sıhhati, teberra ehliyetini haiz olan mâlikin icazetine bağlıdır. Malın sahibi icazet verirse hibe sahih olur; aksi takdirde geçersiz sayılır. Dolayısıyla, bir baba, velisi bulunduğu çocuğunun malını birine hibe etse bu akit bâtil olur; çünkü babanın, çocuğunun malında, onun aleyhine olarak böyle bir tasarruf yetkisi yoktur ve buna teberra ehliyetine sahip olmayan çocuğun icazet vermesi de olanaksızdır.⁴⁷

İslâm hukukuna göre bağışlanan şeyin, aynı zamanda mal-i mütekavvim (ekonomik kıymeti haiz bir mal) olması gerekir. Meselâ, murdar olarak ölmüş bir hayvanın eti, domuz ve benzeri şeyler İslâm nazarında malî bir değer taşımadığından müslümanlar arasında hibe konusu olamaz⁴⁸.

Ebussuud Efendi tarafından kaleme alınan *Budin Kanunnâmesi*'nden de anlaşıldığına göre Osmanlı İmparatorluk devrinin örfî hukukunda rakabesi devlete ait olan mîrî arazinin alım-satımı, hibe ve vakfedilmesi caiz değildi⁴⁹.

En eski Doğu hukuku belgelerinden birini teşkil eden *Hammurabi Kanunu*'nun 25 ve 26. maddelerine göre de, devletçe subay ve memurlara geçimlerini sağlamak için verilen tarla veya bahçelerin hibe edilmesi ve satılması caiz değildi⁵⁰.

45 el-Bendârî, a.g.e., s. 69.

46 Mecelle, mad. 857.

47 el-Bendârî, a.g.e., s. 74.

48 Abdurrahman el-Cezîrî, el-Fıkh alâ'l-Mezâhibi'l-Erba'a, c. III, s. 403.

49 Ömer Lutfi Barkan, Kanunlar, s. 296, 297.

50 Mahmud Es'ad, Tarih-i İlmi Hukuk, s. 65.

İslâm hukuku, vakıf malların hibe edilemeyeceği konusu üzerinde de önemle durur ve vakfiyelerde bu hususa mutlaka işaret edilir. Zira vakıf malların ve vakfa bağlı hayratın ebediliği, ancak bu malların demirbaş olarak kalmasıyla sağlanabilir. Nitekim rivayet edildiğine göre, Hz. Ömer'e Hayber gazvesinde iyi bir arazi isabet etmiş ve Hz. Peygamber'e gelip bu konuda bir talimat istemişti. Hz. Peygamber de, "*İstersen onun aslını vakfet ve gelirini tasadduk et*". buyurmuştu. Hz. Ömer de, bu talimata göre hareket etmiş ve bu arazinin satılamayacağını, hibe edilemeyeceğini ve miras olarak da kimseye intikal etmeyeceğini şart koşmuştu⁵¹.

Mısır MK. nun 491. maddesine göre de vâhip, kendisine ait olmayan bir malı birine hibe etse, buna aynı Kanunun 466 ve 467. maddeleri uygulanır. Dolayısıyla bu maddelerin hükümleri uyarınca sözü edilen hibe akdi, asıl mal sahibi hakkında bağlayıcı hiç bir sonuç doğurmaz; ancak malın sahibi bu akde icazet verirse hibe sahih olur, vermezse bâtil olur.

Türk Medeni Kanununa göre ise, kural olarak, herkes ancak kendisine ait mallar veya haklar üzerinde tasarruf edebilir⁵². Dolayısıyla, özel bir temsil salahiyeti olmayan kimsenin başkasına ait bir malı hibe edemeyeceği, böyle bir yetkiye sahip olmadığı halde başka bir şahıs adına herhangi bir akit yaptığı takdirde o şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmayacağı aşikârdır⁵³.

3- *Mevhubun malum ve muayyen olması:*

İslâm hukukuna göre herhangi bir çekişme veya anlaşmazlığa yol açmaması için hibe edilen şeyin muayyen ve malum olması gerekir. Buna göre vâhip, tayin etmekzin "malımdan bir şeyi veya şu iki atımdan birini sana hibe ettim" dese sahih olmaz. Eğer, "bu iki attan hangisini dilersen senin olsun" dese ve mevhubunle, hibe yapılan yerde bulunup atlardan birini belirlese sahih olur; ancak hibe mahallinden ayrıldıktan sonraki belirlemesi bir hüküm ifade etme⁵⁴.

Malikîlere göre ise mechul ve gayrı muayyen şeyler de, ıvaz ve mükellefiyet gibi şartlar veya vâhip için fazla bir zarar söz konusu değilse, hibe yapılabilir⁵⁵.

51 Buhârî, el-Cami'u's-Sahih, Vasâyâ: 22, Şurât: 19.

52 Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukukunun Umumi Esasları, s. 320.

53 Bak. MK. m. 388/3; BK. m. 38.

54 Mecelle, mad. 858; İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 116.

55 Abdulvahhab el-Rendârî, a.g.e., s. 70.

Bugünkü Borçlar hukukumuzda göre de devir veya temlik mümkün olan her mal veya hak, bağışlama konusu olabilir. Mamelekî bir kıymet ifade etmek şartıyla bütün maddî şeyler, her çeşit haklar ve alacaklar bağışlanabilir. Fakat buna karşılık insan emeği ve hizmeti, bir şeyin kullanılması (müstakil bir mamelek olmak niteliğini taşımadığı için) bağışlama konusu olamaz. Bağışlamaya konu olacak şeyin akit zamanında mutlaka mevcut olması gerekmediği gibi, ileride elde edilecek mallar da, tayini mümkün olmak ve bağışlayanın tasarruf ehliyetini aşırı derecede sınırlamamak kaydıyla, bağışlanabilir⁵⁶.

4- *Vâhibin âkil ve bâliğ olması:*

Bu çalışmamızın ikinci bölümünde de görüleceği gibi, hibe yapan şahsın âkil ve bâliğ olması, yani teberra ehliyetine sahip bulunması şarttır. Bunun içindir ki Mecelle'nin 859. maddesinde, “Vâhibin âkil ve bâliğ olması şarttır; binaenaleyh sagîr (küçük), meçhur ve ma'tuh (bunak) un hibesi sahih değildir; amma bunlara hibe sahihtir.” denilmiştir. Muhammed Kadri Paşa da, “Hibenin sıhhatinde vâhibin hür, âkil ve bâliğ olması ve mahcur olmaması şarttır”⁵⁷, demektedir. Mevhubunlehin ehliyeti konusunu ileride ele alacağız⁵⁸.

BK. muzun 235/2. maddesinde de tasarrufa ehil olmayanların bağışlamada bulunamayacakları açıkça belirtilmiştir.

5- *Hibede vâhip ve mevhubunlehin rızasının bulunması:*

Hibede tarafların rızasının bulunması lâzımdır. Dolayısıyla, cebir ve ikrah ile yapılan hibe muteber değildir⁵⁹. Buna göre ikrahtan başka rızığı fesada uğratan hata ve hile gibi şeylerin tesiri altında yapılan hibelerin de iptali istenebilir⁶⁰.

Mecelle'nin 1006. Maddesinde belirtildiği üzere ikrah ile vuku bulan satış, icar, hibe ve ferağ geçersizdir. Dolayısıyla, hibenin ikrah ile yapıldığını ispat eden vâhip, bağışladığı şeyi istirdad edebilir. Ancak İslam hukukunda, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi, istirdad davası açılmak için konulmuş bir süre yoktur.⁶¹

Medenî hukukumuzda da karşılıklı rıza beyanı hibenin teşekkülünü sağlayan unsurlar arasında yer almaktadır⁶². Hata, hile veya ikrah

56 Necip Bilge, a.g.e., s. 124.

57 Mürşidü'l-Hayran, mad. 78.

58 Bak. II. Bölüm, § 8.

59 Mecelle, mad. 860.

60 el-Bendârî, a.g.e., s. 60.

61 Ali Efendi, Fetâvâ, c. II. s. 141.

62 Necip Bilge, a.g.e., s. 120.

ile yapılan her akitte olduğu gibi, hibe akdinde de hata veya hilenin anlaşıldığı, ya da ikrah (tehdid) in ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde bağışlanan şeyin geri alınması amacıyla dâvâ açılabilir⁶³.

Mısır Medenî hukukuna göre de, hibe, bir akit olduğu için tarafların rızalarının bulunması şarttır. Nitekim Mısır MK. nun 487/1. maddesinde, "Hibe, ancak mevhubunlehin veya temsilcisinin kabulü ile tamam olur." denilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde de, hibede sükût şeklinde de olsa kabulün zarrurî bulunduğu, zira hibenin iki taraflı irâde ile teşekkül eden bir akit olduğu açıklanmıştır⁶⁴.

§ 6. HİBENİN ŞEKLİ VE ÇEŞİTLERİ

I- Hibede Şekil

Akitlerde asıl olan rızadır. Dolayısıyla İslâm hukukunda da akitler, genellikle şekle tâbi değildir; tarafların rızalarıyla teşekkül eder. Şekil ise bazı akitlerde belli amaçlarla ve istisnâ olarak aranmaktadır. Nitekim, Bakara suresinin 282. âyetinde bir kısım akitlerin taraflarca şekle tâbi tutulmasına açıkça işaret edilmiştir. İşte hibe akdi de böyle kısmen şekle tâbi tutulan akitler arasındadır.

Genel olarak denilebilir ki hibenin belli şekillere tâbi tutuluşunun amacı, önce vâhibi ve ailesini korumaktır. Bazan kişi, karşılıksız olarak malını bağışlamada fazla cömertlik gösterebilir. Meselâ, hibe resmî senetle yapılacaktır, tarzında bir şekil mecburiyeti konulacak olursa bu, vâhibin iyice düşünmesi ve gelecekteki durumunu rahatlıkla değerlendirmesi için bir fırsat ve imkân doğurabilir; onu, gelişi güzel malını saçıp savurmaktan koruyabilir. Öte yandan resmî senet veya yazılı belge bağışlananın da işine yarar. Onu bir kısım töhtmetlerden kurtarır veya bağışlayanın kolayca hibesinden rucu etmesini önler. yazılı şekle tâbi tutulmuş ve tapuya kayıtlı taşınmazların hibeleri de resmî senetle yapılmadıkça geçerli sayılmamıştır. İslâm hukukunda ise *tapu sicili* hakkındaki hukuk gelişmemiş olduğundan aradaki fark, tabiatıyla Medenî hukukun lehine belirlemektedir; çünkü bu tür hibelerde şekil şartı, hem vâhibin hem de mevhubunlehin yararınadır.

Hibenin bağlı olduğu şekiller veya şekil yerine geçen hususlar:

1- Hibenin şahit huzurunda yapılması, icap ve kabul:

İslâm hukukuna göre her türlü hibede tescil veya buna benzer her hangi bir şekil mecburiyeti yoktur⁶⁵. Yani hibe akdi, sadece icap

63 Bak. BK. m. 31.

64 el-Bendârî, a.g.e., s. 31.

65 Roma'da da önceleri bağışlamanın özel bir şekli ve kendine özgü bir yapısı yoktu (Bak. Di Marzo, Roma Hukuku, s. 485).

ve kabul ile teşekkül eder, teslim ve kabz ile de tamam olur. Hibenin konusu ister menkul isterse gayri menkul olsun, tescil şart değildir. Hibenin, istihsanen şahit huzurunda yapılması yeterlidir⁶⁶.

Nitekim bir hadîste geçtiğine göre, Hz. Peygamber devrinde Nu'man b. Beşir, oğluna bir şey bağışlamış; fakat karısı Amre binti Ravaha, "Hz. Peygamber'i buna şahit yapmazsan razı olmam". demiş. Nu'man, Hz. Peygamber'e gelip, "Amre binti Ravaha'dan doğma şu oğluma bir şey bağışladım; o da seni buna şahit yapmamı istedi." demiş. Hz. Peygamber de, "öteki çocuklarına da aynı şekilde bir şey bağışladın mı?" diye sormuş; "Hayır" cevabını alınca, "çocuklarınız arasından adaletli davranın". buyurmuştur. Bunun üzerine Nu'man da bağışından vaz geçmiştir⁶⁷.

Bu olay, o devirde bile hibenin şahit huzurunda yapılmasına gerek duyulduğunu ve Hz. Peygamberin de bu konuda, şahide lüzum yok, demediğini, hatta sükût ederek hibede şahit bulundurulmasını tasvip eder görüldüğünü ifade etmektedir. Bu itibarla İslâm hukukçuları, hibede şahit bulundurulmasının şart olmadığını, fakat hibenin şahitler huzurunda yapılmasının daha iyi olacağını kabul etmişlerdir.

Hibede icap, "verdim", "bağışladım", "armağan ettim", "sana bıraktım" gibi temlik bildiren deyimlerle olur⁶⁸. Hibenin vücut bulmasında ilk adımı icap teşkil eder. Ancak yalnız başına bir icapla hibe akdinin teşekkül edip etmeyeceği, diğer akitler gibi hibede de kabulün şart olup olmayacağı konusunda İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır.

Ebu Hanife, İmam Muhammed, Ebu Yusuf ve İmam Malik'e göre hibe akdi, istihsanen tek taraflı bir irade ile tamam olabilir; yani hibenin rüknü, sadece vâhibin icabından ibarettir; çünkü sözlükte hibe, kabul şartı koşulmaksızın malik tarafından yapılan sırf icabı ifade eder. Kabul ve kabz ise doğrudan doğruya hibenin vücudu için değil, sadece onun hükmünün sübutu için gereklidir. Aslında hibeden maksat cömertlik göstermek suretiyle övülmektir ki, bu, kabul olsa da olmasa da hasıl olur. Kıyasa göre ise icap ve kabul, birlikte hibenin rüknünü teşkil eder. Bu görüş de İmam Züfer, Ahmed b. Hanbel, İmam Şafîi ve talebelerince savunulmuştur⁶⁹.

66 Mecelle, mad. 837; S. Abdullah, el-Mukarenat, c. II, s. 216.

67 Buhârî, Hibe: 13; Müslim, Hibât: 9; Muvatta', Akdiye: 39; Karş. s. 16.

68 Merginani, el-Hidâye, c. III, s. 164.

69 Kâsânî, Bedâi', c. V, s. 115; Senhûrî, Masadiru'l-Hakk, c. I, s. 42, 43; el-Bendâri, a.g.e., s. 21, 22. İsmailî-Fatimî fıkhma göre de hibede kabul şarttır (Bak. Kadî en-Nu'man, Kitâbu'l-İktisâr, s. 129).

Mecelle'nin 837. maddesiyle Mısır Ahval-i Şahsiyye Kanununun 500. maddesinde de, İmam Züfer, Ahmed b. Hanbel ve Şafiînin görüşüne uygun olmak üzere icap ve kabul, hibenin rüknü olarak zikredilmiştir. Doğru ve akla yatkın olan da budur; çünkü hibenin hariçte bir sonuç doğurması için mevhubunleh tarafından kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla, bağışlanan tarafından kabul edilmeyen hibenin gerçekte vücut bulmuş olduğundan söz etmek, bir bakıma anlamsız bir şey olur.

Borçlar hukukumuza göre, yukarıda da işaret edildiği gibi, bağışlama bir akittir; yani bağışlayanla bağışlananın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının ürünüdür⁷⁰. Bu itibarla bağışlamanın doğabilmesi için herşeyden önce bağışlayanın icapta bulunması, bağışlananın da bunu kabul etmesi gerekir. Bağışlayanın tek başına icabı ile bir kimse isteğine aykırı olarak bağışlanan mevkiine konulamaz⁷¹.

Hibe, sarih bir iradenin varlığına lüzum gösterir. Dolayısıyla, herhangi bir hibeyi içeren bir sözleşmenin bağışlayan lehinde yorumlanması gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu konudaki yorumun nasafet kaidesine aykırı olmadığına, tereddüt halinde hibe şümülünün genişletilmesine cevaz bulunmadığına karar vermiştir⁷². Ayrıca bağışlayan tarafından yapılan sarih bir icap, öteki akitlerdeki sonuçları meydana getirmez. BK. m. 239'a göre bilfiil ayrılrsa bile mal bağışlanana teslim edilmedikçe icaptan vaz geçilebilir. Yani hibe akdinin tamam olmasına, daha hibeyi kabul haberinin kendisine ulaşmasına kadar vâhibin rucu hakkı vardır⁷³.

Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı hibelerde dahi bağışlayan henüz hayatta iken bağışlananın kabulüne lüzum vardır. Bağışlananın kabulü sarih olabileceği gibi zimmî de olabilir. Mükellefiyetli olmayan bağışlamalarda susma, kabul anlamına gelir. Özellikle elden bağışlamada malın geri yollanmaması da kabul yerine geçer. Bununla birlikte kabulün bir şekle tâbi olmaması, hibe konusu olan şeyin mahiyetine göre, kanun akdin teşekkülünü bir şekle tâbi tutmadığı durumlar için geçerlidir. Sözgelisi, taşınmaz malların hibeleri veya hibe vaad-

70 Bir alay'a yapılan bağışlamada alay'ın tüzel kişiliği olmadığı için taraf sayılamayacağı ve bu yüzden bağışlamanın geçerli olup olmayacağı konusunda Bak. Yarg. HGK. 19.10.1949, E. 5-55/K. 48; Kemal Oğuzman, İstanbul Barosu Dergisi, c. XXVI, sayı: 9, s. 540.

71 Tongsir, Bağışlama, s. 22.

72 Arsebük, "Hususi Akit Tipleri", A.Ü.H.F. Dergisi, V, sayı: 1-4, s. 143.

73 Arsebük, a.g.e., s. 143, 144.

leri de ancak resmî şekilde yapılmakla muteber olur. Bunlarda sırf zımnî veya sırf yazılı kabul yeterli değildir⁷⁴. Ayrıca, bağışlayanın mutlaka icapta bulunması gerekmez. Bağışlanan icapta bulunabileceği gibi bağışlayan da kabulde bulunabilir. Sözgelişi, bir kimse gazeteye ilân vermek suretiyle yardım talebinde bulunsa ve bu gazeteyi okuyan birisi de ona bir miktar para göndermiş olsa, parayı gönderen, bağışlamaya dair ilân suretiyle yapılan icabı kabul etmiş olur⁷⁵.

Fransız MK. m. 932 /1'de belirtildiğine göre, yaşayanlar arasında bağışlama açıkça kabul edilmedikçe bağışlanana taahhüt altına sokmaz ve hiç bir hüküm husule getirmez. Bizde ise kabul sarih veya zımnî olabilir. Sözgelişi, bağışlanan bağışlanılan şeyi tüketmek suretiyle zımnî bağışlamayı kabul etmiş sayılır⁷⁶. Alman MK. (m. 516), hibede kabulü hiç bir şekle tâbi tutmamış ve alelâde bir kabulle yetinmiştir. Zımnî kabule de cevaz vermiştir. Hatta sükûtu dahi kabul saymıştır. Meselâ, kazandırıcı muamele (hibe), karşı tarafın katılmasıyla olmamışsa, bu muamelede bulunan kimse ona bağışlamayı kabul edip etmediğini bildirmesi için bir mehil verebilir. O da bu süre içerisinde hiç bir cevap vermezse, zımnî olarak onu kabul etmiş olur⁷⁷.

Mısır MK. m. 487 /1'de, "Hibe ancak mevhubunleh veya temsilcisinin kabulü ile tamam olur" denilmektedir. Kanunun gerekçe müzekkiresinde de bu madde ile ilgili olarak, "Mevhubunlehin hibeyi kabulü, sükût ile de olsa zorunludur. Zira hibe iki taraflı iradeye bağlı bir akittir." denilmiştir⁷⁸.

2- Teslim ve kabz:

İslâm hukukunda bir satış işlemindeki icap ve kabulden sonra, satıcı, malı alıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Hibede ise İslâm hukukçularının büyük çoğunluğuna göre vâhibin bağışladığı malı teslim mecburiyeti yoktur; çünkü hibe bir teberru olduğu için mevhubunleh tarafından kabz⁷⁹ edilinceye kadar vâhibin kendi mülkiyetinden çıkmaz ve hibeden rucu mümkün olur. Bunun içindir ki Nahaî, Sevrî, el-Hasen b. Salih, Ebu Hanife, İmam Şafîî ve Hanbelîlere göre hibede

74 N. Feyzioğlu, a.g.e., s. 148.

75 H. Tandoğan, a.g.e., c. I, s. 270.

76 Tandoğan, a.g.e., s. 271; Tongsir, a.g.e., s. 17, 22.

77 Tongsir, a.g.e., s. 22, 23.

78 el-Bendâri, a.g.e., s. 31, Karş. s. 37.

79 Kabz iki şekilde olur: a) Almakla. Bu, bağışlanılan taşınır bir malı bağışlananın tesellüm etmesiyle gerçekleşir. b) Tahliye ile. Bu da, bağışlayan tarafından taşınmaz bir malın boşaltılması veya bir evin anahtarının bağışlanana teslim edilmesi suretiyle olur.

kabz şarttır⁸⁰. Kabzdan önce sırf hibe akdi ile mülkiyet nakledilmiş olmaz. Burada mülkiyetin nakli için sadece kabul yeterli değildir; zira hibe bir teberru akdidir ve sonuç doğurması bakımından güçsüz bir akittir. Bağışlayanın zilyetliği, ancak bağışlananın kabzi ile ortadan kalkar. Nitekim Hz. Peygamber de “Hibe, ancak kabz edilirse geçerli olur.” buyurmuştur. Elbette kabzdan önce de yapılmış olan hibe akdi geçerlidir; fakat bu hadîs, hibenin bir hüküm ifade etmesi, yani bir sonuç doğurması için kabzedilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸¹.

Buna göre hibe, bir malın, kesinlik ifade etmeksizin, bağışlanana geçmesidir. Bu itibarla kabzdan önce, hibe edilen şey eskisi gibi hibe edenin mülkü olarak kalır. Başka bir deyişle, kabz, hibenin sıhhatının şartlarından değilse de, mülkiyetin mevhubunlehe intikalinde şarttır; çünkü kabzdan önce mülkiyetin geçtiğini kabul etmek, bağışlayanı teslimle zorlamak olur ki bu, İslâm hukukçularının büyük çoğunluğunun anladığı mânâdaki teberru kavramıyla bağdaşmaz⁸².

Mecelle’de de bu görüş esas olarak benimsenmiş ve Mecelle’nin 57. maddesinde, “Teberru ancak kabzla tamam olur. Meselâ, bir adam birine bir şey hibe etse kable’l-kabz (kabzdan önce) hibe tamam olmaz.” hükmü yer almıştır.

Şîîlerden Ca’ferîlere göre de hibede icap, kabul ve kabz şarttır; ancak baba veya dedenin velîsi bulundukları küçüğe yapmış oldukları hibede kabz gerekmez; çünkü onu, küçük adına kabz edecek olanlar, zaten kendileridir⁸³.

Ebü Sevr ve İmam Mâlik ile İsmailî-Fatımî fıkhnı ve Zâhirîlere göre ise, hibede kabz aslâ şart değildir; icap ve kabul kâfidir. Hibe sırf akitle sabit olur; hibede de, vakıf ve vasiyet gibi kabz olmasa bile, icap ve kabul ile mülkiyet nakledilmiş olur⁸⁴.

Zâhirî mezhebinin ünlü savunucusu İbn Hazm, hibede kabzın şart olduğunu ileri süren fakihlere karşı çok sert bir dille itirazda bulunur ve bu hususun ta Sahabîler ve Tabîiler devrinde bile ihtilâflara yol açtığını, dolayısıyla bu konuda çeşitli rivayetlerin bulunduğunu ileri sürerek, “*Hibe ancak kabz edilirse câiz olur.*” hadîsine karşı İbn Mes-

⁸⁰ İbn Kudame, el-Mugnî, c. VI, s. 246-248.

⁸¹ Serahsî, a.g.e. c. XII s. 48.

⁸² Merginânî, a.g.e., c. III, s. 164; Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 619.

⁸³ el-Hillî, Şerâi’u’l-İslâm, c. II, s. 229.

⁸⁴ Serahsî, el-Mebsut, c. XII, s. 48; İbn Kudame, el-Mugnî, c. VI, s. 246, 247; Kadî en-Nu’mân, a.g.e., s. 129; İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 120.

ud'un, hibe de şâmil olmak üzere, "*Sadaka, kabzedilsin veya edilmesin câizdir.*" dediğini kaydeder⁸⁵.

İbn Hazm, ayrıca, görüşünü isbat için Kur'an'dan, "*Ey mü'minler, akitlere vefa gösterin*".⁸⁶ ve "*.... Amellerinizi iptal etmeyin.*"⁸⁷ âyetlerini de zikreder⁸⁸.

Bize göre bu âyetlerin birincisi, genel bir kuralı tesbit ettiği için hibe akdini de içine alır ve Zahirîlerin bu konuda haklı olduklarını gösterebilir. Ancak ikinci âyetteki "ameller" (işler) deyimini geniş kapsamlı bir kelime olup hibe muamelesini içine alırsa da, âyetin üst ve alt kısımları birlikte mutlâa edildiğinde onun, Hz. Peygamber'e karşı gelerek, bütün emeklerin boşa çıkarılması gibi özel bir anlam ifade ettiği görülmektedir.

Biraz önce de belirttiğimiz gibi, İslâm hukukçularının çoğunluğu bunlara rağmen ve başka yorum ve rivayetlere dayanarak, hibenin tamam olması için bağışlananın kabzını şart koşmuştur; kabzdan önce hibeden rucu edilebileceğini ve bağışlayan tarafından bağışlanan şeyi kabza izin verilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁸⁹.

İşte bu görüşü benimseyen Mecelle de teslim ve kabz ile ilgili olarak, "Hibe, icap ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur." demiştir⁹⁰.

Mecelle'nin bu maddesinin uygulamasıyla ilgili olarak Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi'nin 17 Nisan 1326 (1910) tarihli ilâmında, "hibede teslim ve kabz şart idiğine göre evvel emirde mal-i mevhubun mevhubunlehe teslim edilip edilmediğinin tetkiki, bittetkik teslim sabit olmadığı surette müddâfeye reddile hüküm olunmak lâzım geleceği..." ne karar verildiğini görmekteyiz⁹¹.

Küçüğün veli veya vasîsi, gerek elinde bulunan gerekse birinde emanet olan malını küçüğe hibe ettiği takdirde yalnız icap ile akit tamam olur; kabza gerek kalmaksızın o mal küçüğün mülkiyetine geçer; çünkü küçük adına onu kabzedecek olan zaten kendileridir⁹².

85 İbn Hazm, a.g.e., c. IX, s. 125.

86 Maide Sûresi, 1.

87 Muhammed Sûresi, 33.

88 İbn Hazm, a.g.e., c. IX, s. 126.

89 Merginânî, a.g.e., c. III, s. 164; el-Hillî, a.g.e., c. II, s. 229.

90 Mecelle, mad. 837.

91 Ceride-i Adliye, yıl: 1326, sayı: 20, s. 832, 833.

92 Mecelle, mad. 851.

Mısır Ahval-i Şahsiyye Kanunu'nun 500. maddesinde, "Hibe vâhibin icabı, mevhubunlehin kabulü ile sahih olur; kabz da kabul yerine geçer." denilmek suretiyle hibe akdinin sıhhatinde kabzın şart olmadığı belirtilmiştir. Mısır MK. nun 487/1. maddesinde, "Hibe, ancak mevhubunlehin veya temsilcisinin kabulü ile tamam olur." ve 488/1. maddesinde de, "Hibe ancak resmî senetle yapılır..." denildikten sonra, aynı maddenin 2. fıkrasında, "Menkul şeyin hibesi, resmî senede gerek olmaksızın kabz ile de tamam olabilir." denilerek, hibe akdinde kabzın yeri belirtilmiştir. Böylece Mısır Medenî hukuku, hibenin tamam olması için kabzın şart olmadığını, fakat kabz ile de hibe akdinin tamam olabileceğini benimsemek suretiyle ülkede çok yaygın olan Malikî mezhebinin bu konudaki görüşüne yaklaşmıştır. Teslime gelince, Mısır MK. na göre menkul malların elden hibe edilmesi halinde teslim hibenin rûknünü teşkil eder. Elden hibenin dışındakı kalan hibelerde ise teslim, akdın bir sonucu olarak ortaya çıkar. Bu hususu, Mısır MK. 493. maddesinde, "Mevhubunlehin bağışlanan şeyi tesellüm etmemişse vâhip onu kendisine teslim etmekle yükümlüdür." demek suretiyle açıklığa kavuşturmuştur⁹³.

BK. muzda hibenin tâbi olduğu şekil, ileride görüleceği gibi, hibe çeşitlerine göre değişiklikler arz etmekle birlikte, kabz ve teslim, daha çok menkullerin elden hibesinde önemli bir rol oynamaktadır. Gerçekten BK. m. 237/1 uyarınca elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle varlık kazanır⁹⁴. BK. m. 237/1'in lafzına göre taşınır malların hibesinde zilyetliğin nakli elden hibe ile olabileceği gibi, bugün doktrinde hakim olan görüş, kısa elden teslim, zilyetliğin havale suretiyle nakli veya hükmen teslim suretiyle de elden hibe yapılabileceğini kabul etmektedir⁹⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de yeni içtihatlarında, gerek hükmen teslim, gerekse zilyetliğin havale suretiyle nakli yollarıyla da elden bağışlama yapılabileceğini kabul etmektedir⁹⁶. Eski hukukumuzda, yani Mecelle'nin 846, 847 ve 848. maddelerinde de hükmen teslim veya havale suretiyle yapılan hibelerin geçerli olacağı açıkça belirtilmiştir.

Roma hukukunda ise teslim ve kabz konusu devirlere göre değişiklik arz etmektedir. Bununla birlikte bu konu, hibe akdinin tamam olmasıyla ilgilidir. Roma hukuk ilminin sonraları kabul etmiş olduğu

93 el-Bendâri, a.g.e., s. 127.

94 Tandoğan, Borçlar Hukuku, c. I, s. 279; Yarg. 4. HD. 14.6.1951, E. 5503/K. 4712; Senei Olgaç, Kazaî ve İlmi İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu, No: 299.

95 Tandoğan, a.g.e., s. 280.

96 Tandoğan, a.g.e., s. 281.

“donatio perfecta” (tam ve tekemmül etmiş hibe) kavramına göre “Cincia Kanunu” ile hibe yasağından istisnâ edilmiş kimseler⁹⁷ arasında bağışlama, *Antoninus Pius*’un bir “rescritum”u uyarınca, “mancipatio” ile veya “va’d” ile “perfecta” olurdu. Hibe yasağından istisnâ edilmemiş kimseler arasında ise bağışlama, “res mancipi” sözkonusu olduğu zaman malın, “mancipatio” veya “in iure cessio” yoluyla bağışlanana devredilmiş olması ve menkul olduğu takdirde bağışlananın bu malı, bağışlayanın “interdictum utrubi” sine karşı kendisini koruyacak şekilde yılın çoğunda kendi zilyetliğinde bulundurmasıyla “perfecta” olurdu. “Res nec mancipi” sözkonusu olduğu zaman ise menkul mal, yine bağışlayanın *interdictum utrubi*’sine karşı yılın gerekli süresi kadar zilyetliği haiz olmuş bulunmak şartıyla, bağışlanana teslim edilmiş olmakla *perfecta* ve bu itibarla itiraz kabul etmez bir bağışlama olurdu⁹⁸.

Klasik hukukta, bütün mamelekin veya bir kısmının bağışlanması, araziler *mancipatio* ile devredilmemiş, alacaklar usulüne uygun olarak temlik edilmemiş ve münferit şeyler teker teker teslim edilmemişlerse hiçbir hüküm ifade etmezlerdi. Hatta *Postklasik* hukukta, eşyanın birer birer açıkça belirtilerek naklinin zorunlu olduğu defalarca ifade edilmişti. *Iustinianus* hukukunda ise hibelerle ilgili genel kurallar bu duruma da uygulanmıştır⁹⁹.

3- Senet ve tescil:

İslâm hukuk nazariyesinde hibenin, bağışlanılan taşınır veya taşınmaz mal olsun, senetle yapılması veya tescil edilmesi diye bir şey yoktur. Her hibe, elden hibe şeklinde icap ve kabul ile akdedilmiş, teslim ve kabz ile de tamamlanmış olur. Ancak uygulamada, ev ve benzeri bir taşınmazın hibesinde senet düzenlenmesine başvurulduğunu, böyle bir hibe senedinde ne gibi hususlara dikkat edilmesi gerektiğini en eski “Şurut” kitaplarında görmekteyiz¹⁰⁰. Hatta Hz. Peygamber’in Temim ed-Dârî ve kardeşlerine bir kısım yerleri bağışladığı (iktâ et-

97 Bunlar; beşinci dereceye kadar kan hısımları (cognati), bunlara “manus” veya “mancipium” hakimiyetiyle bağlı olanlar, birinci derecede sıhrî hısımlar, nişanlılar, eşler, vesayet altındakiler, cihaz tesisi için bağışlamada bulunan her dereceden kan hısımları ve bağışlayanın hayatını kurtaran kimselerden ibarettir (Bak. Di Marzo, Roma Hukuku, s. 485, 486).

98 Di Marzo, Roma Hukuku, s. 486.

99 Di Marzo, a.g.e., s. 491, 492.

100 Şurut: Şart’ın çoğulu olup bir akit yapılırken ileri sürülen şartları içine almak üzere yazılan belgeler demektir. Bu belgeler düzenlenirken nelere dikkat edileceğini anlatan eserlere, İslâm hukuk literatüründe “Kitabu’s-Şurut” adı verilmektedir.

tiği) zaman, kimsenin müdahale etmemesi için, Hz. Ali ve amcası Hz. Abbas gibi bazı sahabilerin şahit oldukları yazılı bir belgeyi düzenletip ellerine verdiği de bilinmektedir*.

“Şurût” kitaplarında verilen örneklerle göre, aralarında kan hısımlığı bulunmayan kimselerden biri diğerine bir ev veya akar hibe ettiği takdirde yazılacak olan senette, “bu filanın filana yapmış olduğu hibe olup ona karşılık herhangi bir şart ileri sürmemiş ve malî bir mükellefiyet talebinde bulunmamıştır” tarzında bir ifadenin yer alması gerekir. Hibe, ıvaz veya mükellefiyet şartıyla yapıldığı takdirde düzenlenecek senette, “bu, filannın filana bağışlayıp teslim ettiği ve onun da hibe olarak kabz etmiş olduğu ev (veya akar) için verdiği ıvazdır” cümlesinden sonra şahitlerin adlarının yazılması icap eder¹⁰¹.

Aralarında hısımlık bulunan kimselerden birinin ötekine bir taşınmaz mal bağışlaması halinde düzenlenecek olan senette, adları belirtilerek, “bu, filanın kendi oğlu filana”, “kardeşi filana”, “filan kardeşinin oğlu filana”, “anasına”, “babasına”, “dedesine”, “filan amcasına”, “dayısı filana” veya “eşine, akrabalık bağlarını gözeterek yapmış olduğu hibedir.” gibi ifadelerin bulunması gerekir¹⁰².

Uygulamada akitlerle ilgili olup “el-Vesaik” (belgeler) adı da verilen vesikalar hibe için de tanzim edilmiş, anlaşmazlık halinde kadılar bu belgelere göre karar vermişlerdir¹⁰³. Hatta Malikî fıkhnın hâkim olduğu Fas’ta son zamanlarda hibe ile ilgili bu belgelerin kadı tarafından düzenlendiğini *Rabat Mahkemesi sicillerine* dayanarak örnekler veren Pesle’nin İslâm Hukukunda Hibe” adlı çalışmasından anlıyoruz¹⁰⁴.

Burada belirtmeliyiz ki genellikle İslâm hukukunda hibenin, günümüzde olduğu gibi, resmî senetle yapılması, bir sicile kaydettilmesi ve bağışlanılan taşınmaz malın tapuya tesciline benzer işlem ve kavramlar yoktur. Mecelle’de dahi bunlara yer verilmemesi bir eksikliktir.

Öte yandan eski Şark hukuklarından Brahman hukukunda, yani *Vişno*’da hükümdar tarafından yapılan bağışlamaların bir kutnu parçası veya bakır levha üzerine yazılması gerektiği belirtilmiştir. Bu senet hükümdarın imzası ve mührüyle tasdik edilirdi¹⁰⁵.

* Bak. Muhammed Hamîdullah, el-Vesaik es-Siyusiyye, s. 66-69.

101 Ebu Ca’fer Ahmed et-Tahavî, Kitabu’s-Şurut es-Sağîr, c. II, s. 648.

102 et-Tahavî, a.g.e., s. 649

103 Tusûlî, el-Behce, s. 247.

104 O. Pesle, La Donation dans le Droit Musulman, Rabat 1933, s. 190-195.

105 Mahmud Es’ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 146.

Eski İsrail'de de, *Mişna*'ya göre, hibenin bir senetle tesbiti lâzımdı¹⁰⁶.

Roma'da da son imparatorluk devrinde, muhtemelen doğu eyaletlerindeki yazılı şekillerin etkisi altında, belki de gelişi güzel hibe yapılmasını önlemek ve hibelerin alenî olmasını sağlamak amacıyla yazılı bir belgenin tanzimi ve bu belgenin bir sicile kaydettirilmesi, yani tescil yerleşmeğe başlamıştır¹⁰⁷.

Roma'da ilk defa İmparator *Constantius Chlorus*, hibelerin yazılı bir şekilde yapılmasını, istisnâ edilmiş kimseler arasındaki bağışlamalar için mecburî kıldı. Daha sonra oğlu *Constantinus*, bu usulü genelleştirdi. *Iustinianus* hukukunda 500 *solidus*'u¹⁰⁸ geçen bağışlamalar için böyle bir tescil şartı aranıyordu. Aksi takdirde 500 *solidus*'u aşan miktarın hibesi geçersiz sayılıyordu. 500 *solidus*'u aşmayan hibeler için yazılı şekle gerek görülüyordu. Yine, İmparatorun ihsanı olan, esirlerin kurtarılması ve yıkılmış evlerin yeniden yaptırılması için verilen, kumandanların askerlere menkul olarak verdikleri veya bir kadına cihaz teşkil etmek üzere yapılan hibeler bu kuraldan istisnâ edilmişti¹⁰⁹.

Roma'da, ölüme izafe edilen bağışlamalar, önceleri vasiyetnâmelere ithal ediliyordu. Sonraları bu tür hibeler, bazı kayıt ve şartlarla vasiyetnâmeden ayrı olarak ve ona ek teşkil eden bir yazı ile de yapılabiliyordu¹¹⁰.

Cermen hukukunda ise elden bağışlamada teslim şartı vardır. Bu, şekil yerine geçer. Bağışlama taahhüdünde ise şekle ihtiyaç vardır, yani hibe taahhüdü belirli şekle uyularak yapılmak gerekir¹¹¹.

İsviçre Borçlar Kanunu ve bunu mehzaz olarak kabul eden bugünkü BK. muza göre, elden bağışlamada teslim şartı vardır. Bu, şekil yerine geçer. Bağışlama taahhüdü ile gayrimenkul malların bağışlanmasında ise şekle ihtiyaç vardır¹¹².

Bağışlama taahhüdünde akdin yapılması ile hükümlerin yerine getirilmesi aynı zamana rastlamadığından, yani birbirinden uzun veya

106 Mahmud Es'ad, a.g.e., s. 217.

107 Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, s. 169, 170.

108 Constantinus zamanında kesilmiş ve 1/72 oranında Roma librası ağırlığında altın para (Bak. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, s. 196).

109 T. Rado, a.g.e., 169, 170; Di Marzo, Roma Hukuku, s. 490.

110 R. Honig, Roma Hukuku, s. 415.

111 Tongsir, Bağışlama, s. 73.

112 BK. m. 237/1, 238/1.

kısa bir süre aralıklı olduğundan, bu taahhüdün geçerliliği bir kısım şekil şartına bağlanmıştır. Zira bağışlayan ileride ifa edilecek bir taahhüdü kolaylıkla ve düşünmeden yüklenebilir. İnsanları gelişi güzel taahhütlerle mallarını elden çıkarmaktan ve bu yüzden ekonomik sıkıntılara düşmekten kurtarmak için kanun koyucu bağışlama taahhüdünü şekle bağlamıştır¹¹³.

BK. m. 238 /1'e göre menkul mallara ve alacakların temlikine ilişkin bağışlama taahhütleri yazılı biçimde yapılmalıdır. Alacağın temliki, esas itibarıyla şekle tâbi olmadığı halde (BK. m. 163 /2), teberru kasdıyla yapılırsa yazılı şekle tâbidir. Buna göre teberru amacıyla yapılan ibra', başkasının borcunu ödeme va'dleri ve sebebi belirtilmeyen borç ikrazı yazılı şekle bağlıdır¹¹⁴.

Taşınmaz mallara veya bunlar üzerindeki aynî haklara ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerli olması için bu taahhüdün resmî senetle yapılması şarttır¹¹⁵.

Satımda olduğu gibi, taşınmaz mallara ait bağışlama taahhütlerinde de, 2644 sayılı *Tapu Kanunu*'nun 26. maddesi uyarınca resmî senedin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekir; çünkü zikredilen madde, mülkiyet ve mülkiyetten gayri aynî haklara ait resmî senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenlenmesini emretmektedir¹¹⁶.

BK. muzun 237 /2. maddesinde taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynî hakların bağışlanmasının, ancak tapu siciline kaydedilmekle tamam olacağı belirtildikten sonra, aynı maddenin 3. fıkrasında da, bu tescilin ancak geçerli bir bağışlama taahhüdüne dayanılarak yapılabileceği ifade edilmektedir.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan sonra diyebiliriz ki İslâm hukukunda hibenin tâbi olduğu şekil, gereği kadar gelişmemiş olup Mecelle'de dahi resmî senet ve tescil konularına yer verilmemiştir.

4- Hibede şekil eksikliği:

İslâm hukuku hibe için belli bir şekil şartı koymamakla beraber hibede *kabz* önemli bir yer tutar. Yukarıda geçtiği üzere, İslâm hukukçuları kabz konusunda da ihtilâfa düşmüşlerdir. Çoğunluğa göre vâhibin izniyle mevhubun leh bağışlanan şeyi kabzetmedikçe, hibe

113 Tandoğan, Borçlar Hukuku, c. I, s. 275, 276; Tongsir, a.g.e., s. 74.

114 Tandoğan, a.g.e., s. 276; Feyzi oğlu, a.g.e., s. 159, 160.

115 Bk. m. 238 /2.

116 Tandoğan, a.g.e., s. 277; Tongsir, a.g.e., s. 75.

akdi teşekkül etmiş ve tamamlanmış olmaz. Böyle bir hibeden bağışlayanın veya ölümü halinde mirascılarının diledikleri şekilde ve istedikleri zaman rucu hakları vardır. Kabz ve tesellüm ne vakit gerçekleşirse hibe de o zaman geçerlilik kazanır. İbn Ebî Leylâ ve Zahirîlere göre ise kabzdan önce de, yani sırf icap ve kabul ile de hibe akdi teşekkül etmiş ve borç doğurucu bir işlem niteliği kazanmış olur ve rucua cevaz veren bir sebep bulunmadıkça hibenin tenfizi gerekir.

Çağdaş hukuklarda ise, bilindiği gibi, hibenin bazı çeşitleri belli şekillere tâbi tutulmuştur. Bunlardan Germen hukukunda hibedeki şekil eksikliği, taahhüt edilen bağışlamanın yerine getirilmesiyle ortadan kalkar¹¹⁷.

Fransız MK. m. 1340 uyarınca da şekil eksikliği sebebiyle bâtil olan bir bağışlama, bağışlayanın ölümünden sonra mirascıları, tarafından ifa edilirse geri alınamaz; çünkü Fransız hukukçuları bu durumdaki hibeyi tabîi bir borç olarak izah ederler¹¹⁸.

Buna paralel olarak, Mısır MK. da, 489. maddesinde şekil eksikliği yüzünden bâtil olan hibeyi tenfiz konusunda bağışlayanın mirascılarının serbest olduklarını, bağışlanana teslim etmişlerse geri almayacaklarını hükme bağlamıştır.

BK. muzun 238 /3. maddesine göre ise, menkuller ve hâmiline yazılmış senedlere bağlı alacaklar, bağışlama taahhüdünün şekline uyulmadan, sadece sözle hibe edildikten sonra fiilen tenfiz edilecek olursa, elden hibe hükmüne tâbi olur; yani eksikliği tenfiz ile ortadan kalkar¹¹⁹.

Yine BK. m. 238 /2 gereğince taşınmaz mallar veya bunlar üzerindeki aynî bir hakkın bağışlanması taahhüdünün resmî senetle yapılması gerekmektedir. Böyle bir bağışlama, bu şekle uyulmadan sözle yapılsa ve daha sonra "Mülkiyete, mülkiyetten gayrı aynî haklara mütedâir resmî senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzimini" emreden Tapu K. m. 26 uyarınca usûlüne göre tapu kütüğüne tescil ettirilse, şekil eksikliği ortadan kalktığı için, böyle bir bağışlama geçerlilik kazanmış olur.

II- Hibenin Çeşitleri

İslâm hukukunda hibenin çeşitleri, BK. muzdaki bağışlama çeşitlerine pek benzemez. Bununla birlikte burada biz, eski ve yeni hukukumuzdaki hibe çeşitlerini ele alıp aralarındaki farkları belirtmeye çalışacağız.

¹¹⁷ Tongsir, a.g.e., s. 62, n. 68.

¹¹⁸ Tongsir, a.g.e., s. 35.

¹¹⁹ Martin, Alfred, Borçlar Kanunu Şerhi, Hukuku Medeniye Akitleri, c. II, s. 75.

1- Elden hibe:

İslâm hukukunda bu hibe nevi, diğer hibe çeşitleri gibi teslim ve kabz ile tamam olur; herhangi bir özel şekil ve hükme tâbi tutulmaz.

BK. m. 237 /1 gereğince elden bağışlama, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulur. Buna göre elden bağışlamada akitle bunun gereğinin yerine getirilmesi aynı zamana tesadüf eder. Bazı yazarlara göre burada sadece bir tasarruf işlemi mevcuttur. Bir kısım hukukçularımıza göre de burada hem tasarruf, hem de taahhüt işlemi vardır; ancak her iki işlem de aynı zamanda yapılmaktadır. Bu itibarla bağışlayanın, zayıf da olsa, ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu ve noksan ifâ sebebiyle, BK. m. 96 uyarınca, sorumluluğu ortaya çıkar¹²⁰. Nitekim aynı sorumluluk hibe va'dinde de sözkonusudur.

Elden bağışlama, yalnız taşınır mallar ve alacaklar için sözkonusu olur. Meselâ, taşınırlarda teberru kasdıyla zilyetliğin herhangi bir şekilde nakli, yine teberru amacıyla alacaklarda ibra veya temlik, elden bağışlama için yeterlidir. Ayrıca şekle bağlı bir hibe taahhüdü yapılmasına gerek yoktur; çünkü akdin derhal yerine getirilmesi, yani taşınırlarda zilyetliğin hemen nakli, alacağın yazılı şekilde temliki, ibra ile alacağın derhal ortadan kalkacağının bilinmesi, bağışlayanı yaptığı işi iyice düşünmeye sevkedecek niteliktedir. Bu itibarla kanun koyucu, burada, elden bağışlamada ayrıca şekil zorunluluğu koymak suretiyle koruyucu tedbir almağa lüzum görmemiştir¹²¹.

Elden bağışlamada teslim; kısa elden teslim, zilyetliğin havale suretiyle nakli, alacaklarda teberru kasdıyla ibrâ ve hükmen teslim şeklinde de olabilir¹²².

Elden bağışlama, bağışlama taahhüdünden yalnız şekil bakımından değil, aynı zamanda rucu yönünden de ayrılır. Sözgelisi, elden bağışlamada, bağışlama taahhüdünde olduğu gibi, bağışlayanın mali durumunun esaslı surette değişmesi sebebiyle rucu mümkün değildir; aksi takdirde mevhubu geri verme, bağışlanan için çok külfetli olur¹²³.

Elden bağışlama hükümleri taşınmaz mallar hakkında uygulanmaz; çünkü BK. m. 237 /2'ye göre bir taşınmazın veya taşınmaz üye-

120 Tandoğan, a.g.e., s. 279, 280.

121 Tanodğan, a.g.e., s. 280.

122 Tandoğan, a.g.e., s. 280.

Birinde emanet veya ariyet olarak bulunan bir malı sahibinin ona bağışlaması halinde kısa elden teslim; bir kimsenin velisi bulunduğu bir şahsa bir şey bağışlaması halinde ise, o şeyi teslim alacak olan yine kendisi olduğundan, hükmen teslim söz konusu olur.

123 Tandoğan, a.g.e., s. 281.

rindeki aynı hakların bağışlanması, tapu siciline tescil edilmekle mümkün olur. Bu tescil işi, ancak geçerli bir bağışlama taahhüdüne dayanılarak yapılabilir ve böyle bir taahhüdün de resmî şekilde yapılması gerekir¹²⁴. İslâm hukukunda olduğu gibi, bugünkü hukukumuzda da tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz malların elden bağışlanması mümkündür. Bu takdirde zilyetliğin devri gerekir ve yazılı şekle lüzum kalmaz¹²⁵.

İlletten mücerred, yani sebepsiz bir borç ikrarı elden bağışlama sayılmaz. Buna karşılık, hâmiline yazılı kıymetli evrakın teberru amacıyla başkasına verilmesi halinde bir elden bağışlama vardır¹²⁶.

Mısır MK. m. 488 /1'e göre ise her nevi hibenin resmî senetle yapılması gerekir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre elden hibeler fiilî veya hükmî kabz ile de tamam olur. Elden hibelerin konusu da taşınır mallardır. Sözelgesi:

1) Hamiline yazılı senetlerin hibesinde kabz fiilen teslim ile tamam olur. Emre veya isme muharrer senetlerin bağışlanmasında da kabz, bağışlanana teslim ve gerekli devir işlemlerinin yapılmasıyla tekemmül eder.

2) Alacakların teberru amacıyla başkasına havale edilmesi ve borç senedinin bağışlanana teslimi ile de hibe işlemi gerçekleşmiş olur.

3) Ticarî ve sınaî mülkiyetler bağışlama konusu olamazlar. Sözelgesi markalar, buluşlar, telif hakları elden hibe konusu olamaz. Ancak bu gibi mülkiyetlerden sağlanan ürünler, meselâ, bir sanatkârın yapmış olduğu bir resim, bir heykel hibe edilebileceği gibi, basılmış bir kitap da yazarı tarafından birine bağışlanabilir¹²⁷.

2- Hibe Taahhüdü:

İslâm hukukçularına göre hibe va'di veya taahhüdü ile bağışlama akdi doğmaz. Sözelgesi, birisi bir şahsa, zimmetinde alacaklı olduğum şu kadar akçeyi sana hibe edeceğim, diye bir va'dde bulunsa, fakat onu fiilen hibe etmese, o kimse bu va'dine binaen hibe ve teslim zorlanamaz; yani teslim borcu ile sorumlu tutulamaz; çünkü böyle bir va'din hiçbir hükmü yoktur¹²⁸.

124 Bak. BK. m. 237/3.

125 S. Olgac, Türk Borçlar Kanunu, c. II, s. 319.

126 Tandoğan, a.g.e., s. 283.

127 el-Bendârî, a.g.e., s. 98, 99.

128 Ali Efendi, Fetâvâ, c. II, s. 143; Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 619.

Başka bir örnek: “Hind, kocası Zeyd’i birkaç defa evine koymayıp bilâhare aralarında uzlaşma olduktan sonra, Zeyd, karısı Hind’e, zimmetinde olan şu kadar akçem, bundan böyle bana aynı şekilde cefâ etmezsen senin olsun, deyip bu şekilde hibe etse sahih olur mu? el-Cevap: Olmaz”¹²⁹.

Gerçi Mecelle’nin 84. maddesinde, “Va’dler suver-i ta’likî iktisâ ile lâzım olur.” denilmektedir. Meselâ, filân adam senin alacağını vermez ise ben veririm, dese bu söz, kefalet akdi hükmünde olur ve alacaklı alacağını isteyip de borçlu vermezse kefilî sıfatıyla bu şahsa başvurabilir¹³⁰.

Ancak İslâm hukukçuları hibede ta’likî şartları geçerli saymadıkları için, hem bir şarta ta’lik edilerek yapılan va’dlerle, hem de genel olarak yapılan mücerret va’dlerle taahhüt edilen hibeyi sahih saymazlar.

Öte yandan, yukarıda geçtiği gibi, İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu, hibenin tamam olması için kabzı şart koştıkları; yani sadece elden ve fiilen teslim edilen hibeyi geçerli saymaktadır. Biraz sonra ele alacağımız gibi, BK. muz, hibe va’dini veya bağışlama taahhüdünü borç doğurucu bir muamele olarak kabul ederken burada mevhubunlehin himayesini amaçlar. İslâm hukuku ise vâhibin korunmasını ve bir teberru çeşidi olan hibenin tamamen gönüllü olarak verilmesini ön plâna alır.

BK. muz, yazılı olarak yapılan hibe taahhüdünün yanında ayrıca herhangi bir gayrimenkulün usûlüne uygun bir surette yapılan satış va’dinin dahi hukukî netice ve sorumluluk doğuracağını kabul eder¹³¹.

Buna mukabil İslâm hukuku, biraz önce işaret ettiğimiz gibi, doktrinde ve uygulamada hibe va’dinin hukukî bir sonuç doğuracağını kabul etmez. Oysa bu tutum kanaatimize göre, biraz sonra açıklayacağımız bir kısım âyet ve hadislerin lafız ve ruhuna uygun düşmemektedir.

Gerçi adalet, kişinin her va’dini yerine getirmesini, verdiği her sözde durmasını gerektirmez. Bir kimsenin nezaketten veya düşünmeden ağzından çıkan her sözden faydalanmak, bazan haksızlık olabilir. Adalet, ancak verilen söz, diğerinde ciddî bir ümit uyandırdıktan son-

129 Yenişehri, Behcetü'l-Fetâvâ, s. 455.

130 Mecelle, mad. 623.

131 Bak. BK. m. 213, 238.

ra, artık önemli bir gerekçe olmaksızın geri dönülmemesini gerektirir¹³².

Bir kısım âyetlerde, soyut olarak, yapılan akit ve taahhütlere uyulması emredilmiştir. Sözgelişi, Maide suresinin ilk âyetinde, “*Ey insanlar, akitlerinize sadık kalın.*” buyurulmuştur. Yine Âl-i İmran suresinin 76. âyetinde, “*Evet, kim sözünü yerine getirir ve kötülükten sakınırsa Allah da o sakınanları sever.*” buyurulmuştur.

Bir kısım âyetlerde de kişinin yeminle pekiştirerek verdiği sözde durması emredilmiştir; çünkü ahdinde durmayan kişi, kendisine güvenerek işini düzenlemiş olan ikinci bir şahsı aldatmış ve zarara sokmuş olacağından kusurludur. Bu itibarla Kur’an’da, “*Allah’ı şahit tutarak (yemin ederek) verdiğiniz sözden dönmeyin; pekiştirdikten sonra yeminlerinizi bozmayın.*”¹³³ ve “*Yeminlerinizi aranızda birbirinizi aldatmak için araç edinmeyin.*”¹³⁴ buyurulmuştur.

Hz. Peygamber de, “*Munafıkın alâmeti üçtür: Konuştuğu zaman yalan söyler, vadettiği zaman döner, kendisine bir şey emanet edildiği zaman hıyanet eder.*”¹³⁵ ve “*Kardeşini aldatma, onunla alay etme ve ona yerine getirmediğin bir va’dde bulunma.*”¹³⁶ buyurmuştur. Ayrıca Hz. Peygamber’e birisi gelip akitler hakkında sorduğunda, “İslâm, ancak akitlere riayeti pekiştirmiştir.” cevabını vermiştir¹³⁷.

İşte bu gibi âyet ve hadîslere dayanarak diyebiliriz ki İslâm hukukunda da hibe va’di, hukukî bir hüküm ve sonuç doğurmalıdır; yani hibe taahhüdünde bulunan kimse teslim borcu ile sorumlu olmalıdır. Bu açıdan BK. muzun 238. maddesi, bize göre, Kur’an ve İslâm hukukunun özüne daha uygun düşmektedir¹³⁸.

Klasik Roma hukukunda bağışlama va’di, özel bir akit olarak kabul edilmemişti. Bu nedenle geçerli olması için bir “stipulatio” şeklinde yapılması ve belli bir oranı aşmaması gerekirdi. Fakat bu esas, *Iustinianus* hukukunda değiştirilmiş ve her ne suretle yapılmış olursa olsun bağışlama va’di geçerli sayılmıştır. 530 tarihli bir emirnameye belirtildiğine göre, şekilsiz bir “pactum” yoluyla yapılan bağışlama va’dinin de tarafları borç altına sokacağı ve bu borcun icabında bir dâvâ ile takip edileceği benimsenmiştir¹³⁹.

132 M. Reşit Belgesay, Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk, s. 166.

133 Nahl Sûresi, 91.

134 Nahl Sûresi, 94.

135 Buhari, Kitabu’l-Edeb; 69.

136 Tirmizî, Kitabu’l-Birr; 58.

137 İbn Habîb, el-Muhabber, s. 329, 340.

138 Karş. s. 35, 36.

139 T. Rado, Roma Hukuku Dersleri, s. 167, 168; Di Marzo, Roma Hukuku, s. 486.

Nitekim bugünkü hukukumuzda da bağışlama va'dleri yazılı şekle bağlanmıştır (BK. m. 238). Ancak tarafların gerçek iradesi bağışlama taahhüdü olduğu halde satım akdi süsü verseler, burada, gizli kalmış olan bağışlama taahhüdü mü yoksa dış görünüşte mevcut olan satım akdi mi geçerli sayılacaktır?

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre bu akit her iki yönden de bătıldır; çünkü gayrimenkuller için söz konusu olan bağışlama taahhüdünün var olabilmesi için "causa donandi" nin resmî senette açıkça belirtilmiş olması şarttır. Satım akdi de bătıldır; çünkü bu da, tarafların iradesine aykırıdır¹⁴⁰.

Temyiz Mahkememiz ise 7.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında, memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri birleşmediği için zâhirî akdin muvazaa ve gizli akdin de şekle aykırı olması nedeniyle bătıl olacağı görüşünü benimsemiştir. Ayrıca Yargıtay 1.4.1974 tarih ve E. 1 /K. 2 sayılı daha yeni bir içtihadı birleştirme kararında da, "Bir kimsenin mirascısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapu siciline kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda saklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen bütün mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin BK. nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil şartından yoksun bulunduğunu ileri sürerek dâvâ açabileceklerine..." karar vermiştir¹⁴¹.

Fransız mahkeme içtihatları ise, tamamen İsviçre görüşünün aksi bir yolu benimsemiştir. Buna göre ıvazlı bir akit perdesi altında gizlenmiş olan bağışlamaların geçerli olabilmesi için zahirî akdin tâbî olduğu şekli haiz bulunması yeterlidir¹⁴².

Yeni Mısır Medenî kanunu da, resmî senede bağlı ve satış va'dinin gerekli kıldığı unsurları haiz olmak şartıyla hibe va'dini muteber saydığı gibi,¹⁴³ akit ve hibe için gerekli görülen şartlar mevcut olduğu takdirde, "gizli hibe" yi de geçerli saymıştır¹⁴⁴.

140 Feyzioğlu, a.g.e., s. 160, 161; Tongsir, a.g.e., s. 76, 77.

141 R.B. Erciyes, Sözlüklü-İçtihatlı Türk Kanunu Medenîsi ve Borçlar Kanunu, s. 130.

142 Tongsir, a.g.e., s. 77.

143 Bak. Mısır MK. m. 101/2, 490.

144 Bak. Mısır MK. m. 488/1

Mısır MK. nun 490. maddesinde “hibe va’di ancak resmî senetle akit mahiyeti kazanır” denilmektedir. Bu madde aynı kanunun 101. maddesindeki genel kuralın bir uygulamasından ibaret olup buna göre hibe va’deinde bulunan kimsenin teberru ehliyetine sahip olması ve akitle ilgili esasların tam olarak resmî senette belirtilmesi gibi şartlara uyulması gerekir¹⁴⁵.

3- *Müşâ’ (şâyi’ hisseli şey) in hibesi:*

İslâm hukukçuları müşâ’ (şüyulu, hisseli) olan malları ikiye ayırırlar: a) Bir göz hamam, bir baş hayvan, bir kılıç veya bir tek inci gibi bölünmesi kabil olmayan şüyulu mallar. b) Ev, bahçe, tarla veya ölçülüp tartılabilen şeyler gibi hisseli ve bölünmesi mümkün olan mallar.

Bölünmesi kabil olmayan şüyulu mallardaki hisselerden bazılarının, oranları belli olmak şartıyla, hibe edilmesi ittifakla caizdir¹⁴⁶. Ancak taksim edilmesi mümkün olan şüyulu mallara giren hisselerden bazılarını hibe etmek konusunda İslâm hukukçuları anlaşamamışlardır.

1) Hanefilere göre taksimi mümkün olan müşâ’ın hibe edilmesi caiz değildir; çünkü hibede tam teslim şarttır. Müşâ’ın her hangi bir hissesini bağışlayan kimse, onu mevhubunlehe tamamen teslim edemez. Ancak hibe ettiği hisseyi ifraz etmek suretiyle mevhubunlehe tam olarak teslim ederse câiz olur¹⁴⁷. Nitekim Mecelle’nin 55. maddesinde, “İbtidâen tecviz olunmayan şey bakaen tecviz olunabilir. Mese-lâ, hisse-i şayiyayı hibe etmek sahih değildir; amma bir mal-i mevhubun hisse-i şayiasına bir müstahik çıkıp da zaptetse, hibe batıl olmayıp hisse-i bâkiye mevhubunlehin malı olur.” denilmiştir. Sözgelisi, bir kimse bir arsayı müstakillen kendi malı olmak üzere birisine tamamen hibe ve teslim ettikten sonra, diğer bir şahıs çıkıp bağışlanan bu arsanın yarı hissesine sahip olduğunu iddia ve bunu isbat ederek zaptetse hibe batıl olmaz. Geri kalan yarı hisse bağışlananın olur¹⁴⁸. Başka bir örnek de şudur: Bir kimse bölünmesi mümkün olan bir malının yarısını birine hibe etse sahih olmaz; ama kalan yarısını da aynı şahsa hibe ettiği takdirde sahih olur; çünkü şüyulu hissenin hibe edilmemesinin gerekçesi kâmil kabzın mümkün olmamasıydı. Öteki yarısı da hibe edilince teslim ve tesellüm işi tam olarak yapılabileceğinden artık hibenin sıhhatine bir engel kalmamıştır¹⁴⁹.

145 el-Bendâri, a.g.e., s. 37. vd.

146 Ali Haydar, a.g.e., c. I, s. 124; el-Bendâri, a.g.e., s. 77.

147 Merginânî, el-Hidâye, c. III, s. 155; Serrahsi, el-Mebcut, c. II, 64, 65.

148 Kuyucaklızâde, Mecelle Kavaid-i Külliye Şerhi, s. 63; el-Bendâri, a.g.e., s. 77, 78; M.K. Paşa, el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye, mad. 505, 506.

149 S.Ş. Ansay Hukuk, Tarihinde İslâm Hukuku, s. 175.

2) Iraklı fakihlerden Kadı İbn Ebî Leylâ'ya göre müşa'nın ortaklardan birisine hibesi sahihtir; ancak üçüncü bir şahsa yapılan böyle bir hibe sahih değildir¹⁵⁰.

3) Malikîler, Şafiîler, Hanbelîler, Caferîler ve Zeydîlere göre müşa'nın hibesi mutlak olarak câizdir; çünkü şâyi' bir hissenin kabzı ile de mülkiyet tam olarak intikal edebilir¹⁵¹.

Fikrimizce Mecelle'ye mesnet teşkil etmiş olan Hanefî mezhebinin görüşü mülkiyetin serbestçe transferi prensibiyle bağdaşmadığı gibi, hibe alanını da daraltıcı niteliktedir. İkinci görüş de konuya pratik açıdan fazla bir genişlik getirmemektedir. Üçüncü görüş ise hibeyi hisse-i şâyi'ada mutlak olarak kabul ettiği için muamelâtta sahayı genişletmiş olup kolaylık sağlayarak daha tatmin edici bir mahiyet arzettiğinden biz de bu görüşe katılıyoruz. Ayrıca bu üçüncü görüş, görüleceği gibi, modern hukukumuzdaki müşterek mülkiyette biraz sonra görüleceği gibi, modern hukukumuzdaki müşterek mülkiyette hisselerin temlik edileceğine dair hükümlerle de bağdaşmaktadır.

Bu konuda, bölünmesi kaabil olan şuyu'lu mallarda hibenin sahih olmayacağını savunan Hanefîlere karşı İbn Hazm ez-Zâhirî çok sert bir dil kullanır ve "Onlara göre müşa'nın tam olarak kabzı mümkün değilmiş. Peki, neden müşa'da vasiyet ve icareyi ortak için caiz görüyorlar da rehin ve hibede ortak için bunu caiz görmüyorlar? Sonra kaabil-i taksim olmayan müşa'da hibeyi caiz görüp bölünmesi mümkün olan şuyulu malda niçin caiz görmüyorlar? Bundan daha büyük bir saçmalık olur mu?"¹⁵² der. Daha sonra İbn Hazm, görüşünü isbat için bir kısım hadîs ve rivayetler ileri sürer. Ayrıca, o, Allah'ın insanları yardım ve iyilik yapmaya teşvik ettiğini, hibenin de bir hayır işi olduğunu, dolayısıyla mutlak olarak müşa'da hibenin geçerliliğini savunur¹⁵³.

İbn Hazm'in bizce de kabule lâyık olan bu tenkitlerine hak vermek gerekir; çünkü doğruluğunda hiç şüphe bulunmayan bir hadîste Hz. Peygamber'in, "Kolaylaştırınız, güçleştirmeyiniz..." buyurduğu bilinmektedir¹⁵⁴.

BK. muzun 19. maddesinde ifade edildiği gibi, akdin konusu kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Ayrıca MK. m. 2, 623 ve 625. maddeleri uyarınca "müşterek mülkiyetlerde

150 Şafiî, el-Umm, c. III, s. 284; el-Bendâri, a.g.e., s. 78.

151 Serahsî, el-Mebcut, c. XII, s. 64, 65 vd.; Şafiî, el-Umm, c. III, s. 284; el-Bendâri, a.g.e., s. 77; el-Hillî, Şerâi'u'l-İslâm, c. II, s. 230; Fyzee, Outlines, s. 206.

152 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 150.

153 Fyzee, a.g.e., s. 206.

154 Buharî, İlm: 11, Cihad: 164; Müslim, Cihad: 5.

hissedarlardan her biri, kanun ve sözleşmelerle konulmuş olan kurallar çerçevesinde, kendi şâyi' hissesini başkasına hibe, temlik ve ipotek edebilir.

Mısır MK. nun 825 ve 826. maddelerinde açıkça belirtildiğine göre, müşterek mülkiyetlerde şâyi' hisse sahipleri, ortaklarına zarar vermemek şartıyla, kendi hisselerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabilirler ve dolayısıyla şuyu'lu bir malda hibe muamelesi kanunen geçerli sayılır¹⁵⁵.

4- Şartlı ve mükellefiyetli hibe:

Hibede asıl olan şartsızlık ve mükellefiyetsizliktir. Dolayısıyla ihtilâf halinde beyyine külfeti, şart veya mükellefiyet iddiasında bulunan tarafa düşer¹⁵⁶.

İslâm hukuk ekolleri, bu tür hibe konusunda değişik görüşler ve izah tarzları ileri sürmüşlerdir.

Hanefilere göre ıvazlı hibe¹⁵⁷, başlangıç itibariyle hibe ise de sonuç itibariyle satımdan ibarettir; dolayısıyla caizdir. Hatta İmam Züfer'e göre bu tür hibe tamamıyla satım (bey') hükmündedir¹⁵⁸.

Burada hemen kaydedelim ki ıvazlı hibeyi, şartlı veya mükellefiyetli hibe olarak anlamak gerekir; çünkü mükellefiyet ve şart kendisine hibe yapılan şahsa bir borç yüklerse de her borç ıvaz değildir. İvaz olabilmesi için kendisine hibe yapılan şahsın mamelekinin eksilmesi lâzımdır. Gerçi İslâm hukukçuları ıvaz, tâbirini, şart ve mükellefiyetle karıştırdıkları gibi, geniş anlamıyla ıvazlı hibenin câiz olduğunu da kabul ederler. Bize göre, aslında ıvazlı hibe karşılıklı iki hibeden ibarettir. Nitekim biraz ileride geleceği gibi Dakka Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir.

Malikîlerle Şafiîlere göre de ıvazlı hibe satım hükmünde olup belirli şartlar muvacehesinde taraflar için muhayyerlik hakkı bile doğurur¹⁵⁹.

İvaz şart koşulan hibe hakkında Abdullah b. Abbâs'dan şöyle rivayet edilmiştir: "Hz. Peygamber'e birisi bir deve hibe etmiş; O da

155 el-Bendâri, a.g.e., s. 74, 75.

156 Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, c. I, s. 38, 39; Tongsir, a.g.e., s. 119.

157 Malikîler, bu tür hibeye, "Hibe bi's-Sevâb" derler. Buradaki "sevâb" sözcüğü karşılık anlamına gelmektedir.

158 Serahsî, el-Mebcut, c. XII, s. 79; el-Mudevvene, c. XV, s. 79.

159 Selâhuddin en-Nâhi, en-Nazariyyatu'l-Amme fi'l-Kanun el-Muvazen, s. 104; İmâm Malik, el-Muvatta', c. II, s. 128; el-Mudevvene c. XV, s. 79.

karşılığında bir ödemede bulunduktan sonra o şahsa, razı oldun mu? diye sormuş; o şahıs, hayır, deyince; Hz. Peygamber, onu razı edinceye kadar mukabil ıvazı arttırmıştır¹⁶⁰.

H. Ömer de "Yaptığı hibenin karşılığında bir ıvaz bekleyen kimseye, ya bağışladığı şey geri verilmelidir, ya da mukabil bir ıvaz ödenmelidir." demiştir¹⁶¹.

Mecelle'nin 855. maddesinde, "İvaz şartı ile hibe sahih ve şart muteberdir." denildikten sonra, şöyle bir örnek zikredilmektedir: Bir kimse ölünceye kadar kendisini beslemek şartıyla mülkü olan bir akarı birine hibe ve teslim etse, mevhubunlele vâhibi beslemeye razı iken vâhib nâdim olup hibesinden rucu ile o akarı geri alamaz.

Hibe için verilmesi şart koşulan ıvaz muayyen ve malum olabileceği gibi, gayri muayyen veya gayri malum da olabilir. Ancak şart koşulan ıvaz, muayyen ve malum olmadığı takdirde hibe sahih ve şart fâsîd olur¹⁶².

Şafiîlere göre şart koşulan ıvaz malum ise akit sahih ve bey' (satım) hükmünde olur; ıvaz meçhul ise akit bâtıl olur¹⁶³.

Şafiîlerin bu hükmüne ancak burada ıvaz tâbir edilen karşılık nakit olduğu takdirde katılabiliriz; aksi halde bu akdi tırampa akdine benzetmek fikri de doğar. Fakat bizce böyle bir karşılıkla yapılmış muamelede, biraz önce söylediğimiz gibi, iki ayrı hibeden bahsetmek daha doğru olur.

Hanefî ve Malikîlerin câiz gördükleri ıvaz şartıyla yapılan hibe hakkında Zahirîler, olumsuz ve katı bir tavır takınırlar. Bu konuda İbn Hazm şöyle der: "İvaz şart koşulan hibe, aslâ câiz değildir; aksine bâtıldır, merduttur; çünkü böyle bir şart, Allah'ın Kitabında yoktur. Kur'an'da, *"İyiliği, daha çok bir şey bekleyerek yapma."* (Muddessir, 6) buyurulmuştur ki bu âyet, bir iyilikten ibaret olan hibede ıvaz şart koşmayı da men eder..."¹⁶⁴

Bize göre, Kur'an-ı Kerim'de şartlı ve mükellefiyetli hibe zımnî olarak dahi reddedilmiş değildir. Dolayısıyla bu ekolün görüşüne katılamıyoruz. Kaldı ki, İbn Hazm'in kendi görüşünü isbat için ileri

160 Ahmed b. Hanbel, el-Musned, c. I, s. 295; Abdurrazzak b. Hemmâm, el-Musannef, c. IX, s. 105.

161 Abdurrazzak b. Hemmâm, el-Musannef, c. IX, s. 105.

162 Ö.N. Bilmen, Hukuk-ı İslâmîye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. IV, s. 111.

163 Şafiî, el-Umm, c. VII, s. 105; Nevevî, Minhâcu't-Tâlibin, s. 72.

164 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 118.

sürdüğü bu âyeti kerime, hibe yaparken ıvaz veya mükellefiyet şart koşmayı değil, birine iyilikte bulunup sonra onun başına kakmayı, yani yapılan iyiliği büyüterek iyilikte bulunulan kimseyi mahcup etmeyi yasaklamaktadır.

Hibede ıvaz, şart koşulmadan da verilebilir ve buna “hibe bi'l-ıvaz” denilir. Baştan ıvaz şart koşulursa ona da “hibe bi-şartı'l-ıvaz” adı verilir. *Hibe bi'l-ıvaz* ile *hibe bi-şartı'l-ıvaz* arasında bazı farklar vardır.

Hibe bi'l-ıvaz'da, hibe gönüllü olarak yapıldığı gibi, ıvaz da istenilmeden gönüllü olarak verilmektedir. Hibe bi-şartı'l-ıvaz'da ise, hibe, şart koşulan ıvaza bağlı olarak yapılmaktadır. Başlangıç itibariyle bu iki tür hibe arasındaki farklardan birincisi, hibe bi'l-ıvaz'da ıvazın verilmesi sonradan düşünülmektedir; oysa hibe bi-şartı'l-ıvaz'da her ikisi de aynı anda düşünülp teslim edilmektedir. Bu hibeler arasındaki ikinci fark ise hibe bi-şartı'l-ıvaz'da verilecek karşılık taraflarca önceden göz önüne alınmaktadır¹⁶⁵.

Öte yandan hibe bi'l-ıvaz, başlangıç ve tamamlanış bakımından hibe karakterini taşıdığı halde, hibe bi-şartı'l-ıvaz satım niteliğinde görünmektedir. Bu itibarla İslam hukukunda satım için söz konusu olan şuf'a hakkı¹⁶⁶ ile kusurdan dolayı iade etme hakkı ve görme-ye bağlı muhayyerlik hakkı bu akitte de söz konusu edilebilir¹⁶⁷.

Aslında hibe bi'l-ıvaz, ayrı ayrı iki hibedir; bağışlayan ve bağışlanandan her biri hem vâhip hem de mevhubunlehdır. Bir kısım mahkeme kararlarına göre Hindistan'daki uygulama da bu yöndedir; fakat hukukçulardan bunu gerçekte satım olarak kabul edenler de vardır¹⁶⁸.

Hibe bi'l-ıvaz ve hibe bi-şartı'l-ıvaz konusunda Dakka Mahkemesi'nin görüşleri de, kısaca şöyledir:

a) Hibe bi'l-ıvaz iki akitle yapılmalıdır. Yani hibe tekemmül ettikten sonra ikinci bir akitle ıvaz tesbit edilmelidir. İki akit arasında bir zaman farkı olabilir; ancak bu, kısa bir süre olmalıdır. İşte bu tür hibe, Roma'nın *donatio sub modo*'sundan, hukukî görünüş itibariyle

¹⁶⁵ Fyze, Outlines, s. 229.

¹⁶⁶ İbn Ebî Leylâ, bir akarın hibesinde, ıvazsız bile olsa şuf'a hakkı doğacağını söyler. Ona göre vasiyet edilen bir taşınmaz mal üzerinde dahi şuf'a hakkı söz konusu edilebilir (Bak. el-Mebcut, c. XIV, s. 140, 141.).

¹⁶⁷ Ö.N.Bilmen, a.g.e., c. IV, s. 111; Mulla, Principles, 126.

¹⁶⁸ Fyze, a.g.e., s. 227, 228.

farklı olup ıvaz birinci akitte belirtilmişse, artık hibe bi'l-ıvaz olmaz; satım akdi olur ve ona hibe hükümleri değil, bey' (satım) hükümleri uygulanır¹⁶⁹.

b) Hibe bi-şartlı'l-ıvaz iki akitten meydana gelir. Önce vâhip, mevhubunlehe yararlanması için bir malı verme arzusunu beyan eder. O da bunu kabz edip kendisinin de vâhibe bir şey vereceğini söyler. Bu tür hibenin geçerli olabilmesi için hibe bi'l-ıvaz'ın geçerli olmasında aranan şartlar aynıdır¹⁷⁰.

Mükellefiyet (modus) şartıyla yapılan hibe, Roma hukukunda da mevcuttur. Modus, bağışlarda ve ölüme bağlı tasarruflarda, faydalanan kimseye yüklenen bir mükellefiyet olup menfaatin elde edilmesi bu külfetin yerine getirilmesine bağlı değildir. Yani Romalı hukukçular modusu, şarttan açıkça ayırırlardı; çünkü hibede bulunanlar, menfaatin teminini bu külfetin ifasına bağlamazlardı. Bu anlayışın bir sonucu olarak önceleri vâhip, mevhubunlehi bir *stipulation* ile modusu ifaya zorlamamışsa, mevhubunlehi hukukî bir mükellefiyet altına girmezdi. Fakat zamanla, itimadı ortadan kaldırarak, mükellefiyeti yerine getirmeyen mevhubunlehi, aldığı hibeyi başka birine devretmesi için, bağışta bulunanın ve mirasçılarının takip edebilecekleri kabul edilmiştir. *Iustinianus* hukukunda ise, vâhip, modusun ifasını istemek için *actio praescriptis verbis*'e, yani hibede bulunan mevhubunlehin de mukabil ıvazı ifa etmesini dâvâ etme hakkına sahip olmuştur¹⁷¹.

Çağdaş Mısır MK. nun 486. maddesinde hibenin esasen akde bağlı ıvazsız bir tasarruf olduğu belirtildikten sonra aynı maddenin 2. fıkrasında, bağışlayanın teberru niyetinden uzaklaşmamak şartıyla, bağışlanandan belli bir yükümlülük istemesinin câiz olduğunu da ifade etmiştir¹⁷².

Mısır MK. m. 497'de vâhip yararına veya bir yabancı, ya da kamu yararına kararlaştırılan ıvazı bağışlananın yerine getirmekle sorumlu olduğu belirtildikten sonra, 498. maddede, "Eğer bağışlanan şeyin değerinin şart koşulan ıvazdan az olduğu anlaşılırsa, bağışlanan bağışlananın değeri kadar ıvaz ödemekle sorumlu olur" denilmiştir. Biraz ileride görüleceği gibi, BK. muz da aynı hükümleri koymuştur ki, doğrusu da budur.

¹⁶⁹ Karş. s. 56.

¹⁷⁰ E. Cerulli, "Questions Actuelles de Droit Musulman au Pakistan...", *Studia Islamica*, sayı: XXIX, 1969, s. 112, 113 (The All-Pakistan Legal decision, 1964, Dacca, s. 451'den).

¹⁷¹ Di Marzo, *Roma Hukuku*, s. 492, 493.

¹⁷² el-Kanun el-Medenî, *Mecmuatü'l-A'mâl et-Tahdiriyye*, c. IV, s. 243.

BK. muz, hibeyi tarif ederken, bağışlamanın mukabil bir ıvaz taahhüt edilmeksizin yapılması lâzım geldiğini söyler¹⁷³. Bundan bağışlamanın hiç bir yükümlülükle takyit edilemeyeceği gibi bir anlam çıkmaz; çünkü bağışlamanın sırf ıvazsız olması gerekmez. Bağışlamaya karşı muadil bir ıvaz taahhüt edilmemesi gerekir ise de, bağışlama tamamiyle ıvazsız olabileceği gibi, bir mükellefiyetle de takyit edilebilir¹⁷⁴.

BK. muzun me hazını teşkil eden İsviçre metninde “Mukabilinde muadil bir ıvaz olmaksızın” (sans contre – prestation correspondante) denilmek suretiyle bağışlamanın değerinden aşağı bir mükellefiyet yüklenmesine cevaz verildiği, bağışlamanın tarifinde de belirtilmiştir. Oysa bizdeki tarifte bu husus açıkça belirtilmemiş ise de mükellefiyetle ilgili olan BK. 240/1. maddede bu husus ifade edilmiştir. Ancak bizdeki tarifte me hazda bulunan “muadil” (correspondante) kelimesi dikkate alınmamıştır. Öyle anlaşıyor ki me haz metin dilimize çevrilirken bu nokta ihmal edilmiştir¹⁷⁵.

Fakat hibedeki mükellefiyetle, meselâ, satımdaki mukabil edâ (ıvaz) arasında şöyle bir fark vardır: Satımda mukabil edânın teminatı, borçlunun bütün mameleki olduğu halde bağışlamada mükellefiyet, bağışlanılan şeyin kıymetine inhisar eder; borçlu öteki mallarıyla sorumlu tutulmaz¹⁷⁶.

Bağışlanan kimseye bir mükellefiyet yüklenmiş olan bağışlamada, bu mükellefiyetin yerine getirilmesini bağışlayan şahıs veya onun ölümünde mirasçılar isteyebilir. Mükellefiyet kamu yararı için konulmuş olsa bile hüküm aynıdır. Ancak kamu yararı için konulmuş olan mükellefiyetin yerine getirilmesini bağışlayanın ölümünden sonra yetkili merci de isteyebilir¹⁷⁷.

Bağışlanan kimse, kendi borçlarını tam olarak yerine getirmediğçe öteki tarafın mükellefiyetini yerine getirmesini isteyemez¹⁷⁸.

BK. muz, bağışlanılan şeyin kıymeti masrafını korumaz ve masraf fazlası kendisine ödenmezse, bağışlananın mükellefiyeti yerine getirmekten kaçınmaya hakkı olduğunu beyan etmiştir¹⁷⁹.

173 Bak. BK. m. 244/1.

174 Bak. BK. m. 240/1.

175 Tongsir, Bağışlama, s. 15.

176 E. Arsebük, “Hususî Akit Tipleri”, A.Ü.H.F. Dergisi, c. V, Sa. 1-4, s. 152, 153.

177 Bak. MK. 241/1, 2.

178 N. Bilge, a.g.e., s. 130.

179 Bak. BK. m. 241/3.

Bağışlanan mükellefiyeti yerine getirdikten sonra yaptığı masraf fazla bile olsa, bunun kendisine ödenmesini ne bağışlayandan, ne de mükellefiyetten yararlananlardan isteyebilir¹⁸⁰.

Şart veya mükellefiyet kanun, ahlâk ve âdâba aykırı olduğu takdirde hibe muteber olduğu halde şart veya mükellefiyet bâtıldır¹⁸¹.

Bağışlamadaki şartın yerine getirilmesiyle ilgili bir Yargıtay kararına ait ilgi çekici bir özetini aynen buraya almayı uygun görüyoruz:

“Tapulu taşınmazın parselasyonu yapıldığında, imar plânına aydurlmak için dâvâ konusu kısım bedelsiz olarak yola terkedildiğine, imar plânında yapılan değişiklik nedeniyle yol olmaktan çıkarıldığı ve kadastroca dâvâlı Belediye adına arsa olarak tahdit edildiğine göre taşınmazı terke zorlayan neden ortadan kalkmış, bağışlama niteliğinde bulunan hukukî işlemin sebebinde var olan bağışlama şartı gerçekleşmemiştir. Şu halde dâvâlı Belediye bedelsiz olarak aldığı taşınmazı genâ bedelsiz olarak geri vermekle yükümlüdür¹⁸².

5- *Rucu şartıyla hibe:*

İslâm hukukunda rucu, yani bağışlanan şeyin belirli şartlar altında tekrar bağışlayana avdet etmesi şartıyla yapılan hibe konusu, oldukça karışık ve tartışmalıdır. Bu tür hibeler “umrâ”, “rukbâ” ve “süknâ” diye özel terimlerle ifade edilmektedir. Bir de üçüncü şahsa rucu şartıyla yapılan hibelerle tenfizi vâhibin ölümüne izafe edilen hibeler vardır. Bunları burada ayrı ayrı ele almak istiyoruz.

a) *Umrâ:*

Bir şahsın başkasına, bu evimi veya şu malımı ömrün boyunca sana bağışladım veya yaşadığım sürece onlar senin olsun, tarzında bir ifade kullanarak yapmış olduğu hibedir. Bu demektir ki bağışlanan ölünce bağışlanan ev veya mal tekrar sahibine avdet edecektir. Fakat Hz. Peygamberin umrâ şeklinde yapılan hibeyi sürekli olarak yapılmış bir hibe kabul ettiği, bağışlanan ölünce onun ilk sahibine değil, bağışlananın mirasçılara intikal etmesi gerektiğini bildirdiği Câbir b. Abdillâh'den rivayet edilmektedir¹⁸³.

İslâm hukukçuları bu konudaki hadîsleri değerlendirirken ihtilâfa düşmüşlerdir.

180 H. Tandoğan, a.g.e., c. I, s. 286.

181 BK. m. 241/3.

182 Yarg. Kararları Dergisi, c. I, (1975), sayı: 2, s. 94.

183 Buhârî, Hibe: 32; Müslim; Hibât: 23, 26; Nesaî, Umrâ: 1, 2; Muvatta', c. II, s. 127; el-Umm, c. VII, s. 201.

Hanefîlere, Zahirîlere, Şafiîlere ve Hanbelîlere göre umrâ câizdir; fakat bağışlanan ölünce tekrar sahibine rucu etmesi şartı bâtıldır. Yani umrâ olarak bağışlanan şey bağışlananın ölümü halinde mirasçılara kalır; bağışlayana veya mirasçılara avdet etmez¹⁸⁴.

Umrâ konusunda, özellikle Hanefî fıkıhı biraz karışıktır. Görüldüğü gibi, prensip olarak Hanefîlerce umrâ, şartlı bir hibe olarak kabul edilir; ancak burada hibe sahih, şart bâtil olur; çünkü biraz önce değindiğimiz hadis'e dayanan bu görüş, hibeyi temlikî bir muamele olarak kabul eder. Burada ise temlik ya vardır, ya yoktur. Muvakkat olarak temlik câiz değildir; zira kişi temlikî muamele ile bir taşınır veya taşınmaz malın mülkiyetine sahip olur. Bu tibarla muayyen bir vakitle takyit edilen temlik ve dolayısıyla hibe câiz görülemez. Fakat bu, bağışlayanın iradesine veya amacına aykırıdır. Son zamanlarda Tyabji'nin kuvvetli müdafaası sonucunda Hindistan'da *Şurâ Meclisi* (Privy Council), Hanefî ve İsnâ-âşerî mezheplerinin dâvâlarını bağışlayanın iradesine uygun olarak birlikte karara bağlamıştır¹⁸⁵.

İsnâ-âşerî (Ca'ferî) lere göre *umrâ*, *rukba* ve *suknâ*'da konulan şarta tamamiyle riayet edilmesi gerekir. Eğer bu gibi bağışlar, lehine bağış yapılan şahsın hayatıyla mukayyetse, o şahıs ölünce gayrimenkul sahibine avdet eder; onun neslinin yaşadığı müddetle takyit edilmişse, nesli tükenince sahibine veya mirasçılara intikal eder¹⁸⁶. Ancak *suknâ* hakkını veren, kendi yaşadığı sürece bağışlananın oturmasını şart koşar ve ondan önce ölürse evin kıymeti âdil olarak tesbit edilir; eğer ölenin malının üçte biri evin değerini geçerse mirasçılar onu evden çıkaramazlar; evin değerini geçmezse evden çıkarabilirler¹⁸⁷.

Fatimî-İsmailî fıkıhı bu konuda daha basit bir yol tutmuştur. Kadî en-Nu'man'ın "Kitabu'l-Yenbû"unda üç türlü ömür boyu hibeden söz edilir. Her üçü de câiz görülen bu hibeler şöyle tanımlanır:

1) *Umrâ*: Bu, bir kimsenin diğer kimseye bir evde ölünceye kadar oturması için müsaade etmesi ve o kimse ölünce mülkiyetin geri kendisine veya mirasçılara avdet etmesi şeklinde olur.

2) *Suknâ*: Bu, bir şahsın başka bir şahsa belli bir süre ile evinde oturması için müsaade etmesi ve o süre bitince evin mülkiyetinin geri vâhibe avdet etmesi tarzında yapılır.

¹⁸⁴ Merginânî, el-Hidâye, c. III, s. 168; el-Umm, c. VII, s. 201; el-Muğnî, c. VI, s. 302, 308; el-Muhallâ, c. IX, s. 164; Minhacut-Tâlibin, s. 71.

¹⁸⁵ Fyzee, Outlines, s. 210.

¹⁸⁶ Ebu Ca'fer, es-Saduk el-Kummî, Fakihu Men lâ-Yahdurûhu'l-Fakih, c. IV, s. 185 vd.; Ebu Ca'fer et-Tusî, el-İstibsâr, c. IV, s. 103 vd.

¹⁸⁷ el-Kummî, a.g.e., c. IV, s. 186; et-Tusî, a.g.e., c. IV, s. 105.

3) *Rukbâ*: Bu da, mâlikin, evinde oturması veya bir arazinin ürününden yararlanması için iki kişiye (birisi kendisi olabilir) hak tanınması şeklinde olur. Bu iki kişiden hangisi önce ölürse ev veya araziden yararlanma hakkı ötekisine, yani yaşayana kalır. Lehine rukbâ yapılan kimse ölünce mülkiyet, mal sahibine veya mirasçılara geçer¹⁸⁸.

Bugünkü hukuk mantığımızla düşünecek olursak Fatimî ekolünün süknâ ile ilgili olan bu fikirleri benimsenemez; çünkü intifâ ve süknâ hakları, temlik edilemeyecekleri için hibe konusu olamazlar; ancak bu gibi haklar teberru konusu olabilirler¹⁸⁹.

Kadı en-Nu'man "Kitabu'l-İktisâr"ında da, "Umrâ ve rukbâ aynıdır. Bir kimse umrâ veya süknâ olarak birine bir şey verse, yaşadığı sürece bu onundur. Mevhubunlehin mirasçılara geçmesini şart koşarsa onlara intikal eder; böyle bir şart koşmazsa umrâ yapan ölünce mal onun ailesine kalır."¹⁹⁰ demiştir.

Malikîlere, İmam Şafii'nin eski bir görüşüne ve Ahmed b. Hanbel'in iki ichtihadından birine göre umrâ ve rucu şartı sahihtir¹⁹¹. Malikîlere göre umrâ'da bağışlayan, lehine umrâ yaptığı kimseye, "Bu sana ve senin nesline ömür boyu bir bağıştır" demişse bağışlananın soyu tükenince umrâ yapılan mal sahibine avdet eder; fakat "Bu sana ömür boyu bir bağıştır" demişse bağışlananın ölümünden sonra bağışlayana avdet eder¹⁹².

İmam Malik, Câbir b. Abdillâh'den Hz. Peygamber'in, "*Bir kimse umrâ yaparsa bu, lehine umrâ yapılan şahıs ve nesline aittir; asla verene rucu etmez; çünkü o, artık mirasa taalluk etmiştir*".¹⁹³ hadîsini naklettikten sonra; Yahyâ b. Saîd ve Abdurrahman b. Kasım yoluyla Mekhul ed-Dimaşkî'nin Kasım b. Muhammed'e umrâ hakkında insanların ne düşündüklerini sorduğunu, Kasım b. Muhammed'in de, "Benim yetiştiğim insanlar, mallarında ve verdikleri şeylerde ileri sürdükleri şartlara bağlı idiler." dediğini rivayet etmiştir¹⁹⁴. İmam Malik, "Medîne'deki duruma göre de umrâ, bağışlayana rucu eder; ancak bağışlayan, bu sana ve senin nesline umrâ'dır demişse o başka." derdi¹⁹⁵.

188 Fyze, "Aspects of Fatimid Law", *Studia Islamica*, XXXI (1970), s. 88, 89.

189 Karş. s. 68, 69.

190 Kadı en-Nu'man, *Kitabu'l-İktisâr*, s. 129.

191 Sidi Ahmed ed-Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, c. IV, s. 108; İbn Kudâme, *el-Mugni*, c. VI, s. 307, 308.

192 İbn Kudâme, a.g.e., c. VI, s. 304.

193 İmam Malik, *el-Muvatta'*, c. II, s. 127-128.

194 İmam Malik, a.g.e., c. II, s. 128.

195 İmam Malik, a.g.e., c. II, s. 128.

Biraz önce geçtiği gibi, Ca'ferîlere göre de umrâ'da ileri sürülen şarta riayet etmek gerekir¹⁹⁶. İmam Malik gibi Leys b. Sa'd de, umrâ'nın lehine umrâ yapılan şahsın ölümünden sonra, konulmuş olan şart uyarınca umrâ yapana avdet edeceğini, Kasım b. Muhammed'in görüşüne dayanarak ileri sürerdi¹⁹⁷.

Burada görülüyor ki Malikîler, Hz. Peygamber'in umrâ hakkındaki sözlerini mutlak olarak değil, "Sana ve senin nesline aittir" kaydıyla yorumluyorlar ve böyle bir kayıt bulunmadığı, ya da lehine umrâ yapılan kimse öldüğü veya nesli tükendiği takdirde, umrâ'nın sahibine avdet edeceğini söylüyorlar. Nitekim Câbir'den rivayet edilen başka bir hadîs'te, "*Hz. Peygamber'in câiz gördüğü umrâ, sana ve senin nesline aittir*" denilmek suretiyle yapılan umrâ'dır. Eğer bağışlayan, yaşadığın müddetçe bu sana aittir, demişse onun ölümü halinde umrâ sahibine avdet eder."¹⁹⁸ denilmiştir.

Malikîlerin bu görüşleri, bugünkü hukuk anlayışına daha yakındır; zira bu, bağışlayanın irâdesine ve iyilikte bulunma (teberru) niyetine uygundur.

b) *Rukbâ*:

Bir şahsın, "Şu evimi veya bu malımı sana bağışladım; sen önce ölürsen bana avdet etsin, ben önce ölürsem sana ve senin nesline ait olsun" şeklinde yapılan bir bağıştır.

Ebu Hanife, İmam Milak ve İmam Muhammed'e göre böyle bir şarta talik edilen hibe bâtıldır; bu suretle verilen mal, alan kimsenin yanında âriyet sayılır. İmam Ebu Yusuf'a ve Şafîî'nin yeni ictihadına göre ise, bu tür hibe câizdir; ancak burada ileri sürülen şart fâsittir; yani o, artık sahibine rucu etmez¹⁹⁹.

Burada Ebu Hanîfe ve İmam Muhammed, Şa'bî ve Şureyh vasıtasıyla rivayet edilen bir hadîs'te Hz. Peygamber'in umrâ'yı câiz gördüğünü, rukbâ'yı ise reddettiğini ileri sürerler ve ayrıca rukbâ'nın ölüm gibi tabîî bir olayın vukuu şartına talik edildiğini, bunun da asla câiz olmayacağını söylerler. Ebû Yusuf ise, Câbir vasıtasıyla rivayet edilen bir hadîs'te Hz. Peygamber'in hem umrâ'yı hem de rukbâ'yı câiz gördüğünü, dolayısıyla rukbâ'nın da umrâ hükmünde olduğunu ileri sü-

196 el-Kummi, Fakihu Men lâ-Yahduruhu'l-Fakih, c. IV, s. 187.

197 İbn Kudâme, el-Mugni, c. VI, s. 304; İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 165.

198 Muslim, Hibât; 23.

199 Merginânî, el-Hidâye, c. III, s. 168; Serahsî, el-Mebsût, c. XII, s. 89; İbn Kudâme, a.g.e., c. IV, s. 311.

rer²⁰⁰. Ebu Yusuf'un bu konudaki fikri bizce daha uygundur. Gerçekten ince bir tetkike tâbi tutulacak olursa umrâ ve rukbâ arasında önemli bir fark olmadığı görülür. Bu itibarla İslâm hukukunun başlangıcından beri rucu şartıyla hibenin mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

Şafî mezhebinde geçerli olan görüşe ve Hanbelîlerle Zahirîlere göre rukbâ da aynı umrâ gibi kesinlik ifade eden bir hibe olup bağışlanan ölünce onun mirasçılara kalır ve bağışlayana avdet etmez²⁰¹.

Bu görüşte olan İslâm hukukçuları delil olarak, Câbir b. Abdillâh'den rivayet edilen hadîs'i zikrederler. Ayrıca İbn Abbas'tan Hz. Peygamber'in, "umrâ ve rukbâ aynıdır" buyurduğu rivayet edilmiştir²⁰². Hz. Ali de "umrâ ve rukbâ aynıdır" demiştir²⁰³.

c) Sûknâ:

Bu, şahsın evini bir başkasına yaşadığı sürece oturması için mesken olarak bağışlamasıdır.

Hanefîlere göre bu tür bağışta mülkiyet, sahibine ait olup mesken bağışlananın elinde âriyet olarak kalır²⁰⁴.

Malikîlere göre de sûknâ, bağışlanan şahsın ölümüne veya neslinin tükenmesine kadar tahsis edilmişse, bunlar ölünce sûknâ hakkı bağışlayan veya onun en yakın mirasçısına avdet eder²⁰⁵. Nitekim Hz. Ömer'in kızı ve Hz. Peygamber'in hanımı olan Hafsa, Bint Zeyd b. el-Hatâtâb'a yaşadığı sürece evinde oturma hakkını vermişti. Binti Zeyd ölünce Hafsa'nın mirasçısı olan Abdullah b. Ömer, kendisine intikal ettiğini söyleyerek söz konusu evi zapt etmiştir²⁰⁶.

Yukarıda da işaret edildiği gibi Ca'ferîler, sûknâ konusunda da ileri sürülmüş olan şarta tamamiyle uyulması gerektiğini söylerler²⁰⁷.

Şa'bî, Nahâî, Sevrî, Evzaî, Vekî' ve İmam Şafî gibi birçok İslâm hukukçularına ve Hanbelîlere göre sûknâ, ibâha hükmünde olup bu

200 Serahsî, el-Mebsut, c. XII, s. 89.

201 İbn Kudâme, el-Mugnî, c. VI, s. 311, 312; el-Ansarî, Menhecû't-Tullâb, s. 67; er-Remlî, Nihayetu'l-Muhtac, c. V, s. 407; İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 164; Muhammed b. Abdirrahman ed-Dimaşkî, Rahmetu'l-Ummeh fi İhtilâfî'l-Eimme, s. 185; İbn Kudâme, eş-Şerhu'l-Kebîr, c. VI, s. 309.

202 Nesâî, Rukbâ: 2.

203 İbn Kudâme, el-Mugnî, c. VI, s. 311.

204 Serahsî, el-Mebsut, c. XII, s. 89; Merginânî, el-Hidaye, c. III, s. 164.

205 Sahnun, el-Müdevvene, c. XV, s. 92.

206 İmam Malik, el-Muvatta', c. II, s. 128.

207 el-Kummî, a.g.e., c. IV, s. 187.

hakkı veren kimse istediği zaman ondan rucu edebilir²⁰⁸.

Hasan b. Hayy, Atâ ve Katâde, süknâ'nın da umrâ gibi olup aynı hükümlere bağlı bulunduğunu, yani kendisine süknâ hakkı bağışlanan kimse ölünce evin onun mirasçılara kalacağını ve sahibine avdet etmeyeceğini söylemişlerdir²⁰⁹. Bu fikre biz katılmıyoruz; çünkü buradaki bağışlama, menfaati bağışlamadır; rakabe'yi bağışlama değildir. Ayrıca MK. muzda süknâ hakkı, mülkiyetten gayri aynî haklardan olup bağışlama sayılmamaktadır. Dolayısıyla Medenî hukukumuzda bu konuya bağışlama hükümleri değil, süknâ hakkıyla ilgili özel hükümler uygulanmaktadır.

d) Üçüncü şahsa rucu şartıyla yapılan hibe:

Bir kimse evini ömür boyunca A' ya, A'nın ölümünden sonra da B'ye hibe etse, Sünnî İslâm hukukçularına göre bu hibe, yalnız A' ya yapılmış olup B' lehine konulan şart bâtil sayılır. Şii İslâm hukukuna göre ise A, evi ölene kadar kullanır; öldükten sonra B evi alır. Şii hukukçuların bu görüşü İngiliz hukukundaki "estate for life" ve "vested - remainder" diye bilinen kuruma benzemektedir²¹⁰.

Tâbiilerden İbn Şihab ez-Zuhrî ve Atâ'ya göre de hibenin, bağışlananın ölümünden sonra bir hayır işine, ya da üçüncü bir şahsa rucu etmesi şart koşulursa, bu şart ve hibe sahih olur²¹¹.

e) Tenfizi vâhibin ölümüne izafe edilen hibeler:

İslâm hukukçuları, bu tür hibeleri bâtil sayarlar; çünkü onlara göre hibe akdinin tamam olması için teslim ve kabz şarttır. Teslim ve kabzdan önce taraflardan biri ölürse hibe bâtil olur. Bizce bu anlayış uygun değildir; çünkü İslâm hukukçuları hibe akdinin tamamlanması ile tenfizi birbirine karıştırmaktadırlar. Bu görüş, hibe va'dini de hükümsüz sayar²¹². Va'd halinde hibenin tenfizi ise akdin tamamlanışından sonra olacaktır. Bize göre bir kimse tenfizi ölümüne bırakmak suretiyle bir hibe va'di yapabilir ve bu, daha önce de belirttiğimiz gibi, çağdaş hukuklarda geçerlidir. Öte yandan hibe, sırf şahsa bağlı akitlerden olmayıp mamelekî akitlerdendir. Bunun içindir ki mirasçı-

208 İbn Kudâme, el-Mugnî, c. VI, s. 313, 314; İbn Hazm, a.g.e., c. IX, s. 165, 167.

209 el-Mugnî, c. VI, s. 314, 315; el-Muhallâ, c. IX, s. 165.

210 Mulla, Principles, s. 30.

211 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 165.

212 Bu husustaki tartışmalar için yukarıya Bak. s. 50-54. İslâm hukukçularının bu konudaki görüşleri için Bak. İbn Kudâme, el-Mugnî, c. VI, s. 249; Şâfiî, el-Umm, c. IV, s. 32; Mecelle, mad. 849; Ali Haydar, Dururu'l-Hukkâm, c. II, s. 619.

ları da bağlar. Dolayısıyla, lehinde bağışlama va'dinde bulunulan şahıs, va'din tenfizini bağışlayanın mirasçılarında da isteyebilir*.

İmdi rucu şartıyla hibenin yerini, burada bazı karşılaştırmalar yaparak biraz daha, belirtmeye çalışalım.

Fransız MK. nun 951 /1. maddesi bağışlayanın, hibe ettiği şeylerin kendi mülküne avdet etmesini, gerek yalnız bağışlananın gerekse bağışlanan ve ferî'lerinin daha önce ölmesi hali için şart koşabileceğini kabul etmiştir. Bu maddede açıkça ifade edilen bu cevazdan yararlanarak, uygulamada birçok kimse rucu şartına bağlı olarak hibe yapmaktadır. Fransa'da geniş bir uygulama alanı bulan bu tür bağışlamalar yasaklanmadığı gibi, "bağışlamadan rucu edilemez" kuralına aykırı da görülmemektedir²¹³.

Borçlar Kanunumuzun 242 /1. maddesinde, "Bağışlayan bağışlananın kendisinden evvel vefatı halinde bağışlanan şeyin mülküne rucu etmesini şart edebilir." denilmiştir. BK. muz bu suretle bağışlananın ölümüne bağlı rucu şartı ile yapılan hibenin câiz olduğunu benimsemektedir. Buna göre kendisine bir mal bağışlanan kişi bağışlayandan önce öldüğü takdirde mal, bağışlayanın mamelekine tekrar avdet edecektir.

Ağır hasta olan bağışlayanın iyileşmesi de rucu şartı olarak ileri sürülebilir ve böyle bir bağışlayan iyileşince, bağışladığı mal tekrar kendisine avdet eder²¹⁴.

İslâm hukukçuları, böyle muvakkat ve tesadüfî şartlara bağlı hibeleri de geçerli saymazlar. Sözelgeşi, belli bir süre ile veya filân mevtime kadar, ya da filâncanın ölümüne dek tarzındaki kayıtlarla geçici olarak yapılan bağışlamalar sahih değildir²¹⁵.

Oysa Hz. Peygamber'in yakın arkadaşlarından biri olan Muaz b. Cebel'in bu tür hibeleri geçerli saydığını Abdurrazzâk b. Hemmâm şöyle rivayet etmektedir:

"Muaz, Yemenliler arasında, bir kimse birine, beni dinlemen ve bana itaat etmen şartıyla, sana şu tarlayı hibe ediyorum, dediği ve o şahıs da onu dinleyip itaat ettiği takdirde bu tarlanın sözü geçen bağışlanana ait olduğuna hükmederdi. Yine Muaz, Yemen'de iken, bir kimse, bir tarlayı belli bir va'de ile bağışladığı ve bu va'de geldiği takdirde o tarlanın vâhibe avdet ettiğine karar verirdi²¹⁶".

* Karş. s. 70.

213 Tongsir, Bağışlama, s. 64.

214 Tandoğan, a.g.e., s. 290; N. Bilge, a.g.e., s. 131.

215 İbn Kudâme, el-Muğnî, c. VI, s. 313.

216 Abdurrazzak, el-Musannef, c. IX, s. 108.

BK. muz, bağışlayanı himaye etmek amacıyla 242/2. maddesinde, “Bağışlanan gayrimenkule veya bir gayrimenkul üzerindeki aynı hakka taalluk eden rucu şartı, tapu siciline şerh verilebilir.” demektedir. Bu takdirde bağışlanan şahıs, bağış konusu olan şeyi başkalarına devretse dahi rucu şartı onlara karşı da dermeyen edilebilir²¹⁷.

BK. muzun ele aldığı bu tür bağışlama, infisahî ve talikî şarta bağlanmış elden bağışlamadır ve amacı bağışlananın mirasçılarını bu bağışlamadan yararlandırmamaktır²¹⁸.

Bu tür hibe, İslâm hukukunda, Malikîlerin kabul ettiği umrâ’ya benzemektedir²¹⁹. Biz de, bu görüşün pratik açıdan daha iyi olduğu kanısındayız.

Medenî hukukumuzda, İslâm hukukunda sözkonusu edilen *ruk-bâ* tarzında bir hibe türü yoktur. Ancak TMK., m. 507’de tenkîse tâbi olan tasarrufları anlatırken 3 No. lu bendinde, “Bağışlayanın kayıtsız ve şartsız rucua hakkı olan bağışlamalar”ın bu hükümden müstesnâ olduğunu beyan eder. Bu fıkradan anlaşıldığına göre MK. umuz, kesinleşmesi vâhibin ölümüne bağlı bulunan ve onun ölümü ile kat’î ve nihaî bir mahiyet alacak olan bağışlamaların, yani vâhibin hayatta iken kayıtsız-şartsız rucu edebileceği hibelerin varlığını kabul etmektedir. Böyle hibelere, sebestçe rucu edilebilen bağışlamalar (donations liberment revocables) denilmektedir²²⁰.

Fransız MK. (m. 944) ise, ifası sadece bağışlayanın iradesine tâbi olan şartlar altında yapılan her türlü bağışlamanın bâtil olduğunu ifade ederek, tek taraflı iradî şarta talik edilmiş bulunan bu gibi bağışlamaları men etmiştir²²¹.

Birisinin lehine süknâ, yani ömür boyu oturma hakkı tesis etmek amacıyla yapılan hibe, Borçlar hukukumuzda tartışmalı bir konudur. Zira BK. muz, bağışlamanın bir kısım hükümlerinde “mal” dan²²², bir kısım hükümlerinde ise “şey”den, “gayrimenkul” ve “gayrimenkul üzerindeki aynı haklar” dan²²³ ve bir maddesinde de “alacak”tan²²⁴ söz etmiştir. Fakat BK. umuz, bir gayrimenkulün kullanıl-

217 Tandoğan, a.g.e., s. 290; N. Bilge, a.g.e., s. 131.

218 Tongsir, a.g.e., s. 63.

219 Karş. s. 63-64.

220 Tongsir, a.g.e., s. 67; Velidedeoğlu, Medenî Hukuk, s. 227.

221 Tongsir, a.g.e., s. 67.

222 BK. m. 234/1, 239 ve 244 kenar başlıkları.

223 BK. m. 237/1,2, 238/2, 242/2, 243.

224 BK. m. 243.

masının ıvazsız olarak devrinden hiç söz etmemiştir. Oysa mehaż İsviçre BK. nda (Almanca metin, m. 239), açık olarak, “Bir kimsenin mameleki vasıtasıyla bir diğerini zenginleştirmesinden” söz edilmiştir. İşte bu noktadan hareket eden bir kısım hukukçular, gayrimenkulün kullanılmasının ıvazsız olarak devrinin bağışlama olacağını ileri sürmüşlerdir. Gerçekten bağışlama akdinde önemli olan da bir mamelektten diğer bir mameleke yapılan tevcihin, yani kazandırıcı muamelenin bulunması ve bunun teberru gayesiyle yapılmış olmasıdır²²⁵.

Dolayısıyla, İslâm hukukunda sözkonusu edilen süknâ, yani bir evin kullanılmasının teberru şeklinde herhangi bir şahsa devri, BK. muzun esas ve ruhuna aykırı görülmeyebilir. Gerçi bir kısım hukukçularımız, Hanefîler gibi, birşeyin kullanılmasının ıvazsız olarak devrinin âriyet akdinin konusu olduğunu ileri sürerek, bu düşünceye karşı çıkmışlardır²²⁶.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu, üçüncü şahsa (vâhibin eşine, çocuklarına) rucu şartıyla yapılan bağışlamayı kabul etmez; çünkü BK. m. 242/1'e göre, bağışlanan şahsın, bağışlayandan önce ölmesine bağlı rucu şartı, yapılan bağışlamayı tenfizi ölüme bağlı teberrulara yaklaştırdığından istisnâî bir mahiyeti haizdir. Yani BK. m. 242'deki rucu şartıyla bağışlama, 244. maddenin birinci fıkrasının bir misalini değil, bu maddenin ikinci fıkrasındaki kuralın bir istisnasını teşkil etmektedir²²⁷.

Fransız MK. nun 900. maddesine göre de, vâhip tarafından konulan avdet şartı bağışlayanın kendisi için muteber ve çüüncü şahıs adına bâtıldır²²⁸.

Yukarıda da görüldüğü gibi İslâm hukukçularından hibenin üçüncü şahsa rucu şartını geçerli sayanlar vardır. Nitekim Medenî hukukta da bu şartı geçerli olarak kabul eden yazarlar mevcuttur²²⁹.

Medenî hukukumuzda bağışlamanın yalnız şarta değil, *ecel'e* (va'deye) bağlı olarak yapılması da kabildir. Bağışlayan çok yaşlı olup daha uzun süre yaşaması muhtemel değilse, birkaç yıl sonra tenfiz edilmek üzere yapılan hibe de, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama olarak nitelenebilir²³⁰.

225 Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 113, 114.

226 Tandoğan, a.g.e., s. 265, 266.

227 N. Bilge, a.g.e., s. 132; Tandoğan, a.g.e., s. 290.

228 Tongsir, a.g.e., s. 66.

229 Tandoğan, a.g.e., s. 290, n. 60.

230 Tandoğan, a.g.e., s. 287.

Roma hukukunda ölüm sebebiyle bağışlamalar, ilk zamanlar ölüm halinde ve ölmek tehlikesine maruz olan kimse tarafından yapılan bağışlamalardı. Sonraları, “Ölüm sebebiyle bağışlama” (*mortis causa donatio*) ile böyle bir tehlike olmadığı hallerde ölüme bağlı olarak yapılan bağışlamalar da ifade edilmeye başlandı²³¹. Bu tür hibeler, vâhibin ölümünden sonra ifa edilirdi. Vâhip, bağışta bulunmasına sebep olan tehlike ortadan kalkınca hibenin yapılış tarzına göre değişik usûllerle hibe ettiği şeyi geri isterdi. *Iustinianus* ise, *mortis causa* hibeleri, muayyen mal vasiyetlerine çevirdi²³². Bunu eski hukuk, muayyen mal vasiyetini ve ölüm sebebiyle iktisap ehliyetini belli bir ölçüden sonra sınırlayan kanunlar (*Lex Furia Testamentaria* ve *Lex Vocania*) ile yapmış ve ölüme bağlı muayyen mal vasiyetlerine ait olan bazı kuralların *mortis causa* hibelere teşmil edilmesiyle klasik hukukta bu tür bağışlamalar, bir kere daha ortaya çıkmıştı. Ancak bu bağışlamalar, bir mirasçının varlığına bağlı olmamaları ve vasiyette bulunmağa ehil olmayan *filius familias*²³³ tarafından da yapılabilmeleriyle muayyen mal vasiyetlerinden ayrılmaktaydı. Buna göre, *filius familias*, babanın rızasıyla *mortis causa* hibede bulunduğu halde, babanın iradesiyle bile vasiyette bulunamazdı. *Iustinianus* zamanında her iki husus da birbirine kalboldu. Burada belirtilmesi önemli olan nokta, bağışlayanın, *mortis causa* hibeyi, sonradan duyduğu bir pişmanlıkla daima fesh etmeğe yetkili olacağının kabul edilmiş olmasıydı²³⁴.

Borçlar Kanunu m. 240 /2’de, “Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada vasiyet hükmü cereyan eder” denilmektedir. Hukukçularımız bu maddedeki “vasiyet” kelimesini “ölüme bağlı tasarruf” olarak yorumlamaktadırlar; çünkü bu gibi bağışlamalara muhtevâ, şekil, ehliyet ve tasarruf nisabı bakımından ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanmaktadır²³⁵.

Yukarıda da geçtiği gibi, İslâm hukukçuları, tenfizi bağışlayanın ölümüne izafe edilen hibeyi geçerli saymazlar; zira bu tür hibeler, fıkının mantık ve prensipleriyle bağdaşmaz. Ancak intifa hakkı saklı tutularak yapılan hibe muteberdir. Meselâ, “Hind, yeri kendi mülkü olan bağını sıhhatinde oğlunun oğlu Zeyd’e, ölünceye dek mahsulünü kendi almak üzere hibe ve teslim edip sonra ölse, mirasçuları hibeyi kabul etmeyip bağı mirasa ithal edemezler.”²³⁶

231 R. Honig, Roma Hukuku, s. 428.

232 Iustinianus, Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1955, s. 46.

233 Bir aile resinin egemenliği altında bulunan ferî’leri ve özellikle erkek evlâdı.

234 R. Honig, Roma Hukuku, s. 428; Di Marzo, Roma Hukuku, s. 494.

235 Tandoğan, a.g.e., s. 287; N. Bilge, a.g.e., s. 131.

236 Ali Efendi, Tetâvâ, c. II, s. 156.

Bir bakıma İslâm hukukçuları tenfizi ölüme izafe edilen hibeye pratikte bir gereklilik de duymayabilirler; çünkü tenfizi ölüme bağlı olan vasiyetle de bu tür hibelerin gerçekleştirmek istediği amaca ulaşılabilir. Nitekim BK. muzda da tenfizi ölüme bağlı olan bağışlamalara vasiyet hükmü uygulanacağını belirtmek suretiyle bu konudaki tasarruf serbestliğini sınırlamıştır²³⁷. Şu kadar ki gerek eski hukukumuzda gerekse yeni hukukumuzda vasiyetin kabul vakti, yani vasiyetin bir hüküm ifade etmesi, vasiyetçinin ölümünden sonradır²³⁸. Hibede icap ve kabul bağışlayanın sağlığında olduğu halde, vasiyette, vasiyetçinin sağlığında lehine vasiyet edilen tarafından vaki olan kabul geçerli değildir; çünkü vasiyet kesin olmayan bir akittir ve vasiyetçi sağ olduğu sürece vasiyetinden vazgeçebilir²³⁹.

III- Hibe Sayılmayan Tasarruflar

Yukarıda hibenin niteliklerini anlatırken de belirttiğimiz gibi, hibe, teberru gayesi (causa donandi) nin mevcudüetiyle sebepsiz iktisaptan ayrılmakta ve bu gaye onun hukukî sebebinin teşkil etmektedir²⁴⁰.

Teberru gayesinin önemi, özellikle hibe sayılmayan tasarrufları tesbit işinde kendisini göstermektedir. Hibe sayılmayan önemli hukukî tasarrufları da burada şöylece özetleyebiliriz:

1- Mirası red ve henüz kazanılmamış bir hakktan feragat:

a) İslâm hukukunda mirasçı, müteveffânın borcuna karşı sadece terekeden kendisine düşen hisse miktarınca sorumludur ;yani murisin borçları terekesine taalluk eder. Tereke kâfi gelmezse kalan borçtan mirasçılar sorumlu olmazlar. Ancak ölenin hatirasına saygılarından ötürü borçlarını öderlerse teberruda bulunmuş olurlar. Bu itibarla İslâm hukukunda "mirası red" diye bir kavram yoktur. Daha doğrusu İslâm hukukunda terekenin mirasçılara intikalinde kabule gerek olmadığı gibi, mirasçıların reddetmeleriyle de miras reddedilmiş olmaz²⁴¹.

Bununla birlikte mirasçılardan birisi, ölenin borçları tesviye edildikten sonra terekenin kalanından kendisine düşen hiseyi öteki mi-

237 Bak. BK. m. 240/2.

238 Gerçi İmamîye mezhebine göre vasiyetçinin sağlığındaki kabul de câizdir (Bak. el-Hillî, Şerai'u'l-İslâm, c. II, s. 243).

239 Merginânî, el-Hidâye, c. IV, s. 171, 172; TMK. m. 489; Velidedeoğlu, Medenî Hukuk, s. 214.

240 Bak. s. 24-25.

241 Mahmud Es'ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 273. n. 1.

raşçılara bıraksa bu bir teberru sayılır; çünkü bu takdirde hukuken kazanılmış bir haktan feragat söz konusudur. Hissesinde feragat eden mirasçı ile öteki mirasçılar arasında icap ve kabul gibi bir durum bulunduğunda bu, doğrudan doğruya bir hibe teşkil eder.

Medenî Kanunumuzda ise mirasçı, ölenin borçlarının tamamından şahsen sorumludur²⁴². Bu itibarla mirasçının bazı şartlar altında mirası kabul ederek miras bırakanın borçlarını üzerine alması kendi çıkarına uygun düşmeyebilir ve bu yüzden mirası isterse kabul eder, isterse reddeder²⁴³.

İşte bu şekilde mirası reddetmeyi BK. umuz (m. 234/2) açıkça bağışlama saymamıştır; çünkü mirasın reddinde genellikle teberru gayesi bulunmadığı gibi burada bir akit de söz konusu değildir; bu, sadece tek taraflı bir tasarruftur²⁴⁴. Feyzioğlu, süresini geçirme gibi bir nedenle reddine imkân kalmamış olan bir mirastan feragatın hibe teşkil edeceği kanısındadır²⁴⁵.

Görüldüğü gibi BK. muz, mirası reddetmenin bağışlama olmadığını belirtmiş ise de, muayyen mal vasiyetini reddetmenin dahi bağışlama sayılmıyacağını zikretmemiştir; oysa bunu da açıklaması gerekirdi. Nitekim Alman MK. bu hususu açıkça belirtmiştir²⁴⁶.

Roma hukukunda da başkası lehine mirastan feragat, mamelek eksilmesi olmayıp vuku bulmamış bir kazançtan ibaret sayıldığı için hibe değildi. Kezâ, bir gayrimenkulün zilyetliğini veya ona ait bir hakkı birine verme (precarium) hibe sayılmazdı; ancak kiracıya kira bedelini kazandırdığı için, bir kimsenin bir evde ücretsiz olarak oturmasına müsaade etmek hibe sayılırdı²⁴⁷.

b) İslâm hukukunda kişi henüz elde etmediği bir malda hiçbir tasarruf yapamaz. Bir mal, "mütekavvim", yani ekonomik bir kıymeti haiz ve faydalanılması mümkün olmadıkça ve kişinin mamelekine dahil bulunmadıkça mülk sayılmaz. İslâm hukukuna göre domuz ve leş gibi bir kısım şeyler haram olmaları dolayısıyla mameleke dahil olmadıkları için müslümanlar arasında akitlere konu teşkil etmezler. Dolayısıyla bu gibi şeylerle başkasına ait olup henüz kazanılmamış haklardan feragat hibe sayılmaz. Ancak başkasına ait bir mal, sahibi-

242 Bak. MK. m. 539.

243 Bak. MK. m. 545.

244 Tandoğan, a.g.e., s. 265.

245 Feyzioğlu, a.g.e., s. 152.

246 Tongsir, a.g.e., s. 28, 32; Feyzioğlu, a.g.e., s. 152.

247 Di Marzo, a.g.e., s. 484.

nin izni olmaksızın birine hibe edilirse, sahibi icâzet verdiği takdirde bu hibe sahih olur²⁴⁸.

BK. muza göre (m. 234/2) de henüz kazanılmamış bir haktan feragat bağışlama teşkil etmez; çünkü bu, feragatta bulunanın mamelekinde bir azalma meydana getirmemektedir. Yani feragat edilen hak, bağışlayanın henüz mamelekine dahil olmadığından, hibe ise bağışlayanın mamelekinde eksilme meydana getiren bir tasarruf olduğundan, hibe konusu olamaz.

Medenî hukukumuzda ıvazsız hizmet ifasının bağışlama sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur. Bazı hukukçularımıza göre bir ücreti gerektiren faaliyetler, ders verme veya avukatlık gibi bir kimsenin sırf mamelekinde husule gelecek azalmayı önlemek amacıyla yüklenildiği takdirde bağışlama sayılır. Tongsir ve Kuntalp bu fikirdedirler. Kimi hukukçularımıza göre de bağışlayanın mamelekinde bir eksilmeye yol açmadığı için bu gibi hizmetler, bağışlama sayılmazlar. Tandoğan da bu görüştedir²⁴⁹. Bir hayli ilginç bulduğumuz bu meselede hibe yerine kapsamı daha geniş olan *teberru* deyiminin kullanılmasını uygun görmekteyiz; çünkü bilindiği gibi, hibede lehine hibe yapılanın mamelekinin doğrudan doğruya artması lâzımdır. Halbuki ücretsiz ders vermek veya ücretsiz avukatlık yapmakta mamelek doğrudan doğruya artmamaktadır; sadece mamelekin azalmasına engel olmaktadır. Bundan başka hibede bağışlayanın mameleki azalır. Oysa bu misallerde bağışlayanın mameleki de azalmamaktadır.

2- Eksik borçların ve ahlâki vazifelerin ifası:

a) İslâm hukukunda eksik veya tabîî borç kavramı yoktur. Ancak hem Roma'da, hem de modern hukukta bu kavram altında anlatılan şeylerin bir kısmı İslâm hukukunda da ele alınıp hükme bağlanmıştır.

Eski hukukumuzda eksik borçların ifasının hibe sayılıp sayılmayacağı konusu ele alınmış değildir. Fıkhın genel prensiplerine göre diyebiliriz ki bu tür ifâlar hibe sayılmasa bile, *teberru* kavramının şumulüne girer gibi görünmekteyse de bunlar *teberru* da değildir. Meselâ, zaman aşımına uğramış bir borçta ödenen şey üzerinde kendisine ödemedede bulunulan alacaklının esas itibarıyla ahlâken ve kanun tarafından himaye edilen bir hakkı mevcut olduğundan, verilen şey aslında onun mamelekine aittir. Dolayısıyla bu tür bir borç ödenidiğinde öde-

248 Mecelle, mad. 857; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm*, c. II, s. 675, 676.

249 Tandoğan, a.g.e., s. 266; Erden Kuntalp, a.g.e., s. 113, 114.

yenin mamelekinde bir azalma hasıl olursa da kendisine ödeme yapılan tabiî alacaklının mamelekinde bir artma hasıl olmaz. Bu itibarla zaman aşımına uğramış borçların ödenmesi hibe sayılmayacağı gibi teberru da sayılmaz.

BK. muzda da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak hukukçularımız, tabiî borçların ifasını, hibe niyetiyle değil, belki bir borcun ödenmesi kasdıyla yapıldığından, bağışlama saymamaktadırlar*.

Mısır Medenî hukukuna göre de eksik borçların ifası, hibe sayılmamaktadır. Sözgelşi, ödül olmak üzere verilen şeyler, örf veya bir iş dolayısıyla verilen ikramiyeler, bahşişler, reklâm maksadıyla evlere dağıtılan veya isim yapmak amacıyla müşterilere verilen eşantionlar, teberru niyetiyle ödenmedikleri için hibe değildirler²⁵⁰.

b) Ahlâkî vazifelerin yerine getirilmesi (meselâ, birisinin nafaka ile mükellef olmadığı halde bir yakınına bakması, bir felâket ânında yapılan yardımlar, önemli hizmetleri ödüllendirmek) hibe teşkil etmez. Bu şekilde yapılan ödemelerden rucu ve dolayısıyla bunların geri alınması mümkün değildir²⁵¹. Çünkü bu gibi ödemelerde bir borcun yerine getirilmesi amacı (causa solvendi) söz konusudur. Bu tür ödemeleri bağışlama hükümlerine tâbi tutmamak, bunların edâsını şekil bakımından kolaylaştırmak ve cayma imkânını ortadan kaldırmak amacını taşır. Hatta Yargıtay, ahlâkî vazifenin ifasının bağışlama sayılmayacağını bildiren BK. m. 234 /3'deki hükmün, ahlâkî bir vazifenin ifası taahhüdüne de uygulanması gerektiği içtihadına varmıştır²⁵².

Esasen BK. muza göre ahlâkî bir vazifenin ifası bağışlama sayılmadığından, böyle bir vazifenin taahhüdü de bağışlama taahhüdü sayılmaz. Dolayısıyla böyle bir taahhütte bulunan kişinin ne kendisi, ne de ölümünden sonra mirasçıları onun yerine getirilmesine zorlanamaz; çünkü bu gibi tabiî borçlar ödenmeden önce hiçbir hüküm ifade etmez²⁵³. Nitekim İsviçre'de de ahlâkî bir vazifenin ya'd veya taahhüdü, hukukî dayanaktan yoksun olduğu için hükümsüz sayılmaktadır: çünkü bu gibi taahhütlerde çoğunlukla borç altına girme niyeti mevcut değildir²⁵⁴.

* Tongsir, "Bağışlama", İ.Ü. Hukuk Fak. Mec. c. XVIII, sayı: 3-4 (1953), s. 928 vd.

250 el-Bendârî, a.g.e., s. 23, 24, 25.

251 BK. m. 62, 234/3.

252 Yargıtay, 4. HD. 12.1.1965, E. 444-1031 /K. 82; Tandoğan, a.g.e., s. 267, 268.

253 Bak. Yargıtay, 4. HD. 30.9.1948, E. 5934 /K. 4113 (S. Olgaç, Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu, c. II, s. 351).

254 Tongsir, Bağışlama, s. 36.

Alman Medenî hukukunda ahlâkî bir vazifenin ifası esas itibariyle bağışlama sayılır; fakat bağışlama ile ilgili hükümlerin ancak bir kısmı buna uygulanır. Sözgelisi, yoksulluk sebebiyle veya nankörlük yüzünden rucu kuralı burada işlemez. Nitekim Alman MK. m. 534, "Ahlâkî bir vazifeye istinat eden bağışlamalarda ne istirdat, ne de rucu mümkün olur." şeklinde bir hükmü içine almaktadır. Fakat BM.muzdaki hüküm daha doğrudur; zira ahlâkî de olsa bir vazifenin ifasında *teberru* kasdı varsa da *hibe* kasdı yoktur²⁵⁵.

İslâm hukukunda da hibenin gerektirdiği şekil ve kurallar dışında hayır ve yardım amacıyla verilen, eski deyimleriyle *tasadduk* ve *teberru* edilen şeyler *hibe* sayılmaz ve bunlara *hibe* hükümleri uygulanmaz. Meselâ, *tasadduk* edilen şeyden hiçbir surette rucu edilemez²⁵⁶.

3- *Hediye ve bahşişler*:

a) Genel olarak hediye ve bahşişler, İslâm hukukunda *teberru* sayılırlar. Ancak Hanefîlere göre hibeden rucu caiz olan yerlerde hediye de rucu edilebilir; çünkü hediye, onlara göre hibenin bir türüdür. Ekseri İslâm hukukçularına göre ise hediye de rucu caiz değildir²⁵⁷.

Biz bu sonuçu fikirdeyiz ve Hanefîlere katılamamaktayız; çünkü burada Hanefî ekolü mensupları *hibe* ile *teberru* kavramlarının taşıdığı ayrılıkları gözönüne almaksızın görüş serdetmektedirler. Tezimizin baş taraflarında da belirttiğimiz gibi, her *hibe* *teberru*dur; fakat her *teberru* *hibe* değildir.

BK. muz, eksik borçların ifasının *hibe* olup olmadığını açıkça be-
mediği gibi, muâşeret (görgü) kuralları gereğince verilen hediye ve bahşişlerin hukukî mahiyetlerini de açıklamamıştır. Bu yüzden bugünkü hukukumuzda âdet üzere verilen hediye ve bahşişlerin bağışlama sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur. Kimi hukukçulara göre bu gibi hediye ve bahşişler kanunen bağışlama mahiyetindedir. Nitekim MK. m. 507/3'deki "âdet üzere verilen hediyeler müstesâ olarak bağışlayanın vefatından evvelki bir sene içinde yapılmış bağışlamalar..." ibaresi, kanun koyucunun bu hediyeleri bir çeşit bağışlama saydığını göstermektedir. Üstelik bu gibi hediye ve bahşişler, elden *hibe* sayılır ve şekil bakımından da *hibe* sayılmaları için bir güçlük doğurmazlar²⁵⁸.

255 N. Feyzioğlu, a.g.e., s. 153; Tongsir, a.g.e., s. 24, 33.

256 Mecelle, mad. 874.

257 el-Bendâri, a.g.e., s. 82.

258 Tandoğan, a.g.e., s. 268. Bu anlayış, Hanefîlerin görüşüne yakındır.

Diğer bir kısım hukukçular da, âdet üzere hediye ve bahşış verilmesinde eksik bir borcun ifası mahiyeti bulunduğunu kabul ederler. Onlara göre bu gibi ifaların amacı, “causa donandi” olmayıp” causa solvendi” dir. Dolayısıyla âdet üzere verilen hediyeler veya muâşeret kuralı gereğince verilen bahşışler bağışlama sayılmazlar²⁵⁹.

b) *Nişan* ve *sünnet* düğünlerinde getirilen hediyeler: *Nişan* hediye-leri eski Şark hukuklarında oldukça önemli bir yer tutar. *Hammurabi Kanunu*’nun 159, 160, 163 ve 164. maddelerinin, bir erkeğin nişanlılık hediyesi (tirhatou) olarak kız için getireceği malların hukukî durum-larını düzenlemek amacıyla yazıldıklarını görüyoruz²⁶⁰.

Babilliler ve Asurlular’da olduğu gibi Hititlerde de nişan hediyesi (kušta) vardı. Damat veya babası tarafından kızın babasına verilir-di. Nişan damadın kusuruyla bozulursa, verdiği hediye-yi geri isteyemezdi; kzin veya babasının kusuruyla bozulursa hediye-nin iki katını iade etme-leri gerekirdi²⁶¹. Roma’da da önceleri eşler arasındaki bağışlamalar yasak olduğu halde, bir kimsenin nişanlısı olan kıza yaptığı bağışla-malara müsaade ediliyordu. Bu bağışlamalar, önceleri iki tarafın kar-şılıklı sevgilerini göstermek için birbirlerine vermiş oldukları hediyeleri teşkil etmekle birlikte, sonraları aileyi kurmak ve ileride evlilik bozul-duğu veya koca öldüğü takdirde karının iktisadî durumunu güvence altına almak amacıyla yapılıyordu. Daha sonra cihaz teşkili, evlenme sebebiyle yapılan bağışlamaların yeni bir sâikını teşkil etmeye başla-mıştır²⁶².

İslâm hukukunda ise, nişan hediyeleri hakkındaki hükümler ol-dukça karışıktır. Bu hediyeler, nişanlı erkek tarafından kıza verilen hediyelerle hısım-akrabalar tarafından getirilen hediyeler olmak üzere ikiye ayrılabilir:

1) Hanefîlere göre nişanlı erkek, nişanlısı olan kıza vermiş olduğu hediyelerden rucu edebilir; isterse evlenmekten vazgeçsin, isterse ni-kâh ve zifaf gerçekleşmiş olsun. Ancak hediye-nin helâk olması, hediye alanın mülkünden çıkması veya erkeğin ona karşılık bir *ıvaz* almış bulunması bu rucu hakkını kaldırır. İslâm hukukçularının çoğunluğ-u-na göre bu tür hediyelerden rucu caiz değildir. Malikîlere göre ise,

259 Tandoğan, a.g.e., s. 268. Doktrinde ağır basan bu görüş hediyelerden rucu’u câiz görmeyen İslâm hukukçularının görüşlerine yakın sayılabilir.

260 Mebrure Tosun-Kadriye Yalvaç, Sümer, Babil, Asur Kanunları, s. 201; G.R. Driver-J.C. Miles, The Babyloian Laws, c. II, s. 61-63.

261 E. Neufeld, Hittite Laws, s. 145.

262 R. Honig, a.g.e., s. 179.

nikâh akdi tamam olursa veya akit yapmaktan erkek vazgeçerse hediye rucu caiz olmaz. 'Eğer nikâh akdinin yapılmasından kız vazgeçerse erkeğin ona hediye ettiği şeyleri geri almak hakkı vardır; hediye konusu ister mevcut olsun, ister helâk olsun, Hediye edilen şey helâk olmuşsa erkek, mislini veya kıymetini isteyebilir. Eğer bu konuda ileri sürülmüş bir şart veya örf varsa ona riayet etmek gerekir²⁶³.

Bizce Malîkîlerin buradaki görüşünde isabet vardır. Çünkü hediyeler, tarafların bir yuva kurmayı ümit etmeleri üzerine verilmiştir. Bu ümit gerçekleşmemekle hediyelerin saiki de ortadan kalkmıştır. Ancak kusurlu tarafın hediyeleri geri almaması gerekir: çünkü aile kurma ümidini ortadan kaldırmaya kendisi sebep olmuştur. Bu itibarla o, hediyelerin iadesini isteyemez.

Mısır MK. nun 670. maddesine göre nişanlıların birbirlerine verdikleri, ya da yakınlarınca birine veya her ikisine verilen hediyelerin, nişan bozulduğu takdirde iadesi gerekir; eğer bu şeyler mevcut veya aynen iade edilmeleri mümkün ise²⁶⁴.

MK. muzun 86. maddesi gereğince nişan bozulduğu takdirde nişanlılardan herbiri ötekine verdiği hediyeği geri isteyebilir. Hediyeler aynen mevcut değilse haksız mal edinmeye dair olan hükümlere uygun olarak konu karara bağlanır. Nişan, ölüm sebebiyle bozulmuşsa istirdat dâvâsı sözkonusu edilemez²⁶⁵.

2) Nişanlıların yakınları tarafından getirilen hediyeler; çocuk, gelin, güvey veya bunların baba ve annelerinden hangisi için getirilmişlerse onlara ait olurlar. Eğer bu hediyeleri getirenler kimler için getirdiklerini açıklamamışlarsa ve kendilerinden sorularak durumun araştırılması da mümkün olmazsa, bu takdirde o memleketin örf ve âdetine göre hareket edilir²⁶⁶.

Bu konuyla ilgili eski bir fetvâ örneği de şöyledir:

"Bir belde ahâlisinden Zeyd düğün idüb beslemesi Hind'i evlendirirken düğüne gelenler 'saç' adıyla getirdikleri eşyayı Hind veya Zeyd için getirdiklerini beyan etmeseler, fakat o belde bu gibi eşya düğün eden için olmayıp gelin için olduğu örf halinde ise o eşya Hind'e ait olur"²⁶⁷.

263 el-Bendârî, a.g.e., s. 82, 83.

264 el-Bendârî, a.g.e., s. 82.

265 Bak. MK. m. 61 vd. Karş. s. 111.

266 Mecelle, mad. 876; Ö.N. Bilmen, a.g.e., c. IV, s. 147.

267 Behcetü'l-Fetâvâ, s. 457.

Şünnet düğünlerinde getirilen hediyelerde de aynı tarzda hareket edilir. Eski hukukumuzda göre bu gibi düğünlerde teberru olmak üzere verilen veya gönderilen şeyler hibe hükümlerine tâbidir. Helâk olduktan veya istihlâk edildikten sonra bunlardan rucu imkânı yoktur. Bu konuda asıl olan memleketin örf ve âdetidir²⁶⁸. Bizce bunların iadesini istemek câiz olmamak gerekir; çünkü bunları hibe kategorisine sokmak doğru değildir.

4- *İbâha ve tahlil*:

Özellikle İslâm hukukunda sözkonusu olan ibâha ve tahlil, teberru türlerine girer. Bunları burada kısaca ele almak istiyoruz.

a) *İbâha*, bu çalışmamızın “Giriş” kısmında da geçtiği gibi, genellikle bir kimseye yenilip içilecek cinsten olan bir şeyin meccânen tüketimine izin vermektir. Yani ibâha, teberru yapıldığı zaman tüketilecek olan şeyin ıvazsız olarak verilmesinden ibarettir*. İbâha ile hibe arasındaki önemli fark şudur: Hibede, bağışlananın mameleki artar; ibâhada ise böyle bir artma olmaz; çünkü ibâha edilen şey tüketilmekle ekonomik değeri kalmaz.

Bir kimse, diğer bir şahsa yenilecek veya içilecek bir şeyi ibâha ettiği zaman o şahıs, ibâha edilen şeyi alıp başkasına satamaz veya bağışlayamaz; çünkü o şahıs kendisine ibâha edilen şeyi yeyip içmedikçe mal, sahibinin mülkiyetinden çıkmaz. Ancak o şeyden, müsaade edilen şahıs kendisi yeyip içebilir. İbâha’dan rucu câizdir; fakat ibâha edilen şey tüketildikten sonra kıymetinin ödenmesi istenemez. Meselâ, “bir bağ sahibinin izin ve ibâhasıyla biri bağdan bir miktar üzüm yese, bağ sahibi sonra o üzümün akçesini alamaz”²⁶⁹.

Zahirîler de ibâhanın câiz olduğunu kabul eden İslâm hukukçularına katılırlar²⁷⁰.

b) *Tahlil* (ihlâl), bir alacak veya hakkı birine helâl etmektir. Söz gelişi, bir kimse diğerine, “bendeki her hakkını helâl et” dese, o da, “helâl olsun” diye cevap verse, ona karşı bütün borçlardan kurtulmuş olur; isterse helâl eden şahıs ondaki haklarının neler olduğunu bilmesin²⁷¹. Ancak böyle bir tahlil (helâl etme), yalnız zimmete taalluk eden

²⁶⁸ Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 739.

* İslâm hukukçuları, bir aynın meccânen kullanılmasına müsaade etmeye de “ibâha” derler (Bak. Mecelle, mad. 750, 1226).

²⁶⁹ Mecelle, mad. 875.

²⁷⁰ İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 163.

²⁷¹ Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 736, 737.

haklar üzerinde olur; mevcut aynî haklar üzerinde olmaz. Yani bu, meşru sebeplerle uhdesine geçirdiği haklarda geçerli olur; meşru olmayan yollarla eline geçirdiği ve aynen iade etmesi gereken haklarda geçerli olmaz. Buna göre bir kimse bir kişiye bütün haklarını helâl etse, onun zimmetindeki alacaklarını helâl etmiş olur; yoksa elinde mevcut olan ve kendisinden gasp yoluyla almış olduğu malını ona helâl etmiş olmaz. Şu kadar ki o mal, bu kişinin mülkiyetine girmez ve sadece onun elinde emanet olarak kalır. Dolayısıyla o mal hakkında gasp değil, artık emanet hükmü cereyan eder²⁷².

272 Bak. Ö.N. Bilmen, a.g.e., c. IV, s. 149.

İkinci Bölüm

HİBEDE EHLİYET

Bugünkü Borçlar hukukumuzda olduğu gibi, İslâm hukukunda da bağışlamada ehliyet meselesi iki bakımdan incelenir: Hibe yapma ehliyeti, hibeyi kabul etme ehliyeti. Dolayısıyla burada biz de bu konuyu iki yönden incelemeye çalışacağız.

§ 7. HİBE YAPMA EHLİYETİ

I- Reşit ve Mümeyyizlerin Hibe Yapma Ehliyeti

İslâm hukukunda hibe yapmak için kişinin tasarruf, yani temyiz kudretine sahip olması lâzımdır. Daha doğrusu akit ve sözleşme yapma kudretine sahip olması şarttır. Bu itibarla Mürşidü'l-Hayran'ın 78. maddesinde, "Hibenin sahih olması için vâhibin hür, âkil (yani mümeyyiz) ve bâliğ olması şarttır."¹ denilmiştir. Buna paralel olarak Mecelle'nin 859. maddesinde de "Vâhib'in âkil ve bâliğ olması şarttır." denilmek suretiyle aynı hususa işaret edilmiştir.

Dolayısıyla, teberru ehliyetini hâiz olan, yani reşit ve mümeyyiz bulunan bir şahsın sağlığında malının tamamını veya bir kısmını dilediği kimselere hibe etmesi câizdir; isterse bağışlanan kimse, bağışlayanın ana veya babası gibi aslı, isterse çocukları veya torunları gibi ferî' lerinden biri, isterse herhangi bir akrabası, ya da üçüncü bir şahıs olsun.

Bu konuda İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir. Fakat kişinin hibede çocuklarından bazılarını ötekilerine tercih etmesi veya bütün malını bazı çocuklarına bağışlayıp ötekilerine hiçbir şey vermemesi konusunda ihtilâfa düşmüşlerdir. Ekseri İslâm hukukçuları, vâhibin hibe yaparken çocukları arasında eşit davranmasının iyi (müstahap)

1 Ayrıca Bak. M. Kadri Paşa, el-Ahkâmü's-Şer'iyye, mad. 501.

2 M. Kadri Paşa, a.g.e., mad. 503; Mürşidü'l-Hayran, mad. 79.

olduğunu, eşit davranmadığı takdirde hibenin nâhoş (mekruh) olmakla birlikte geçerli olacağını söylemişlerdir³.

Zâhirflere göre ise kişi, hibede çocuklarından birisini ötekilerine tercih edemez; çünkü Hz. Peygamber, bu hususu kesinlikle yasaklamıştır⁴. İbn Hazm, bu konuda delil olarak bir kısım hadîs ve rivayetler zikreder. Bu arada bizim yukarıda (s. 38) kaydettiğimiz Nu'man b. Beşir ile ilgili hadîs üzerinde durur⁵.

Biz, aşağıda zikredeceğimiz sebeplerden dolayı İbn Hazm'ın bu görüşüne katılmıyoruz; ancak İbn Hazm'e göre, İslâm hukukunun kaynakları öncelikle Kur'an ve Peygamber'in Sünneti olduğundan, bağışta çocuklar arasında bir tercih yapılmasını yasaklayan mezkur hadîsin açık ifadesi karşısında başka türlü düşünmeye yer olmasa gerekir. Üstelik hibede veya vasiyette kişinin çocuklarından bir kısmını ötekilerine tercih etmesi, kardeşler arasında kıskançlık, kin ve nefrete yol açmak suretiyle akrabalık bağlarının zayıflamasını, hatta bu bağların kopması sonucunu doğurur. Bu da, bilindiği gibi, İslâm'ın genel prensipleriyle bağdaşmaz.

Bu ihtilâf, aslında Hz. Peygamber'in "*Vârise vasiyet yoktur*".⁶ hadîsiyle bağışta çocuklar arasında eşitliği emreden hadîsinin hükümlerini birbirine karıştırmaktan doğmaktadır. Esasen "*Vârise vasiyet yoktur*." hadîsinde ölüme bağlı tasarruflar söz konusu olduğuna ve bağışlama ise yaşayanlar arasındaki teberruları ifade ettiğine göre, bu hadîsi bağışlamaya tatbik etmek doğru olmaz kanısındayız. Her ne kadar Hz. Peygamber, evlât arasında adaletin gözetilmesine dair tavsiyelerde bulunmuş ise de, kanaatimizce bu, onlara yapılacak muamelede ve onların geçimlerinde ayrılık gözetmemekle ilgilidir. Hz. Peygamber'in maksadı bundan ibaret olduğuna ve hadîste, hayattakiler arasında yapılan bir tasarruf olan hibe lâfzı geçmediğine göre, mezkûr hadîsi hibeye teşmil edemeyiz. Bu düşüncelerle biz de mirasçılara ve evlâttan bazılarına hibe yapılmasını câiz gören çoğunluğun görüşüne katılmaktayız. Ancak mirasçıları olan bir şahsın hayatta iken üçüncü bir şahsa veya akrabalarından birine, ya da birkaçına bütün mallarını hibe ederek elden çıkarması, iyiniyete delil olmayacağından, kişinin, mirasçıları var iken malını üçüncü bir şahsa bağışlamasını ve bu yüzden mirasçılarını sefalet içerisinde bırakmasını Hz. Peygamber doğru bulmamıştır. Meselâ, vasiyet yoluyla malının *üçte ikisini* veya *yarısını*

3 el-Bendârî, Şerhu'l-Ukûd'il-Medeniyye: el-Hibe, s. 49, 50.

4 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s: 142 vd.

5 İbn Hazm, a.g.e., c. IX, s. 144, 145.

6 Buharî, Vasâyâ: 6; Tirmîzi, Vasâyâ: 5.

bağışlamak isteyen Sa'd b. Ebî Vakkâs'a, "Mirasçılarını zengin olarak bırakman, onları insanlara muhtaç bir durumda bırakmandan daha iyidir."⁷ buyurmuştur. Fakat belirttiğimiz gibi Hz. Peygamber'in bu hadîsi, hibe ile ilgili olmayıp ölüme bağlı olan vasiyetle ilgilidir.

Nitekim İslâm hukukçuları da vasiyetle ilgili olan bu ve benzeri hadîsleri kesin olarak "emir" sayarak, vasiyetin, terekenin üçte birinden fazlasında mirasçılardan izni bulunmadıkça geçerli olmadığını kabul ederler. Öte yandan aynı derecede sahih olan ve hibede çocuklardan birisini ötekilere tercih etmeyi meneden hadîsin hükmünü de "müstahap" olarak kabul ederler ve ölüme izafe edilmeyen bağışlamaların hiçbir surette sınırlanamayacağını söylerler. Biz de, biraz önce açıkladığımız düşüncelerle bu görüşe katıldık. Ancak İslâm hukukunda bağışlamanın tenfizi vâhibin ölümüne izâfe edilirse bu, hiçbir geçerlilik ifade etmez⁸.

İslâm'dan önce eski şark hukuklarında da kişinin malının tamamını hibe edip etmeyeceği üzerinde durulmuştur. Meselâ, eski İran hukukunda kişinin hayatta iken malının tamamını hibe edebileceğine cevaz verilmiştir⁹.

Mısır MK. unda, şahsın sağlığında bütün malını mirasçılardan birine veya bir yabancıya bağışlayabileceğini, murisin ölümünden sonra bu şekilde hibe edilmiş bir mal için mirasçılardan istirdat davası açamayacaklarını, hibe, vasiyet tarzında olduğu takdirde vâhibin malının üçte birinden fazlasını bağışlayamayacağını kabul etmiştir. Fransız MK. ise, burada aksi yolu benimsemiş; yani vâhibin sağlığında yaptığı ve vasiyet nisabını aştığı hibelerde mirasçılara istirdat davası açma hakkını vermiştir¹⁰.

BK. muzun 235. maddesinde ise, karı-koca malının idaresi usûlünden veya mirasçılık hakkından doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere, medenî haklarını kullanmak yetkisine sahip olan herkes bağışlamada bulunabilir. BK. m. 234/1'den de anlaşıldığına göre medenî haklarını kullanabilen, yani iktisap ve iltizama ehil olan her şahıs, mahcur olmadıkça, hayatta iken malının bir kısmını veya tamamını hibe edebilir. Kanunun aradığı rüş, genel rüşttür. Dolayısıyla, hibe yapabilmek için mutlaka 18 yaşını doldurmuş olmak gerekmez. Kazâi rüştle veya, evlenme kişiyi reşit kılar, kuralınca reşit olanlar da, 18

7 Buhârî, Feraiz: 6; Menakıbu'l-Ansar: 49; Muslim, Vasiyyet: 5.

8 Bak. s. 70.

9 Mahmud Es'ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 178.

10 el-Bendârî, a.g.e., s. 49.

yaşından aşağı olsalar bile, hibe yapabilirler. BK. m. 235'de, karı veya kocanın hibe yapma ehliyetinde mal rejimleri ile ilgili esasın ve mirasçılık hakkından doğan tahditlerin gözönüne alınmasından sözediliyor. Dolayısıyla, mal birliğinde karının şahsî mallarının ve mal ortaklığında ortaklığa giren malların diğer eşe bağışlanması halinde sulh hâkiminin tasdikine, üçüncü şahsa bağışlanması halinde de öteki eşin muvafakatına gerek vardır¹¹. Yine Miras hukukunda, tenkise tâbî muamelelerde, yani ölümden sonra tenfizi icabeden bağışlamalarda mirasçılarının mahfuz hisselerinin aşılmaması gerekmektedir¹². Bu hususlara riayet etmek şartıyla reşit ve mümeyyiz olan her şahıs, malının tamamını bağışlayabilir¹³.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre mümeyyiz ve reşit olan bir karı, kendi malında istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Evlilik bu konuda hiçbir bağ teşkil etmez; çünkü İslâm hukukçuları karı-koca arasında mal ayrılığını esas olarak kabul ederler. Ancak İmam Malik, Leys b. Sa'd ve Tavus b. Keysân bu görüşe katılmazlar. İmam Malik ve Tavus b. Keysân'a göre karı, kocasının izni olmaksızın; vasiyete kıyasen, kendi malının üçte birisine ulaşıncaya kadar teberru yapma yetkisine sahiptir. Leys b. Sa'd'e göre ise, karının yapmış olduğu teberru ve hibeler, kocasının izin ve icâzetine bağlıdır; sadece hoşgörülecek türden olan ufak-tefek bağış ve yardımlar müstesnâdır. Buna mukabil Mısır Medenî hukuku, hibe konusunda karıya tam özgürlük tanımış ve bu hususta kocasının izin ve icâzetine hiçbir gerek görmemiştir. Bugünkü Fransız Medenî Kanunu ise, kocanın rızası olmaksızın veya mahkemenin müsaadesi bulunmaksızın karının malını hibe etmesine cevaz vermemiştir¹⁴.

Burada görülüyor ki Fransız MK. nu esas almış olan Mısır MK., İslâm hukukunda evli bir kadının koca gibi tam hukukî tasarrufa sahip olmasını ileri süren fikri benimsemiş ve bu hususta Fransız MK. nun kadının hibe ehliyetini kısıtlayan hükmünü kabul etmemiştir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki reşit ve mümeyyiz olanlar, hibe yapma ehliyetine sahiptirler. Buna karşılık, reşit ve mümeyyiz olmayanlar da hibe yapma ehliyetine sahip değildirler. Buna göre Mecelle'nin 859. maddesinde, "Vâhibin âkil ve bâliğ olması şarttır. Binaenaleyh

11 MK. m. 169, 199, 213.

11 MK. m. 169, 199, 213.

12 MK. m. 455, 476, 507.

13 Şakir Berki, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 63.

14 el-Bendârî, a.g.e., s. 50; O. Pesle, a.g.e., s. 108.

sagîr ve mecnun ve ma'tuhun hibesi sahîh değildir; amma bunlara hibe sahihtir." denilmiştir. Dolayısıyla, velî veya vasîler, reşit ve mümeyyiz olmayanların mallarından malî bir ıvaz almaksızın hiçbir surette hibe yapamazlar. Bu hususta İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir; çünkü Kur'an'da, "*Yetimlerin malına, rüşdüne erinceye kadar, en iyi olan şekilden başka bir tarzda yaklaşmayın.*"¹⁵ buyurulmak suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf'a göre küçük, ister mümeyyiz olsun isterse mümeyyiz olmasın, velîsi veya vasîsi onun malını ıvazlı, ya da ıvazsız hiçbir surette bağışlayamaz. Ancak İmam Muhammed'e ve Malikîlere göre ise babanın küçük çocuğuna ait maldan, ıvazlı olmak şartı ile, hibe yapması câizdir. Vasî ise bu konuda baba gibi böyle bir yetkiye sahip değildir¹⁶.

II- Mümeyyiz Mahcurlarla Müşavirliğe Tabi Olanların Hibe Yapma Ehliyeti

1- Mümeyyiz mahcurların hibe yapma ehliyeti:

İslâm hukukunda hacrin çeşitli sebepleri vardır. İslâm hukukçuları, 1) küçüklük (sıgar), 2) delilik (cünün), 3) bunaklık (ateh), 4) kölelik (rık), 5) kamuya zarar verme (zarar-ı âmm), 6) ölüm hastalığı (maraz-ı mevt) sebebiyle hacr konusunda ittifak etmişlerdir. Bu hacr sebeplerinden ilk dördünden birisinin bulunması nedeniyle mahcur olanlar aslâ hibe yapamazlar; çünkü temyiz kudretleri yoktur; yani âkil değildirler. Velî veya vasîleri de bunlara ait mallarda teberru niteliği taşıyan bir tasarrufta bulunamazlar. Burada sözü edilen 5. hacr sebebi, meslekî faaliyetlerden menetme mahiyetindedir. 6. sebepten dolayı mahcur olanlar üzerinde de ileride duracağız.

Öte yandan, 1) sefihlik (sefeh, sefahet), 2) aptallık (beleh, belahet), 3) borç (deyn) sebebiyle kişinin hacr altına alınması konusunda da fakihler ihtilâfa düşmüşlerdir. İşte ihtilâflı olan bu hacr sebeplerinden birinin bulunması nedeniyle mahcur olan kimselerin hibe yapma ehliyetine sahip olup olmadıkları da tartışmalı bir konudur. İslâm hukukçularının bu konudaki görüşlerini şöylece özetleyebiliriz:

a) Kişisel hürriyete son derecede önem veren İmam Ebu Hanîfe'ye göre sefih ve sefih hükmünde olan aptal (ebleh) ile borçlu kimseler, asla hacredilemezler. Bunların kavli tasarrufları, yani sözleşme yapmaları ve dolayısıyla bağışlamada bulunmaları câizdir.

¹⁵ En'am suresi, 152.

¹⁶ A. Haydar, a.g.e., c. II, s. 693, 694; el-Bendâri, a.g.e., s. 56; A. Derdîr, eş-Şerhu'l-Kebîr, c. IV, s. 116.

b) İmam Ebu Yusuf, İmam Muhammed, İmam Malik, İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel gibi İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre ise sefiî, ebleh ve borçlu hacredilir. Mahkemece hacr kararı verildikten sonra artık bunların vakıf ve hibede bulunma gibi ıvazsız tasarrufları geçerli sayılmaz¹⁷.

İcra ve İflas Kanunumuza göre de *Konkordato* isteyen borçlu bu konudaki mühletin ilânından itibaren artık hibe ve benzeri ıvazsız tasarruflarda bulunamaz¹⁸. İİK. m. 278'e göre, iflâs eden veya borcunu ödemekten âciz olan kimsenin iflâsın açılmasından veya sonuçsuz kalan hacizden sonra ve kendisine borç ödemekten âciz belgesi verilmesinden itibaren geriye doğru belli bir süre içinde yaptığı bağışlamalar hakkında alacaklıların iptal davası açma imkânları vardır. Bu süre de en çok iki yıl olabilir. Ayrıca İİK. muzun 278. maddesi, iflâstan sonra yapılan aşağıdaki tasarrufları da bağışlama olarak kabul etmiştir:

1. Karı ve koca ile baba ve evlat gibi asıl ve feriler, nesep veya sıhriyet bakımından ikinci dereceye kadar hısımlar, evlât edinenle evlâtlık arasında yapılan ıvazlı tasarruflar.

2. Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ıvaz olarak pek aşağı bir fiat kabul ettiği akitler.

3. Borçlunun kendisine veya üçüncü bir şahıs menfaatine kayd-ı hayat şartıyla irat ve intifâ hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri.

Görüldüğü gibi bugünkü hukukumuzda iflâs açıldıktan sonra borçlu tarafından yapılan bu tasarruflar bâtıldır; iki yıl içinde alacaklılar tarafından dâvâ açıldığı takdirde mahkemece iptâl edilir.

Ayrıca 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü* hakkındaki Kanun'un 27. maddesinde de âmme alacağını ödememiş borçlulardan, müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veyahut beyan ettiği malların borcuna kifayet etmediği anlaşılanların ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinin başlamasından sonra yaptıkları bağışlamalarla ıvazsız tasarrufların hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu esasın uygulanması bakımından da aşağı yukarı İİK. m. 278'de sayılan tasarrufların bağışlama olduğu, 6183 sayılı sözü edilen kanunun 28. maddesinde belirtilmiştir.

17 Abdulkadir Şener, "İslâm Hukukunda Hacr", A.Ü.İ.F. Dergisi, c. XXI (1977). s. 345 vd.

18 Bak. İcra ve İflâs Kanunu, m. 290/1.

Mısır MK. na göre eksik ehliyetli kişiler ikiye ayrılmaktadır:

a) Mümeyyiz küçükler: İslâm hukukuna paralel olarak Mısır MK. nun 111 /1. maddesi, bunların hibelerinin tamamıyla batıl olduğunu belirtmiş; vasî, kayyim veya mahkemenin izin ve icâzetiyle dahi bunlar tarafından yapılan hibelerin geçerli olmayacağını açıkça ifade etmiştir.

b) Sefih ve aptallar: Mısır MK. nun 115 /1,2. maddesi uyarınca bunların hacr edilmeden önceki hibeleri sahih ise de, hacredilmelerine mahkeme karar verdikten sonra yaptıkları hibeler, mümeyyiz küçüklerin hibeleri gibi, mutlak butlan ile bătıldır¹⁹.

Öte yandan Mısır Medenî hukuku velî, vasî, kayyim ve vekillerin hiçbir surette malî velâyete tâbi olanların mallarından, mahkemenin izniyle dahi, hibe yapamayacaklarını hükme bağlamıştır. Ancak mahkemenin hükmüyle insanî veya ailevî bir vazifenin ıfası sadedinde olmak üzere, adı geçenlerin, kısıtlılar namına hibede bulunabileceklerini kabul etmiştir²⁰.

Burada biz, eblehler (aptallar) konusunda hem Mısır MK. na, hem de İslâm hukukçularınca benimsenen içtihadın kabulüne taraftar değiliz; çünkü eblehlerin temyiz kudretleri yetersizdir ve bu nedenle onların hacredilmeden önceki hibelerinin de geçersiz sayılması gerekir.

Konuyu bugünkü hukukumuz açısından ele alacak olursak görürüz ki mümeyyiz olup da reşit olmayan kimselerin malları ne kendileri tarafından, ne de vesâyet dairelerinin müdahale ve iştirakleriyle hibe konusu olamaz. Nitekim Berki'ye göre de vasî'nin vesâyeti altındaki şahsın malını bağışlayamayacağını hükme bağlayan MK. un 392. maddesi bu hususu ifade ve teyit etmektedir²¹.

Öte yandan BK. m. 237 /2'de, "Tasarrufa ehil olmayanın malı ancak kanunî mümessillerinin mesuliyetleri kaydıyla ve vesâyet hakkındaki hükümlere riayetle bağışlanabilir." denilmektedir. Yine Berki'ye göre bu fıkranın ifade ettiği hüküm, mümeyyiz ve reşit olup da mahcur olanların hibe yapma ehliyetleri konusunda uyulması gereken esası göstermektedir. Buna binaen *ihtiyârî hacr* ile veya bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olduğu için hacredilmiş bulu-

19 el-Bendârî, a.g.e., s. 53, 54.

20 Bak. 1952 tarih ve 119 sayılı Kanunu Ahkâmî'l-Velaye ale'l-Mal, m. 5, 38, 78 (el-Bendârî, a.g.e. s. 56'dan).

21 Ş. Berki, Borçlar, Hukuku, Özel Hükümler, s. 63.

nan reşit ve mümeyyizlerle kanunî müşavirliğe tâbi olan kimselerin mallarını hibe etmeleri, kanunî mümessillerinin izin ve icâzetiyle, yani vasî veya müşavirlerinin muvafakatiyle câizdir²². Tandoğan'a göre de BK. m. 235 /2, mümeyyiz mahcurların kanunî mümessillerinin muvafakatiyle bir kısım önemsiz bağışlamalarda bulunabileceklerini ifade etmektedir; çünkü MK. m. 392'nin mukabili olan İsviçre MK. nun 408. maddesi yalnız önemli bağışlamaları yasaklamaktadır. Buna göre, Tandoğan da mehaz kanunu gözönünde tutarak, mümeyyiz mahcur ve küçüklerin kanunî temsilcilerinin muvafakatiyle önemsiz bağışlamalarda bulunabilecekleri fikrinin savunulabileceğini söyler²³.

Kanaatimize göre ise bu görüş, Türk Medenî Kanunu ile Borçlar Kanunumuzda mutlak olarak sükût edilmiş olan hallerde ona mehaz teşkil eden İsviçre MK. nun hükmünü tatbik etmektir. Türkiye'nin kazaî egemenliği ile bağdaşıcı bir görüş olmadığından biz ona katılamamaktayız; yani kanunlarımızdaki her mutlak sükûtu, mehaz kanun bile olsa, yabancı mevzuatın hükümleriyle doldurmak eğilimlerine, kazaî egemenliğimize aykırı bulduğumuz için katılmak istememekteyiz.

Görüldüğü gibi MK. umuzun 392. maddesi içerik bakımından, hem temsil yoluyla hibeye cevaz vermeyen İslâm hukukçularının benimsedikleri görüşlere, hem de Mısır MK. nun 111 /1 ve 115 /1,2. maddelerine uygun düşmektedir. BK. muzun 235 /2. maddesi de, bazı yorumlara göre mümeyyiz mahcurların bir kısım kayıtlarla hibede bulunabileceklerini kabul etmekle, esasen mümeyyiz ve reşit olan sefih ve benzerlerinin hacredilmesini caiz görmeyen Ebu Hanîfe'nin görüşünü andırmaktadır.

2- Kanunî müşavirliğe tâbi olanların hibe yapma ehliyeti:

İslâm hukukunda kanunî müşavirlik kavramını göremiyoruz. Dolayısıyla, İslâm hukukçuları, kanunî müşavirliğe tâbi kimselerin hibe yapma ehliyetinden de söz etmezler. Öte yandan kanunî müşavirlik kavramını Mısır MK. nda da göremiyoruz.

Medenî hukukumuzda ise bu konu özellikle ele alınmıştır. MK. m. 379'da, "Hacrine kâfi sebep bulunmamakla beraber medenî haklarını kullanmak selâhiyetinden kısmen mahrum edilmesi menfaati iktizasından bulunan reşide aşağıdaki işlerinde reyî alınmak üzere bir müşavir tayin olunur." denildikten sonra müşavirin görüşüne başvuru

22 Ş. Berki, a.g.e., s. 63, 64

23 H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, c. I, s. 273, 274.

rulması gereken işler 9 bent halinde sıralanmış ve 7. bentte, “Bağışla-
ma” ya yer verilmiştir. Buna göre kanunî müşavirliğe tâbi olan kişiler,
müşavirin izin ve icâzeti olmaksızın hibede bulunamazlar. Ancak ge-
rek müşavirliğe tâbi olanlar, gerekse mümeyyiz mahcurlar, izin ve
icazete muhtaç olmaksızın, hibe ve ibrâ dışında kalan bir kısım ıvazsız
tasarruflarda, meselâ, ahlâkî bir vazifenin ifası zımnında, ya da örf
ve âdetin gereği olarak, sadaka ve hediye gibi bazı tasarruflarda bu-
lunabilirler²⁴.

Diğer taraftan Bilge'nin anlayışına göre BK. m. 235 /2'nin MK.
m. 392 karşısında pratik bir değer ifade edebilmesi için mahdud ehli-
yetli kimselerin hibe yapabilmeleri hususunda müşavirin reyî gerekti-
ğini bildiren MK. un 379. maddesinin 7 numaralı bendine işaret edil-
mek istendiğini kabul etmek icap eder²⁵. Fakat bundan önceki bahiste
ifade ettiğimiz gibi, Berki, BK. m. 235 /2'deki hükmün, müşavirliğe
tâbi kişilerin hibe yapma ehliyetine işaret etmiş olduğu görüşünü ye-
rinde bulmaz; çünkü MK. m. 379, bunların hibe yapma ehliyetleriyle
ilgili olarak özel bir hüküm koymuştur. Dolayısıyla, MK. m. 379,
müşavirliğe tâbi olanların, BK. m. 235 /2 de, mümeyyiz mahcurların
hibede bulunma ehliyetleriyle ilgili esası tesbit etmiştir²⁶.

III- Vekaleten Hibede Bulunma Yetkisi

İslâm hukukunda hibe akdi veya hibe edilen şeyin bağışlanana
teslimi, vekâletle yapılması câiz olan işlerdendir. Ancak vekile, hibe
konusunda özel olarak yetki verilmezse müvekkil adına bağışlamada
bulunamaz. Yani umumî vekâletle birinin malî işlerine bakan vekil,
kendisine özel bir selâhiyet verilmedikçe müvekkili namına hibe gibi
teberru türünden olan tasarruf ve muamelelerde bulunamaz²⁷.

Eğer müvekkil, vekile yetki verirken hibenin karşılıklı (ıvazlı)
olmasını söylemişse, vekilin aldığı ıvaz az veya çok olsun, Ebu Hanîfe'ye
göre hibe sahih olur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, böyle
bir hibe caiz olmaz: ancak ıvazın kıymetçe bağışlanan şeye denk ol-
ması veya ondan az ise aradaki farkın halk nazarında aldanma bakım-
ından hoşgörülecek miktarda olması halinde böyle bir hibe sahih
olur. Vekil, özel bir yetkiye sahip değilse vâhip adına hibeden rucu dahi

24 Ş. Berki, a.g.e., s. 63, 64.

25 N. Bilge, a.g.e., s. 122, n. 2.

26 Ş. Berki, a.g.e., s. 64, n.2.

27 Serahsî, el-Mebcut, c. XIV, s. 91, 92.

edemez. Ancak vâhip, hibesinden rucu işini kovuşturmak için herhangi bir şahsı da vekil tayin edebilir²⁸.

Hamr (şarap) ve domuz gibi nesnelerden olup İslâm hukukunda müslümanlar için mal sayılmayan, dolayısıyla hibe konusu olmayan şeyleri bağışlayan bir gayri müslim bunların bağışlanana teslim edilmesi amacıyla bir müslümanı vekil tayin etse, o müslümanın vekâleten bu işi yapması câizdir; çünkü onun vekâleten yaptığı bu iş, bir nevi emenâneti deruhte etmekten ibaret olup bağışlanan şeye sahip olmak değildir²⁹.

Borçlar Kanunumuzun 388. maddesinin 3. fıkrasında, “Husûî selâhiyeti hâiz olmadıkça vekil dâvâ ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayri menkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez” denilmektedir. İşte bu fıkra göre vekilin müvekkilinin nâm ve hesabına bağışlamada bulunabilmesi için açıkça ve özel olarak bir yetkiye sahip olması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi vekâleten hibe konusunda eski ve yeni hukukumuzun benimsediği hükümler aynıdır ve başka türlü olması da doğru olmazdı. Ancak burada belirtmek isteriz ki vekilin hibe ehliyeti *temsil*’e teşmil edilemez. Biraz önce de geçtiği üzere velî veya vasî gibi kanunî mümessiller, küçük veya mahcûrların rızası olsa dahi onların namına mallarından hibede bulunamazlar; çünkü tasarrufa ehil olmayanlar vekâlet vermeye de ehil değildirler. Nitekim İslâm hukukunda da durum aynıdır.

IV- Ölüm Hastalarının Hibede Bulunma Yetkisi

İslâm hukukçuları, çoğu kez ölüm korkusu bulunan bir hastalığa yakalanan, kadınsa ev işlerini, erkekse dışarı işlerini göremiyen ve bu hal üzere bir sene geçmeden ölen kimseye “ölüm hastası” (marîzu’l-mevt) adını verirler. Bu gibi kimselerin hastalıkları uzayıp gider ve bir yılı geçerse, hastalıkları şiddetlenmedikçe, sağlam sayılırlar; kavli tasarrufları geçerli olur; yani sözleşme ve akit yapma yetkileri kısıtlanmaz. Bunlar, hastalıkları artarak bir yıl içinde ölürlerse, durumlarının değişmesinden sonra ölene kadar yaptıkları kavli tasarruflar, bazı kayıt ve şartlarla muteber olur. Demek ki ölüm hastaları kısmen mahcurdurlar. Sözügelîşi, hastalıkları sırasında yaptıkları vakıf, borç ıkrarı ve hibe, mirasçıları muvâfakat etmezlerse, ancak mallarının

28 Serahsî, a.g.e., s. XIX, s. 92, 93.

29 Serahsî, a.g.e., c. XIX, s. 92.

1/3'ünden geçerli olur; yani bunların *vasiyet* nisabını aşan tasarrufları tenkise tâbi tutulur³⁰.

Burada İslâm hukukçuları, hastalığı kesin bir aczi ifade eden ölümün sebebi olarak gördükleri için mirasçılarla alacaklıların hakkını korumayı amaçlarlar ve ölümle sonuçlanan böyle bir hastalığı hacr sebeplerinden sayarlar. Buna göre ölüm hastalarının hibe gibi feshedilmesi mümkün olan tasarrufları, halihazırda tekemmül etmişse sahih olur; çünkü ölüm hastalığının hacr için bir sebep teşkil etmesi, hastalık ölümle sonuçlanmadıkça şüphelidir ve bu itibarla hacr derhal sabit olmaz. Eğer hastalık ölüme yol açarsa, hastalık sırasındaki hibe gibi ıvazsız tasarrufları sınırlamak, yani tenkise tâbi tutmak suretiyle mirasçılarla alacaklıların hakları korunmuş olur³¹.

İşte bu esasa binaen ölüm hastalarının hibesinde iki durum ortaya çıkmaktadır:

1) Bağışlanan, bağışlanılan şeyi hastanın sağlığında tam olarak kabz etmişse ve bağışlayan da bağışlamadan rucu etmemişse hibe sahih olur. Ancak hasta olan vâhip ölürse hibe vasiyet hükmünde olup durumuna bakılır: Vâhibin borcu malından çoksa hibenin sıhhati alacaklıların icâzetine bağlıdır. Alacaklılar muvâfakat ederlerse hibe sahih olur; muvâfakat etmezlerse bâtil olur. Eğer hibe, vâhibin borcu ödendikten sonra terekenin kalanının üçte birini geçmezse doğrudan doğruya sahih olur; üçte birini geçerse, bu fazla miktar için mirasçılarının icâzeti gerekir. Borçsuz olarak ölen vâhip terekesinin üçte birinden fazlasını hibe ettiği takdirde, yine bu fazla miktar için mirasçıların icâzeti gerekir; yani bu durumda da hibeye vasiyet hükmü uygulanır³².

2) Bağışlanan bağışlanılan şeyi geçerli bir şekilde kabzetmeden önce bağışlayan ölmüşse Ebu Hanîfe ve taraftarlarıyla İmam Şafîi'ye göre hibe bâtildir ve mal vâhibin mirasçılarına kalır. İmam Malik ve İbn Ebi Leylâ'ya ve Ca'ferîlere göre ise bu durumda hibe vasiyet hükmünde olur; yani terekenin üçte birinde geçerli sayılır³³.

Mecelle'de bu konu düzenlenirken özetle şu maddelere yer verilmiştir:

30 İmam Muhammed eş-Şeybânî, el-Cami'u'l-Kebir, s. 368; Mecelle, mad. 1595.

31 Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 736, 740.

32 Serahsî, el-Mebhut, c. XII, s. 102 vd.; el-Bendâri, a.g.e., s. 52.

33 Şafîi, el-Umm, c. VII, s. 105; el-Bendâri, a.g.e., s. 53; el-Hillî, Şerai'u'l-İslâm, c. II, s. 232.

Mad. 877- Mirasçısı olmayan kimse ölüm hastalığında bütün mallarını birine hibe ve teslim etse sahih olur ve ölümünden sonra terekesine Hazine karışamaz.

Mad. 878- Karısından başka mirasçısı olmayan kimse ölüm hastalığında mallarının hepsini karısına veya kocasından başka mirasçısı bulunmayan kadın bütün mallarını kocasına hibe ve teslim etse sahih olur. Ölümünden sonra Hazine bunların terekesine müdahalede bulunamaz.

Mad. 879- Bir kimse ölüm hastalığında mirasçılardan birine bir şey hibe edip öldüğünde, öteki mirasçılar icâzet vermezlerse bu hibe sahih olmaz. Fakat mirasçılardan başkasına hibe ve teslim ettikde üçte bir malı bağışlanılanın tamamına eşit ise sahih olur, eşit olmayıp mirasçılar da hibeye icâzet vermezlerse hibe eşit olduğu miktarda sahih olur; kalanını bağışlanan şahıs geri vermeye mecburdur.

Mad. 880- Terekesi borcuna yetmeyen kimse ölüm hastalığında mallarını mirasçısına veya başkasına hibe ve teslim ettikten sonra ölse, alacaklılar hibeyi tanımayıp o malları alacakları oranında aralarında paylaşabilirler.

Mısır Medenî hukukunda ölüm hastalarının hibeleri konusunda İmam Malik'in görüşüne yakın bir yol tutulmuş ve bu tür hibelere vasiyet hükümleri uygulanmıştır. Mısır Vasiyet Kanunu'nun 37. maddesi, ölüm hastalarında,

- a) Kendi işlerini göremeyecek kadar hasta olmayı,
- b) Şifası kaabil olmayan ve genellikle ölüme yol açan bir hastalığa yakalanmayı,
- c) Hastalığın fiilen ölümle sonuçlanması şartlarının mevcut olmasını öngörmektedir. Ancak bağışlayan hasta iken malında hibe yoluyla usûlüne uygun bir tasarrufta bulunduktan sonra iyileşirse bu, sağlıklı kimselerin hibesi gibi işlem görür³⁴.

Roma'da da ölüm düşüncesiyle bağışlama vardı. Fakat hüküm ve şekil bakımından İslâm hukukundaki ölüm hastalarının hibelerinden oldukça farklı idi. Kısaca, Roma'da bir kimse o suretle bir bağışlamada bulunurdu ki şayet ecel gelip ölürse bağışladığı şey alanın olurdu; yahut ölümden kurtulur veya bağışlamadan cayar, ya da bağışlanan kimse kendisinden önce ölürse verdiği şeyi geri alırdı. İslâm hukukundaki rukbâ'yı andıran ve nitelikleri bakımından muayyen mal

³⁴ el-Bendâri, a.g.e., s. 51.

vasiyetiyle aynı olup olmadığı tartışmalı bir husus olan bu tür bağışlamaları, Iustinianus, tamamiyle muayyen mal tasarrufları arasında saymıştır³⁵.

Medenî hukukumuzda ise ölüm hastaları konusu ele alınmış değildir. Ancak MK. m. 507, No. 3' de, "bağışlayanın ... vefatından evvelki bir sene içinde yapılmış bağışlamaları"nın ölüme bağlı teberrular gibi tenkise tâbi tutulacağı hükme bağlanmıştır. MK. un 508. maddesinde de, "kendisine tenkise tâbi bir teberru yapılmış olan kimse hüsnüniyet sahibi ise yalnız mirasın açıldığı gün o teberru veya hasılatından elinde kalan miktarı geri vermekle mükelleftir. Miras mukavelesiyle teberrua nail olan kimse, tenkise maruz kalırsa, murise ıvaz olarak verdiği şeyden tenkis ile münasip miktarı geri isteyebilir." denilmiştir.

MK. umuzun bu maddesinden anlaşıldığına göre, kendisine tenkise tâbi bir teberru yapılmış olan kimse iyi niyetli değilse, yani bu teberruda mahfuz hisse sahiplerinin paylarının aşıldığını bildiği halde ses çıkarmamış ve bağışlanan şeyi harçamışsa mahfuz hissenin tamamını hak sahibine geri vermekle yükümlüdür³⁶.

Görüldüğü gibi İslâm hukukunun bu konudaki hükümleriyle MK. umuzun hükümleri arasında, mirasçılarının mahfuz hisselerinin korunması bakımından, pek büyük bir fark göze çarpmamaktadır.

V- Hükmi Şahısların Hibede Bulunma Yetkisi

Hükmi şahıs kavramı, İslâm hukukunda fazla gelişmemiştir. Meselâ, şirket ve cemiyet gibi kurumların tüzel kişiliklere sahip olup olmadıkları konusunda Hanefî İslâm hukukçuları pek kafa yormamışlardır. Ancak Şafiî ve Malikîlerin cami ve köprü gibi vakıf veya hayır kuruluşlarının tüzel kişiliğe sahip olduklarını açıkça ifade ettiklerini görmekteyiz³⁷. Beytu'l-Mâl ve vakıf gibi bir kısım kurumlar eski hukukumuzda, yani Hanefîlere ait yeni eserlerde hükmi şahıs olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Beytul'-Mâl'i beytu'l-mal emini, vakfı da mütevellîsi temsil eder. Eski Hanefî fıkıh kitaplarında vakfın hükmi şahsiyete sahip olduğu iyice anlaşılamamıştır. Sözügelisi, vakfın sebep olduğu bir zararı vakıf veya mütevellîsi değil, bizzat vakıf yapan kimse öder; çünkü tam bir hükmi şahsiyete sahip olmadığı için vakfın zimmetinin varlığı kabul edilmez³⁸.

35 Iustinianus, Institutiones, s. 46.

36 Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukukunun Umumi Esasları, s. 268.

37 Mustafa Zerkâ, el-Fıkhu'l-İslâni fi-Sevbihi i'l-Cedid, c. III, s. 270, 271.

38 Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 919; S. Ş. Ansay, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, s. 75; İbn Abidin, Reddu'l-l-Muhtar, c. III, s. 649.

Bu itibarla İslâm hukukunda hibenin hükümleri belirtilirken tüzel kişilerin hibe yapma yetkisi ele alınmaz. Mecelle ve şerhlerinde dahi bu hususa hiçbir işarette bulunulmamıştır.

İslâm hukukunda genellikle ayrı ayrı birer- tüzel kişi sayabileceğimiz vakıfların yöneticileri, vakfiyelerde belirtilen şartların içerdiği amaçlara uygun olarak, vakıflara ait gelirlerden bir kısım yardım ve teberruda bulunabilirler. Yine derneklerin yetkili organlarının, tüzüklerdeki sınırlamalara bağl kalmak şartıyla, dernek gelirlerinden serbestçe bazı teberrularda bulunmaları, İslâm hukukunun esaslarına aykırı düşmese gerektir.

Medenî hukukumuzda ise, öteki çağdaş hukuklarda olduğu gibi, hükmî şahıslar konusu oldukça geniş bir biçimde ele alınmıştır. MK. umuzun 45-81. maddelerinde hükmî şahısların tanımı, çeşitleri ve medenî hakları kullanma yetkileri... anlatılmıştır. MK. m. 46'da, hükmî şahısların cins, yaş, hısımlık gibi yaratılış icabı olarak insana özgü olanlardan başka bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilecekleri; MK. m. 47'de de, hükmî şahısların medenî hakları kullanma yetkilerinin, kanuna ve tüzüklere göre bu husus için gerekli organlara sahip olmalarıyla başlayacağı belirtilmiştir.

Buna göre dernek ve şirket gibi tüzel kişilerin teberru ve dolayısıyla hibe yapma yetkileri vardır. Türk Ticaret Kanunu m. 468'de belirtildiği gibi şirketler, vakıf (tesis) şeklinde de teberru yapabilirler.; çünkü bu gibi tasarruflar şahsa bağl haklardan olmayıp mamelekî haklardandır. Ancak yönetmelik veya tesis senedinde bir sarahat bulunmadıkça veya genel kurul karar vermedikçe, gerek dernekler ve bunların temsilcileri, gerekse şirketler teberru veya hibede bulunamazlar³⁹.

§ 8. HİBEYİ KABUL EHLİYETİ

I- İslam Hukukunda Hibeyi Kabul Etme Ehliyeti

İslâm hukukçularının çoğunluğuna ve bu arada Hanefîlere göre lehine bağışlama yapılan ile ilgili hükümler şöyle özetlenebilir:

1) Lehine bağışlama yapılanın sağ olması şarttır; çünkü hibe bir temlik ve temellük işidir; sağ olmayan kimse ise temlik ve temellükle ilgili hiçbir işlemde bulunamaz; yani ne bir şeye mâlik olur; ne de bir şeyi başkasına devredebilir. Ayrıca bağışlananın ehliyetli olması da gerekmez; çünkü bugünkü hukukumuzda olduğu gibi İslâm hukukun-

39 Şakir Berki, a.g.e., s. 65.

da da kişinin birşeye malik olabilmesi için mutlaka ehliyet şart değildir. Sözgelisi; küçük, deli ve bunak kimselerin mal mülk sahibi olmaları mümkündür.

2) Bağışlanan, bağışlanan şeyi kabzetme bakımından şu üç durumdan birisine sahip olabilir:

a) Mümeyyiz ve reşit olabilir. Bu durumda hibeyi ya kendisi veya velisi kabzeder.

b) Mümeyyiz küçük veya temyiz kudretine sahip bunak olabilir. Bu durumda olanlar hibeyi kabul ve kabzetme ehliyetine sahiptirler. Bu hususta velî veya vasilerinin icâzetine gerek yoktur. Elbette velî veya vasilerinin de onlar adına hibeyi kabul ve kabzetme yetkileri vardır.

c) Mümeyyiz olmayan küçük veya deli, ya da delilik derecesinde bunak olabilir. Bu durumlarda olanlar adına hibeyi velî, ya da vasîleri kabul ve kabzederler.

3) Yaşı küçük olan bir kadına hibe yapılması halinde hibeyi ona vekâleten kocası kabzedebileceği gibi, babası da velisi sıfatıyla kabze-debilir⁴⁰. Bu durumda olan bir kadın mümeyyiz ise hibeyi kendisi de kabz edebilir.

4) Cenin için yapılan vasiyet bâtil olmadığı halde hibe bâtildir. Esasen İslâm hukukçuları hibe ile vasiyet arasında şöyle bir ayırım yaparlar; Vasiyet, ölümden sonra tenfiz edildiği için mirasa benzer. Ceninin mirasçı olduğu tartışmasız olarak kabul edildiğine göre, ona vasiyet de sahih olur. Hibe ise halihazırda, yani hayattakiler arasında yapılmış bir temliktir; dolayısıyla sağ olarak doğup doğmayacağı belli olmayan cenin buna derhal malik olamayacağı gibi, henüz doğmadığı için velisi de onun adına hibeyi kabul ve kabz edemez; çünkü velâyet, ancak doğumdan sonra başlar⁴¹.

İmam Malik ve öğrencilerine göre ise cenine hibede bulunmak câizdir ve velisi tarafından onun adına kabul edilen menfaatli muameleler doğru ve geçerli sayılır. Ancak onun adına kabul edilen bu gibi şeyler, sağ olarak doğarsa kendisinin, sağ olarak doğduktan sonra ölürse mirasçılarının ve ölü olarak doğarsa ilk önceki sahibinin olur⁴². Biz de bu fikre katılıyoruz; çünkü bu da bir çeşit hibe va'didir.

40 İslâm hukukunda evlenmenin kişiyi reşit kılacağı prensibi üzerinde durulmamış; evlenme için rüşt değil, sadece bedenî olarak bulûğ çağına ulaşma yeterli görülmüştür.

41 Mecelle, mad. 851-853; el-Bendârî, a.g.e., s. 59, 60.

42 el-Bendârî, a.g.e., s. 60.

Bu konuda Mısır Medenî hukuku, Malikî mezhebinden tamamiyle uzaklaşmış ve cenin için yapılan hibeleri batıl saymıştır. Fakat mümeyyiz küçükler gibi eksik ehliyetli olanların ıvazsız hibeleri doğrudan doğruya kendilerinin veya velî, vasî, ya da kayyimlerinin; temyiz kudretine sahip olmayanların da velî, vasî veya kayyimlerinin bu tür hibeleri kabul edebileceklerini; ıvazlı hibeleri ise velî, vasî veya kayyimlerinin ancak mahkemenin izniyle kabul edebileceklerini hükme bağlamıştır⁴³.

II- Medenî Hukukumuzda Hibeyi Kabul Etme Ehliyeti

BK. m. 236 /1'e göre medenî haklarını kullanma yetkisinden yoksun olan kimse⁴⁴ temyiz kudretine sahip⁴⁵ ise bağışlamayı kabul ve bu sebeple mal iktisap edebilir. Fakat o kimsenin kanunî temsilcisi kendisini bağışlamayı kabulden men veya bağışlanılan şeyin iadesini emrederse bağışlama hükümsüz veya reddedilmiş olur.

Bundan anlaşılıyor ki mümeyyiz olan kimsenin veya mümeyyiz mahcurların ıvazsız mal iktisap edebilmeleri için kanunî temsilcilerinin izin veya icâzetine gerek yoktur. Nitekim MK. m. 16 /2 ve 404 de bu hususu desteklemektedir.

Öte yandan Mısır Medenî hukuku, eksik ehliyetli kimselerin velilerine velâyetleri altında bulunan bu kişilere yapılan hibeleri mahkemenin izni olmaksızın kabul veya reddetme yetkisi tanıdığı halde, vasî veya kayyimlere ancak bu hibeleri mahkemenin izniyle reddetme hakkını vermiştir⁴⁶.

Borçlar hukukumuzda göre ise mümeyyiz mahcurlarla mümeyyiz olmayan küçükler lehine yapılan hibeler, kanunî mümessilleri tarafından bizzat kabul edilebilir. Kabul edilmemeleri için bir neden yoksa kanunî mümessillerinin hibeyi reddetmeleri, vazifelerini kötüye kullanma demek olup sorumluluğu gerektirir⁴⁷.

Görülüyor ki eski hukukumuzla yeni hukukumuz arasında hibeyi kabul etme ehliyeti konusunda da önemli farklar yoktur. Sadece küçüklerin lehine yapılan hibeyi reddetme konusu üzerinde İslâm hukukçuları hiç durmamışlardır. BK. muz ise kanunî mümessile hibeyi

43 Mısır MK. m. 487 /2; Kanunu'l-Velâye ale'l-Mal, m. 12, 39, 79; el-Bendâri, a.g.e., s. 57-59.

44 Bak. MK. m. 16.

45 Bak. MK. m. 13.

46 el-Bendâri, a.g.e., s. 57, 58.

47 Ş. Berki, a.g.e., s. 66.

reddetme yetkisini tanıırken bağışlayanın küçüğü istismarına ve kötü niyetli davranışına engel olmak, yani küçüğü korumak amacını gütmüştür ki aynı tutum, Mısır Medenî hukukunda da görülmektedir.

III- Hükmi Şahısların Hibeyi Kabul Etme Yetkisi

Hükmi şahısların hibe yapma ehliyetinden söz ederken de değindiğimiz gibi, İslâm hukukçuları hükmi şahsiyet konusunu açıkça ele almamışlardır. Ancak son zamanlarda eski hukukçularımızın bu hususu ele aldıkları görülmektedir⁴⁸.

Nitekim 27 Ramazan 1294 (23 Eylül 1293) tarihli *Vilâyât Belediye Kanunu*'nun 39. maddesinde Belediye İdarelerine yapılacak yardım ve hibelerden söz edilmiştir. Yine 29, Recep 1327 (3 Ağustos 1325) tarihli *Cemiyetler Kanunu*'nun 17. maddesinde de, dernekler lehine vasiyet ve hibe edilen malların Hükûmetin özel ruhsatı olmadıkça kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Cami ve okul gibi kurumlara hayır amacıyla yapılan bağışlar da geçerli ve sahihtir. Ancak bunları İslâm hukukçuları genellikle "sada-ka" hükümlerine tâbi tutmuşlardır⁴⁹.

Yeni hukukumuzla göre ise, hükmi şahıslar lehine yapılan hibeleri, onlar adına hukukî muamele ve tasarruflarda bulunmaya yetkili organlar kabul ederler⁵⁰. Yargıtayın bir kararında da, *Cami İanât Nizamnâmesi* hükümlerine göre toplanan yardımların hukukî mahiyetinin bağışlama olduğu açıkça ifade edilmiştir⁵¹.

48 M. Es'ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 273, n. 1' de, terekenin hükmi şahsiyet olduğunu söyler.

49 Semerkandî, Hizanetu'l-Fıkh, c. II, s. 354; Fyze, Outlines, s. 195.

50 Ş. Berki, a.g.e., s. 66.

51 Bak. 3. HD. 29.1.1960, E. 498/K. 594; Adalet Dergisi, 1960, sayı: 7, s. 411; Tandoğan, a.g.e., s. 269. Ayrıca bir alayın hükmi şahsiyeti olmadığı için hibe akdinde taraf sayılamayacağı ve bu nedenle bağışlamanın geçerli olmaması gerekip gerekmeyeceği hakkında yukarıya Bak. s. 33, n. 70.

Üçüncü Bölüm

HİBENİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

§ 9. HİBEDE TARAFLARIN BORÇ VE SORUMLULUKLARI

İslâm hukukunda hibe akdinin tamam olması için kabzı şart koşan müctehidlere göre hibenin hükmü, mülkiyetin, kesin olmaksızın bağışlanana geçmesidir. Buna göre hibe üzerine hükmün terettüp etmesi için bağışlanılan şeyin bağışlanan tarafından kabzedilmesi gerekir. Dolayısıyla, kabzdan önce hibenin hiçbir hükmü yoktur; eskisi gibi hibe edilen şey, bağışlayanın mülkiyetinde kalır. Başka bir deyişle kabz, hibenin sıhhatinde şart değilse de subûtunda şarttır; çünkü kabzdan önce mülkiyetin mevhubunlehe naklini kabul etmek, bağışlayanı teslimine zorlamaktır. Bu ise teberra fikriyle bağdaşmaz¹. Bunun içindir ki *Mecelle*'nin 861. maddesinde, “Mevhubunleh kabz ile mevhubu malik olur.” denilmiştir. Bu itibarla hibede ancak tenfiz netice doğurur; tenfizden önce sırf akitle bir hüküm hasıl olmaz².

İmam Malik ve Zâhirîler gibi hibenin tamam olması için kabzın şart olmadığını ileri süren İslâm hukukçularına göre ise, sırf icap ve kabul ile akit tamamlanır ve mülkiyet bağışlanana nakledilmiş olur³.

İmam Şafîî'ye göre de esasen hibe ile sabit olan mülkiyet kesinlik ifade eder ve babanın çocuğuna yapmış olduğu hibenin dışında vâhibin rucu hakkı da olmaz⁴.

Bu konuyla ilgili deliller üzerindeki tartışmalara “§ 10, II” de değineceğiz. Ancak burada belirtmek isteriz ki bizce de Malikî ve

1 Merginânî, el-Hidâye, c. III, s. 164; Ali Haydar, Düreru'l-Hukkâm, c. II, s. 617, 619.

2 Mustafa Zerkâ, el-Fıkhu'l-İslâmî fi-Sevbihi'l-Cedid, c. I, s. 549.

3 Karş. s. 35, 36.

4 el-Kâsânî, Bedâi', c. VI, s. 127.

Zâhirîlerin görüşünü kabul etmek uygun olur; çünkü yapılmış bir bağışlamadan sebepsiz yere caymak ve akdi bu suretle hükümsüz kılmak doğru olmaz.

Borçlar hukukumuzda da, genellikle bağışlama tek taraflı borç doğuran bir akit olduğu için satım gibi iki taraflı borç doğuran akitlere bakarak iki özellik taşır: Bunlardan birincisi, bağışlayan tarafın, öteki akitlerdeki orana daha az borç yüklenmesi; ikincisi de bağışlayanın akdin ifasından sonra dahi ondan rucu etme yetkisine sahip olmasıdır⁵.

Biz burada eski ve yeni hukuklarımız açısından önce bağışlayanın, sonra da bağışlananın borç ve sorumlulukları üzerinde duracağız.

I- Bağışlayanın Borç ve Sorumlulukları

Biraz önce de değindiğimiz gibi, Hanefî ekolüne göre kabzdan, yani hibenin tenfizinden evvel bağışlayanın herhangi bir borç veya sorumluluğu sözkonusu değildir. İmam Mâlik'e göre ise icap ve kabulden sonra artık bağışlayan teslim borcuyla sorumludur⁶. Ancak eski hukukumuza göre ıvazlı hibede tenfizden sonra bağışlanan mal üzerinde üçüncü bir şahıs istihkak dâvâsı açar ve bu dâvâyı kazanırsa bağışlayanın aldığı ıvazı, mevcutsa aynen iade etmesi, mevcut değilse mislini veya kıymetini vermesi gerekir. Hibede ıvaz sözkonusu olmadığı takdirde bağışlanan bağışlayandan hiçbir şey isteyemez⁷.

Görüldüğü gibi İslâm hukukçuları, vâhip için burada herhangi bir tazminattan söz etmedikleri gibi, zapta ve ayıba karşı bağışlayanın sorumluluğundan da bahsetmemişlerdir. Bugünkü Mısır Medenî hukukuna göre ise vâhip;

- a) Bağışlanan şeyin mülkiyetini bağışlanana nakletmekle,
- b) Teslim borcu ile,
- c) Helâk, zapt, istihkak ve gizli ayıba karşı zararı tazminle sorumludur; ancak bağışlananın telef ve helâk olması halinde bağışlayan, Mısır MK. m. 496 gereğince yalnız kasıt ve ağır kusurundan dolayı böyle bir sorumluluk altına girer⁸.

Borçlar Kanunumuza göre de bağışlama taahhüdünde bulunan kimse borcunu yerine getirmeye, bağışlanan şeyi karşı tarafa devir

5 N. Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, s. 132.

6 Ahmet Derdir, Serhu'l-Kebir, c. IV, s. 101,; el-Bendârî, a.g.e., s. 126, 127.

7 Kanunu'l-Ahvâl eş-Sahsiyye, m. 523; el-Bendârî, a.g.e., s. 143; Durru'l-Muhtar, Tahtavî Haşiyesi'nin kenarında, c. III, s. 404.

8 el-Bendârî, a.g.e., s. 121 vd.

ve temlik etmeye mecburdur. Aksi takdirde bağışlayan kişi, BK. nun 96. ve müteakip maddeleri gereğince tazminat ödemek zorunda kalır. Başka bir deyişle, kendisine bağışlama taahhüdü yapılan şahıs, bağışlanılan şeyin teslim edilmesini bağışlayandan veya onun mirasçılarından dâvâ edebilir. Borç yerine getirilmediği takdirde de bu yüzden uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Fakat, kural bu ise de, BK. muz bazı hallerde mirasçıların sorumluluklarını kabul etmemiştir. Meselâ, aksine bir anlaşma yoksa, muayyen zamanlarda birşey verilmesini gerektiren bağışlamanın hükmü, bağışlayanın ölümüyle sona erer⁹.

BK. muza göre bağışlayanın sorumluluğu iki yönden ele alınmaktadır:

1- Bağışlayan borcunu zamanında ifâ etmediği takdirde;

a) İfa henüz mümkünse, bağışlanan şahıs gecikmiş ifâyı dâvâ edebilir. Ancak BK. m. 104/1 gereğince para bağışlamalarında geçmiş günlerin faizi, temerrüt tarihinden değil, bağışlanan tarafından icrâya ve mahkemeye başvurma tarihinden itibaren işler.

b) Borcun ifâsı bağışlayanın kusuruyla imkânsız hale gelmişse bağışlanan zararın tazminini isteyebilir¹⁰. Ancak bağışlayan kasdı veya ağır kusuru olmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir; çünkü BK. m. 98'e göre akit borçluya fayda sağlamadığı takdirde sorumluluk daha az şiddetle takdir edilir. Nitekim BK. m. 243'de bağışlayanın "hileden veya ağır dikkatsizlikten" dolayı sorumlu olacağına işaret edilmiştir.

2- Bağışlayan, BK. m. 243'e göre bağışladığı şey veya temlik ettiği alacak için ayıba ve zapta karşı bir taahhüt (tekeffül) de bulunmuşsa, onu yerine getirmekle yükümlü olup bağışlananın bu sebepten uğradığı zarardan sorumludur. Böyle bir tekeffülde bulunmaksızın bir alacağı teberru kasdıyla birine temlik etmişse, BK. m. 169/3'e göre bağışlayan o alacağın mevcudiyetinden sorumlu değildir¹¹.

II- Bağışlananın Borç Ve Yükümlülükleri

İslâm hukukçuları mevhubunlehin borç ve yükümlülükleri üzerinde pek durmazlar. Ancak ıvaz ve mükellefiyet şartıyla yapılan hibe-lerde vâhibin rucu etmesini önlemek için mevhubunlehin taahhüt ettiği ıvaz ve mükellefiyeti yerine getirmesi gerekir¹². Öte yandan mev-

9 Bak. BK. m. 247.

10 Bak. BK. m. 96.

11 H. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. I, s. 292, 293.

12 Bak. Mecelle, mad. 855, 868.

hubunleh hibe olarak aldığı malı istihlâk etmişse şart koşulan ıvazı vermekle yükümlü olur. Söz konusu ıvazı vermezse istihlâk etmiş olduğu mal-i mevhubun bedelini ödemek zotunda kalır¹³.

Buna mukabil bugünkü Mısır medenî hukuku, mevhubunlehin yükümlülükleri üzerinde geniş bir şekilde durmuş ve bunları; a) İvaz ve mükellefiyeti yerine getirme, b) Hibe edilen şeyin masraflarını ödeme borçları olmak üzere ikiye ayırmıştır¹⁴. Ayrıca bağışlayan veya üçüncü şahıs lehine, ya da kamu yararına konulan ıvaz ve mükellefiyet şartının yerine getirilmesini kimlerin istiyebileceğini ve bu şartlara riayet etmediği takdirde bağışlananın sorumluluklarının nelerden ibaret olduğunu belirtmiştir¹⁵.

Borçlar hukukumuzda da kendisine bağışlamada bulunulan şahsın borç ve yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler, özellikle, bağışlanan şeyin kıymetini aşmadığı sürece masraflarını ödemek ve taahhüt edilen mukabil ıvazı edâ etmekten ibarettir¹⁶. Bağışlayan şahs bunların yerine getirilmesini bağışlanandan ve hatta mirasçılardan isteyebilir. Bu yükümlülükler haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmediği takdirde bağışlayan kimsenin bağışlamadan rucu etme hakkı vardır¹⁷.

§ 10. HİBENİN SONA ERMESİ

Hibenin sona ermesine yol açan sebepleri de burada şöylece özetleyebiliriz:

I- Ölüm

İslâm hukukunda ölüm sebebiyle hibenin sona ermesi tartışmalı bir konudur. Bu konudaki tartışmaları ve içtihatları şöylece özetlemek mümkündür:

1- Hanefîlere göre kabz, hibenin vücut bulması için şart değilse de tamam olması için şarttır. Bu itibarla kabzdan önce bağışlanan şey, bağışlayanın mülkiyetinde olup onda istediği gibi tasarruf hakkı vardır. Bağışlayan kabzdan önce ölürse bağışladığı şey mirasçılara ait olur; isterse bağışlayan hayatta iken bağışlanan onu kabul etmiş olsun¹⁸. Mecelle'de de bu içtihat benimsenmiş ve kabzdan önce bağış-

13 Ali Haydar, a.g.e., c. II, s. 666.

14 el-Bendâri, a.g.e., s. 154.

15 el-Bendâri, a.g.e., s. 155 vd.

16 Bak. BK. m. 240, 241/3.

17 Bak BK. m. 241, 244/No. 3; N. Bilge, a.g.e., s. 133.

18 el-Kâsânî, Bedâi', c. VI, s. 123.

layan veya bağışlanandan birinin ölümü halinde hibenin bâtil olacağı belirtilmiştir¹⁹.

2- Malikîlerde meşhur olan içtihadı göre hibenin tamam olması ve akdin kesinlik ifade etmesi için kabz şart değildir; hibe akdi de satım akdi gibi tarafları bağlar. Buna göre taraflardan birinin kabzdan önce ölmesi hibeyi hükümsüz kılmaz; mirasçıları tarafların yerine geçerler. Ancak bir engel bulunmadığı halde bağışlanan tarafından kabzın geciktirilmesi sonucunda bağışlayan hastalanıp ölürse hibe bâtil olur; çünkü kabzı böylece geciktirme zımnen hibeyi red sayılmaktadır²⁰.

3- Şafiîlere göre hibenin kabzından önce bağışlayan ölürse mirasçıları hibeyi tenfiz etmede muhayyerdirler; dilerlerse tenfiz ederler, dilemezlerse fesh ederler²¹. Kabzdan önce bağışlanan ölürse mirasçıları onun yerine geçerler ve onlar da dilerlerse hibeyi kabzederler, dilemezlerse reddederler. Şafiî mezhebinde geçerli olan içtihat da budur. Diğer bir içtihadı göre ise, kabz edilmemiş hibe bağışlananın ölümüyle bâtil olur²².

4- Hanbelîler, bağışlanan şeyin ölçülüp tartılır cinsten olup olmamasına göre bu konuda ayrı ayrı iki içtihat ileri sürerler:

a) Eğer bağışlanan şey ölçülüp tartılır cinsten ise mülkiyet ancak kabz ile intikal eder. Buna göre kabzdan önce bağışlayan muhayyerdir; isterse hibeyi tenfiz eder, istemezse hibeden rucu eder. Kabzdan önce bağışlayan veya bağışlanandan biri ölürse hibe bâtil olur. Başka bir içtihadı göre ise taraflardan biri icap ve kabulden sonra ve kabzdan önce ölürse, mirasçıları onun yerine geçerler; yani hibe taraflardan birinin ölümüyle bâtil olmaz. Eğer akit zamanında bağışlanan şey mevhubulehin elinde ise ayrıca bir kabza gerek kalmaksızın hibe kesinlik kazanır; çünkü bu, hükmen kabz sayılır.

b) Bağışlanan şey ölçülüp tartılır cinsten değilse hibe, sırf akitle kesinlik kazanır ve mülkiyet bağışlanan için bu suretle sabit olur²³.

19 Bak, Mecelle, mad. 649:

20 Bak. el-Cezîrî, Kitâbu'l-Fıkh alâ'l-Mezâhibi'l-Erba'a, c. III, s. 418; Ahmed Derdir, a.g.e., c. IV, s. 104.

21 Biraz önce belirttiğimiz Mecelle'de yer alan görüş tarzı Hanefî ekolüne dayanır. Şafiîler de bu görüşe yaklaşırlar. Ancak bizim de katıldığımız Malikîler ise, vâhibi hibe akdiyle bağlı saydıklarından, o öldüğü takdirde bu akdin gereğini yerine getirme durumu mirasçılarına intikal eder.

22 Nevevî, Minhâcu't-Tâlibin, s.71; el-Bendârî, a.g.e., s. 116, 117; Y.L. de Bellefonds, Des Donations en Droit Musulman, Le Caire 1935, s. 170.

23 el-Bendârî, a.g.e., s. 117, 118.

5- Zahirîlere, İbn Ebî Leylâ'ya ve Şafîî'nin eski bir içtihadına göre hibe, icap ve kabul ile kesinleşir ve mülkiyet kabzdan önce bağışlanana intikal eder. Dolayısıyla taraflardan birinin kabzdan önce ölmesiyle hibe bâtil olmaz; mirasçıları tarafından tenfiz edilir²⁴.

Borçlar Kanunumuza göre, rucu şartıyla yapılan hibe hariç, kural olarak bağışlayan ve bağışlananın hak ve borçları mirasçılarına geçer²⁵. Ancak hilâfına bir hüküm yoksa, belli zamanlarda bir şey verilmesini içeren bağışlamanın hükmü, bağışlayanın ölümüyle sona erer²⁶. Sözgelisi, öğrenimde bulunan bir gence her ay belli bir miktarda yardım yapılması veya birine kaydı hayatla irat bağlanması böyledir. Bu gibi hallerde bağışlayan ölünce bağışlama sona erer; fakat bağışlayanın ölümüne kadar işlemiş olan taksitler mirasçılardan istenebilir. Eğer mirasçıların da bu tür bağışlamaları ödemeye devam edecekleri sözleşmede yer almışsa bağışlayanın ölümüyle hibe hükümsüz olmaz. Yine bu tür bağışlamalardan doğacak talep hakları, bağışlananın ölümü halinde de, aksine bir hüküm bulunmadıkça, mirasçılarına intikal etmez²⁷.

II- Hibeden Rucu

1- İslâm hukukunda hibeden rucu:

İslâm hukukçularının bu konudaki görüş ve içtihatlarını şöylece özetleyebiliriz:

a) Hanefîlerle İmam Zeyd gibi bazı bilginlere göre hibeden rucu asıldır; ancak rucu için mâni teşkil eden sebeplerden birisi bulunursa vâhip hibesinden dönemez. Buna göre, Mecelle'de de benimsendiği gibi, kabzdan önce vâhip doğrudan doğruya hibesinden rucu edebilir. İcap ve kabulden sonra vâhibin mevhubunlehi kabzdan men etmesi de rucu sayılır. Kabzdan sonra ise vâhibin kendi başına hibesinden rucu etmesi mümkün değildir. Vâhip, kabzdan sonra ya mevhubunlehin rızasıyla, yahut da hâkimin kazasıylâ (hükmüyle) hibeden rucu edebilir. Durum mahkemeye getirildiği takdirde, hâkim, ileride anlatacağımız rucu mânileri olarak kabul edilen sebeplerden biri yoksa

24 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 123 vd.; el-Bendâri, a.g.e., s. 117.

25 Bak. BK. m. 240, 241, 242.

26 Bak. BK. m. 247.

26 Bak. BK. m. 247.

27 H. Tandoğan, a.g.e., s. 293.

ve ortada makbul bir mazeret²⁸ varsa hibeyi fesh edebilir; rucua mâni sebeplerden biri mevcutsa ve makbul bir mazeret yoksa hibeyi fesh edemez. Vâhip, kabzdan sonra mevhubunlehin rızâsı veya hâkimin kazâsı olmadan bağışladığı şeyi bağışlanandan geri alırsa gasp etmiş sayılır; bağışlanan şey de bu suretle elinde iken telef veya zayi olursa onu ödemek zorunda kalır²⁹.

Hanefîlerle birlikte bu görüşü paylaşan öteki İslâm hukukçuları içtihatlarına mesnet olarak, özellikle Hz. Peygamber'in, "*Vâhip, bir ıvaz almanmışsa hibesinden rucu edebilir*",³⁰ hadîsini ileri sürerler.

Bu görüşte olan İslâm hukukçularına göre hibeden rucua mâni sebepler de şunlardır:³¹

1) Kan hısımlığı. Buna göre bir kimse, asıl ve ferilerine, erkek veya kız kardeşlerine, bunların çocuklarına, yahut da baba ve anasının erkek veya kız kardeşlerine birşey hibe ettikten sonra rucu edemez.

2) Shriyet hısımlığı. Karı ve kocadan her biri, aralarında evlilik bağı mevcut iken diğerine bir şey hibe ve teslim etmiş ise artık ondan rucu edemez.

3) İvaz verilmiş olması. Hibeye karşılık bir ıvaz verilmesi ve vâhibin de onu kabzetmesi hibeden rucua manidir.

28 İslâm hukukunda hâkimin kararıyla hibeden rucu için makbul olan mazeretlerin neler olabileceği belirtilmemiştir. Ancak, İslâm hukukuna dayalı olan Mısır Ahvâl-i Şahsiye Kanunu'nun 501. maddesinde, a) Mevhubunlehin vâhibe karşı nankörlüğü, b) Vâhibin geçim sıkıntısına düşmesi, c) Çocuksuz olan vâhibin bağışlamadan sonra çocuğunun olması gibi haller rucu için meşru mazeretlere örnek olarak verilmiştir (Bak. el-Bendâri, a.g.e., s. 178-183).

29 Mecelle, mad. 862, 863, 864, 865; el-Kâsânî, Bedâi', c. VI, s. 127, 128.

30 İbn Mâce, Hibât: 6; Serahsî, el-Mebsut, c. XII, s. 48; İmam Zeyd, Musned, s. 288.

31 Ebu Yusuf, Kitâbu'l-Âsâr, s. 163 vd.; Mecelle, mad. 866-874; el-Kâsânî, Bedâi', c. VI, s. 128-134.

Hanefî hukukçularından bazıları hibeden rucua mani yedi sebep zikrederler ve bunları "دمع خرقه" rumuzuyla gösterirler. Şöyle ki:

1) د : Bağışlanan şeyde hasil olan ziyade-i muttasile.

2) م : Taraflardan birinin mevti (ölümü).

3) ع : Hibeye karşılık olarak alınan ıvaz.

4) خ : Hibe edilen şeyin bağışlananın elinden hurucu (çıkması).

5) ز : Taraflar arasında zevciyet (karı-kocalık) bağının bulunması.

6) ق : Karabet (akrabalık) bağının bulunması.

7) هـ : Bağışlanan şeyin helâk olması (Bak. Mevkufât, Mültekâ tercümesi,

c. II, s. 138; Mecma'u'l-Enhur, c. II, s. 360).

4) Mal-i mevhufta ayrılmaz bir artma (ziyâde-i muttasıla) husule gelmesi. Meselâ, bağışlanan bir tarla üzerine bağışlanan tarafından bina yapılması ve ağaç dikilmesi veya bağışlanan bir miktar buğdayın ekilerek çoğaltılması ve adı değişecek şekilde başkalaşması, ya da küçük olarak bağışlanan kölenin büyümüş olması hibeden rucua engeldir³². Ancak artma, bağışlanan maldan ayrılır cinsten olursa hibeden rucu etmeye engel teşkil etmez. Sözgelisi, birine bağışlanan bir kısarak gebe iken hibeden rucu edilemez; fakat doğurduktan sonra hibeden rucu câizdir ve bu durumda yavru bağışlanana kalır.

5) Bağışlanan malda bağışlananın tasarruf etmiş olması. Bağışlanan, hibe olarak aldığı malı satmak veya başkasına bağışlamak suretiyle mülkiyetinden çıkarmışsa bağışlayan artık hibesinden rucu edemez.

6) Taraflardan birinin ölümü. Buna göre bağışlanan öldüğü takdirde bağışlayan hibesinden rucu edemediği gibi, bağışlayan öldüğü takdirde de mirasçıları bağışlanmış olan şeyi geri alamazlar.

7) İbrâ. Bir kimse, kendisine borçlu olan bir şahsın, alacağını ona bağışlamak suretiyle ibrâ ettikten sonra ondan rucu edemez.

8) Helâk veya istihlâk, Bağışlanan bağışlanan şeyi tüketirse veya o şey herhangi bir sebepten telef olursa bağışlayanın hibeden rucu hakkı kalkar.

9) Hayır ve sevap kasdının bulunması. Bir kişi bir yoksula veya bir hayır derneğine manevî bir mükâfaat ümidiyle bir şey hibe etse ondan rucu edemez; çünkü bunlar sadaka sayılırlar ve sadakadan da rucu câiz değildir³³.

b) Malikî, Şafîî ve Hanbelîlere göre hibeden rucu câiz olmaz. Ancak baba, çocuğuna bir şey hibe etmişse ondan rucu edebilir; çünkü Hz. Peygamber, "*Kişinin hibesinden dönmesi câiz değildir; ancak çocuğuna bir şey hibe eden baba bundan müstensâdır.*"³⁴ buyurmuştur³⁵.

32 İbn Ebî Leylâ'ya göre bu durumlarda dahi hibeden rucu câizdir. (Bak Ebû Yusuf, İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ, s. 46).

33 Mısır Medenî hukuku da burada saydığımız sebepleri hibeden rucua mani haller olarak aynen kabul etmiştir (Bak. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu, m. 502; el-Bendâri, a.g.e., s. 184-198).

34 Tirmizî, Buyu': 62; İbn Mâce, Hibât: 2.

35 A. Derdir, es-Şerhu'l-Kebîr, c. IV, s. 110; İbn Kudâme, el-Mugni, c. VI, s. 296; Nevevî, Minhacut-Tâlibîn, s. 71.

Hanefîler de bu hadîsin doğruluğuna bir itirazda bulunmazlar; fakat onu mevhubunlehin rızası veya hâkimin hükmü olmaksızın hibeden rucu etme konusuna hamlederler. Bu ise, yani hâkimin hükmü veya bağışlananın rızası olmadan kabzedilmiş bir hibeden rucu, onlara göre de câiz değildir; ancak baba, çocuğuna bir şey bağışlarsa onun rızasına veya hâkimin kazasına gerek olmaksızın bundan rucu edebilir. Esasen geçim sıkıntısına düşen baba, çocuğuna ait olan maldan dahi alıp harcayabilir. Aslında hadîste geçen rucu sözü mecâzî anlamda kullanılmıştır. Gerçekte burada rucu diye bir şey yoktur. Sadece zaruret içinde kalan bir babanın, hem çocuğuna bağışladığı şeyi geri alabileceğine, hem de çocuğuna ait diğer mallardan ihtiyacını giderecek miktarda alıp harcayabileceğine cevaz bulunduğu işaret edilmiştir. İşte Hz. Peygamber'in anılan hadîsinin anlamı budur³⁶. Aksi takdirde vâhip fakirleşse, ya da sıkıntıya düşse bile hibesinden rucu edemez. Bu ise vahibin şahsiyetini gözetmemek demek olur. Bu itibarla biz de, Hanefîlerin bazı şartlar altında hibeden rucu edilmesini câiz gören içtihatlarını paylaşmaktayız.

Biraz önce belirttiğimiz gibi, Malikîler de, genel olarak, Şafiîlerle birlikte hibeden rucu edilmesini câiz görmezler; ancak bazı Malikî hukukçuları, Hanefîler gibi, vâhibin kabzdan önce hibeden rucu hakkı olduğunu söylerler. Ayrıca Malikîler, 1) kabz, vâhibin borca batmış olması nedeniyle geciktirilmişse, 2) vâhip hibe ettiği şeyi teslimden önce başkasına bağışlamış ve ikinci mevhubunlehd de onu kabzetmişse, 3) vâhip uzakta olan birine hibe etmek üzere ayırdığı şeyi götürürken kendisi veya onu götürüp vermekle görevlendirdiği kişi teslim etmeden önce ölürse, ya da kabulden önce mevhubunlehd ölürse, 4) kabzın bir engel bulunmadığı halde geciktirilmesi sonucunda vâhip hastalanmış veya delirmiş olup bu durumda iken ölürse, 5) bir kimse, *vedi'a* veya *âriyet* olarak birinde bulunan malını ona bağışlarsa ve o şahsın bunu kabulünden önce ölürse hibe bâtil olur³⁷.

Öte yandan İmâm Şafiî, hibeye karşılık ıvaz aldığı takdirde bu ıvaz, ister az isterse çok olsun, artık vâhibin hibesinden aslâ rucu edemeyeceğini söyler³⁸. Şafiîler, bu içtihadın muhalif mefhumuna göre,

36 Bedâi', c. VI, s. 128; el-Mebcut, c. XII, s. 54. Eski Japon hukukunda da babanın evlâdına yaptığı hibeden rucu etmesi önceleri câiz görülmediği halde, 1232 tarihinde yayımlanan Ioei (Yoey) Düsturu'nda, babanın evlâdından birisine yaptığı hibelerden ve özellikle kızlarına verdiği cihazlardan rucu etmesi câiz görülmüştür (Bak. M. Es'ad, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 110).

37 Ahmed Derdir, eş-Şerhu'l-Kebîr, c. IV, s. 101-103; el-Cezirî, Kitabu'l-Fıkh ala'l-Mezâhibi'l-Erba'a, c. III, s. 417-419.

38 Şafiî, el-Umm, c. VII, s. 105.

vâhip hibesi için bir ıvaz şart koşmuşsa ve mevhubunleh de onu yerine getirmemişse hibeden rucuun câiz olduğunu kabul ederler³⁹.

c) Zahirîlere göre hibeden rucu aslâ câiz değildir; çünkü bu, tıpkı satım akdi gibi kesinlik ifade eder. Nitekim Kur'an'da, "*Akitlerinize vefa gösterin.*" (Maide: 1) buyurulmuştur. Hz. Peygamber de, "*Hibesinden dönen kimse kustuğu şeyi geri yiyen köpek gibidir.*"⁴⁰ buyurmuştur⁴¹.

Burada hemen kaydedelim ki, Hanefîlerle birlikte hibeden rucu edilmesini câiz gören İslâm hukukçuları, bu hadîste, hüküm ve hukuk bakımından değil, hibeden dönülmesinin sadece insanlık ve ahlâk bakımından kınanmış olduğunu söylerler⁴².

d) Şîîlerden Ca'ferîlere göre ana ve babaya yapılan hibelerde kabzdan önce rucu câiz değildir. Bu ikisi dışında kalan akrabalara yapılan ve kabzedilmiş olan hibeden rucu konusunda ise ihtilâf vardır. Bazı Ca'ferî hukukçuları bunu câiz görürler; bazıları da câiz görmezler. Karı – koca arasında hibeden rucu edilmesini de nâhoş (mekruh) sayarlar. Onlara göre yabancıya yapılmış olan hibeden, bağışlanan şey mevcutsa rucu edilebilir; tüketilmişse veya telef olmuşsa, ya da az çok bir ıvaz alınmışsa rucu edilmez⁴³.

e) Zeydîlere göre de hibeden rucu mümkündür; ancak hibeye karşılık bir ıvaz alınmışsa veya hibe Allah rızası için sadaka şeklinde, ya da bağışlanan bağışlayanın mahremine teşkil eden kan hısımlarından biri ise rucu câiz değildir⁴⁴.

f) İsmailî – Fatimî hukukçularına göre ise Allah rızası için yapılmış olan hibelerden rucu etmek câiz değildir. Bunların dışında kalan hibelerden, herhangi bir ıvaz alınmamışsa rucu mümkündür⁴⁵.

39 Nevevî, Minhac'u't-Tâlibin, s. 72.

40 Buharî, Hibe: 6, 14; Müslim, Hibât: 7, 8. Darekutnî, bu hadisi, "vâhip, bir ıvaz almamışsa hibesinden rucu edebilir" (Bak. s. 103, n. 30) hadisiyle birleştirmek ve bağdaştırmak suretiyle tek hadîs halinde şöylece rivayet etmiştir: "Bir kimse bir hibede bulunsa ve sonra da ondan rucu etse, ona karşılık bir ıvaz almamışsa verdiği şeyi geri alabilir; fakat bu durumda o kustuğu şeyi geri yiyen köpeğe benzemiş olur". (Bak. Zeyla'î, Nasbu'r-Râye, c. IV. s. 125).

41 İbn Hazm, el-Muhallâ, c. IX, s. 134, 135 vd.

42 Beda'î, c. VI, s. 128; el-Mebcut, c. XII, s. 54; Tahavi, Şerhu Ma'âni'l-Âsâr, c. IV, s. 78.

43 el-Hillî, Şerai'ul-İslâm, c. II, s. 230, 232; el-Muhtasar, s. 160.

44 İmam Zeyd, el-Musned, s. 288.

45 el-Kadî en Nu'man, Kitabu'l-İktisar, s. 129.

Görüldüğü gibi İslâm hukukunda hibeden rucu konusu çeşitli görüşlere yol açmıştır; fakat Hanefî ekolünün hakim olduğu devirlerde ve bu ekole dayanılarak ülkemizde hazırlanan Mecelle’de hibeden rucua cevaz verilmiştir. Uygulamada da bu yolda davranılmıştır. Burada tekrar edelim ki hibe yapan kimse darlık ve sıkıntı içinde kalırsa, kimseden de nafaka alması mümkün olmazsa hibeden rucu, şahsiyetinin himayesi için câiz görülmüştür. Şu şartla ki hibe ıvazlı olmasın.

Ancak hibeden rucu konusunda İslâm hukukçuları kendi içtihatlarının doğruluğunda ısrar etmektedirler. Yani onlar, ya Hanefîler gibi hibeden rucu etmeyi asıl ve hibeden rucu etmemeyi de istisnai hal olarak kabul etmişlerdir. Ya da Zahirîler gibi hibeden rucu etmenin tamamen imkânsız olduğunu savunmuşlardır. Şiîler gibi bir kısım İslâm hukukçuları da bu konuda genellikle daha ılımlı bir yol tutmuşlardır. Oysa ilk devirlere ait kaynaklara bakıldığında, tatbîkatta durumun hep aynı olmadığı görülmektedir. Meselâ, Hz. Ömer, kadınlardan birine, “kadınların isteyerek veya korkarak kocalarına bağışlamalarda bulunduklarını; bu itibarla herhangi bir kadının, istediği takdirde kocasına bağışladığı şeyden rucu edebileceğini yazmıştır⁴⁶. Bu konuda başka bir örnek de şudur: Kadı Şureyh’a bir kadın gelip kocasına bağışladığı mehrinden rucu ettiğini bildirmiş, Şureyh da, “Rızasıyla bağışlasaydı geri istemezdi” diyerek hibenin feshine karar vermiştir⁴⁷.

Ömer İbn Abdilaziz’in de kadınlara, helâk olmuş bir hibeden rucu edildiği takdirde bağışlanan şeyin bağışlama günündeki kıymetinin ödenmesi gerektiğini yazdığı bilinmektedir⁴⁸. Yine Ömer İbn Abdilaziz, hibesinden rucu eden kimse hakkında “O, nasıl alenî olarak bağışladıysa, bağışlanan şeyin ona iadesi de alenî olmalıdır” diye emir vermiştir⁴⁹.

Bu ve benzeri rivayetleri gözönüne alarak diyebiliriz ki hibeden rucu konusunda müçtehitlerin ileri sürdükleri hadîs ve uygulamaları tek yönden değil, değişik açılardan değerlendirmek ve bu işi, mevcut sosyal gerçek ve şartlara göre ele almak gerekir. Dolayısıyla, Maliki, Şafii ve Zahirîlerin görüşlerini kabul edip, kural olarak tenfiz edilmiş olsun veya olmasın, icap ve kabulden sonra hibeden rucu edilemeyeceğini; bağışlayanın geçim sıkıntısına düşmesi veya bağışlananın ona

46 Abdurrazzak, el-Musannef, c. IX, s. 115.

47 Abdurrazzak, a.g.e., c. IX, s. 114.

48 Abdurrazzak, a.g.e., s. 111.

49 Abdurrazzak, a.g.e., s. IX, s. 112.

karşı önemli surette nankörlük etmesi, ya da taahhüt ettiği mükellefiyeti yerine getirmemesi gibi hallerde de istisnâî olarak hibeden rucu etmenin mümkün olacağını benimsemekte, İslâm hukukunda bir sakınca olmasa gerektir.

Burada biz, Hanefîler gibi hibeden rucu edilmesini kural olarak kabul eden ve hibeden rucu edilmemesini de istisnâî hal olarak gören İslâm hukukçularına katılamıyoruz; çünkü onların bu görüşlerini Kur'an ve Hadîslerde ısrarla üzerinde durulan ahde vefâ prensibiyle bağdaştıramıyoruz.

Roma hukukunda da asıl olan hibeden rucu edilmemesiydi. Yani hibe tekemmül ettikten sonra kolayca feshedilemezdi ve tekemmül etmiş bir hibe akdi, bağışlayana teslim mecburiyetini yüklerdi. Bununla birlikte, lehine hibe yapılan kimseler, nankörlük ederlerse, hibeden rucu edilebileceğine daha sonraları cevaz verilmişti⁵⁰.

Eski Hint-Brahman hukukunda da, özellikle 18 baktan ibaret olan *Manu Düsturu*'nun 5. babında hibe konusu ele alınmıştır. Bu hukukta da hibenin feshi veya hibeden rucu işi, Batı hukukundaki şartların yerine getirilmemesi sebebiyle akdin feshedilmesine benzemektedir⁵¹.

2- Bugünkü hukukumuzda hibeden rucu:

Biraz önce de belirttiğimiz gibi eski hukukumuzda, yani Hanefî İslâm hukukunda, kural olarak, hibeden rucu edilebilirdi. Fakat rucu mânileri olarak kabul edilen sebeplerden biri bulunursa vâhip hibesinden dönemezdi. Başka bir deyişle, hibeden rucu asıldı ve rucu manilerinden birisi bulunduğu takdirde istisnâî olarak hibeden rucu edilemezdi.

Bugünkü hukukumuzda ise, İsviçre'de olduğu gibi, hibeden rucu edilmemesi asıldır ve Kanunun tayin ettiği sebeplerden birisinin ortaya çıkması halinde ise hibeden rucu istisnâî olarak mümkündür. Nitekim yukarıda geçtiği üzere Malikî, Şafiî, Hanbelî ve Zahirîlere göre de hibeden rucu edilmemesi asıldır.

Hibeden rucu, bağışlayanın tek tarafı olarak, bağışlanana ulaşması gerekli bir beyanıyla bağışlamayı ortadan kaldırmasıdır. Bu rucu hakkı, bir hukukî ilişkiye son veren haklardandır⁵².

Borçlar hukukumuzda hibeden rucu sebepleri, eski hukukumuzdaki hibeden rucu sebeplerinden farklıdır. Şöyle ki:

50 Justinianus, *Institutiones*, Çev. Ziya Umur, s. 48.

51 M. Es'ad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 151.

52 H. Tandoğan, a.g.e., s. 294.

a) Kabulden önce bağışlamadan rucu:

BK. muzun 239. maddesine göre bir kimse başkasına bağışladığı malı öteki mallardan fiilen ayırmış olsa bile bağışlananın kabulüne kadar bağışlamasından rucu edebilir. Nitekim İslâm hukukçuları da kabulden önce hibeden rucu konusunda aynı görüştedirler.

Elden bağışlamada da durum böyledir; yani bağışlanan mal, bağışlanan şahsa teslim edilmedikçe rucu mümkündür⁵³.

İcap bağışlanan tarafından yapıldığı takdirde bağışlayanın buna razı olması, ya da bağışlanan şeyi bağışlanana teslim etmesi veya göndermesi kabul anlamına gelir ve bu durumda kabulden rucu, ancak BK. m. 9'daki kurala göre mümkün olur. Yani kabulün geri alındığı haberi, kabulün karşı tarafa ulaşmasından önce veya aynı zamanda varırsa, ya da bu haber, kabulden sonra varmakla beraber, karşı taraf kabule vâkıf olmadan önce kabulden rucu edildiği kendisine duyurulursa, kabul hiçbir hüküm ifade etmez.

b) Tenfiz edilmiş bağışlamadan rucu:

BK. m. 244 gereğince bağışlayan, aşağıdaki hallerden biri ortaya çıktığı takdirde, elden yaptığı bağışlamadan veya tenfiz ettiği hibe taahhüdünden rucu edebilir ve bağışlananın elinde bağışladığı şeyden ne kalmışsa onun iadesini kanunun tayin ettiği süre içerisinde isteyebilir:

1) Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlerse,

2) Bağışlanan, bağışlayan veya ailesi için kanunen mükellef olduğu vazifelere karşı önemli bir şekilde riayetsizlikte bulunursa⁵⁴.

3) Bağışlanan, bağışlama için şart kılınan mükellefiyeti haklı bir neden olmaksızın yerine getirmezse.

c) Bağışlama taahhüdünden rucu:

BK. m. 245'e göre bağışlama taahhüdünde bulunan kimse aşağıdaki hallerden biri ortaya çıktığı takdirde bu taahhüdünden rucu edebilir ve bağışlamanın tenfizinden kaçınabilir:

1) Elden bağışlanmış olan bir malın geri alınmasını isteme yetkisi veren sebeplerden biri varsa,

⁵³ Tongsir, Bağışlama, s. 100.

⁵⁴ Yargıtay Genel Kurulu, 30.9.1964 gün ve E. 1027/D-2, K. 601 sayılı kararında, bir ortaklaşa konutu bırakma sebebine dayanan boşanmada, Medenî Kanun'dan doğan ödevleri önemli olarak çığneme niteliği bulunduğundan, bu boşanmayı, bağışlayanın eşine yaptığı bağışlamadan rucu için yeterli bir neden olarak kabul etmiştir (Bak. Olgaç, a.g.e., c. II, s. 340).

2) Bağışlamayı taahhüt ettikten sonra bu taahhüdün tenfizinin bağışlayan şahıs için olağanüstü bir külfet teşkil edecek derecede malî durumu değişmiş ise⁵⁵.

3) Bağışlamayı taahhüt ettikten sonra yeni veya hissedilecek derecede külfetli aile görevleri ortaya çıkmışsa⁵⁶.

d) Mirasçılarının rucuu:

Borçlar Kanunumuz, bu konuyu 246. maddesinde ele almış ve şu şekilde düzenlemiştir:

1) Bağışlayan, rucu sebebine vâkîf olduğu günden itibaren bir yıl içinde bağışlamadan rucu edebilir.

2) Bağışlayan, bağışlamadan rucu sebebine vakıf olduktan sonra bir yıl geçmeden ölürse rucu hakkı mirasçılara geçer ve mirasçılar sözkonusu yılın sonuna kadar bu rucu haklarını kullanabilirler.

3) Bağışlanan, haksız olarak ve düşünüp karar vererek bağışlayanı öldürür, ya da onu rucu hakkını kullanmaktan alırsa mirasçıları bağışlamanın feshini dâvâ edebilirler.

Bu son hükme göre meşru müdafaa, yani can ve ırzın savunulması veya savaş sırasında meydana gelen öldürme olayı bağışlamanın feshini gerektirmez⁵⁷.

Yukarıda da değindiğimiz gibi İslâm hukukçuları, özellikle Hanefîler kabzedilmiş bir hibeden rucu hakkının mirasçılara geçmeyeceğini söylerler. Ancak Hanifilere göre, kabzdan önce vâhip ölürse hibe edilen şey diğer terekisiyle birlikte mirasçılara kalır. Şafiîlere göre ise kabzdan önce vâhip öldüğü takdirde, mirasçıları hibeyi tenfizde muhayyerdirlere; onu, isterlerse tenfiz ederler, isterlerse fesh ederler⁵⁸.

III- Aciz Sebebiyle Hibenin İptali

Eski hukukumuz kabz ve tenfizden sonra hibenin feshine hâkimin karar verebileceğini belirttiği halde⁵⁹, bu tür fesih kararları için sebep teşkil eden şeylerin neler olabileceğini açıklamamıştır⁶⁰. Mecelle'de de bu konuda herhangi bir madde yer almış değildir. Ancak bağışlayanın geçim sıkıntısına düşmesi veya bütün servetini kaybetmesi

55 Bağışlayanın sonradan işini ve servetini kaybetmesi gibi.

56 Yeni çocukları olması veya yakınlarından birine bakmak ve nafaka vermek gibi yükümlülüklerin ortaya çıkması vb. durumlar böyledir.

57 Olgaç, a.g.e., c. II, s. 350.

58 Karş. s. 100-102.

59 Bak. Mecelle, m. 864.

60 Karş. s. 103, n. 28.

gibi bir takım sebeplerin ortaya çıkması, hâkimin hibeyi feshetmesi için her halde dayanak teşkil edebilir.

Borçlar Kanunumuzun 245. maddesinin son fıkrasına göre ise, bağışlama taahhüdünde bulunan kimsenin borçlarını ödemekten âciz olduğu sâbit olursa veya iflâs ettiği ilân edilirse bağışlama taahhüdü kendiliğinden fesh edilmiş olur⁶¹.

Alman Medenî Kanunu'na göre (mad. 578) de vâhip, hibe sebebiyle ihtiyaç içine düştüğü takdirde rucu hakkına sahiptir. Ancak bu durumda bağışlanan, bağışlayanın ihtiyacını gidermek suretiyle hibenin idâmesini de sağlayabilir⁶².

IV- Nişanın Bozulması

İslâm hukukçularının nişan hediyeleri hakkındaki içtihat ve görüşlerini yukarıda anlattık⁶³.

Medenî hukukumuzda göre ise, nişanın bozulması, hediyelerin geri verilmesi için sebep teşkil eder. MK. m. 86' ya göre nişanlılardan her biri ötekine verdiği hediyeleri geri isteyebilir. Hediyeler aynen mevcut değil ise BK. m. 61'de yer alan haksız mal edinme hükümleri uyarınca tazmin edilmeleri gerekir. Eğer nişan, ölüm sebebiyle bozulmuşsa istirdat davası açılmaz⁶⁴.

61 H. Tandoğan, a.g.e., s. 300. Ayrıca, iflâs eden vâhibin tenfiz edilmiş bağışlamaları hakkında alacaklılar tarafından iptal davası açılması konusunda bilgi için yukarıya Bak. s. 85 vd.

62 Mahmud Es'ad, a.g.e., s. 256.

63 Bak. s. 76, 77.

64 N. Bilge, a.g.e., s. 139, Karş. s. 77.

SONUÇ

Modern hukuklarda doktrin ve kavram tartışmaları bilim çevrelerinde her zaman yapılabilir. Bu tür tartışmalar, zaman zaman yasa organları olan meclislerde, çıkarılmak istenilen kanunlar üzerindeki görüşmeler sırasında da yapılmakta ve bunlar, pratikte hukuka ışık tutmaktadır. Uygulamada ise esasen yürürlükte bulunan kanun ve mevzuat üzerinde herhangi bir tartışmaya girilmemekte, sadece eldeki maddeler uygulanmakla yetinilmektedir. Yani uygulamanın kanunun lâfız ve ruhuna uygun olmasına ve uygulanan bir maddenin yürürlükteki diğer madde ve kanunlarla olan ilişkisine dikkat edilmektedir. Bir olay hakkında açık bir hüküm veya madde varsa, artık onun üzerinde, pratikte bir tartışmaya gerek kalmamaktadır. Maddeler veya kavramların hakim önüne getirilmiş olan olaya uygulanmasındaki anlayış ayrılıklarından ileri gelen, ya da uygulama sırasında yapılan adli hatalar ise, Yargıtay vb. yüksek yargı organlarınca düzeltilmektedir.

İslâm hukukunda ise, tezimizin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, durum böyle değildir. Doktrin ve icthat tartışmalarından başka bir de maddî hukuk yerine kaim olan nass'lar (hüküm için kaynak teşkil eden ve uygulanması gereken âyet ve hadisler) üzerinde de tartışmalar sürüp gitmiştir. Sözgelisi, bir olaya uygulanması istenilen âyetin ifade ettiği hüküm, bu âyetteki kelimelerin anlamı, İslâm hukukçuları arasında tartışmalara yol açmıştır. Yine hadislerin sübut bakımından sıhhati ve delâlet ettiği anlamın kesinliği de görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bir müctehit bir âyetten şu veya bu hükmü, bir başka müctehit de aynı âyetten ayrı bir hüküm çıkardığı gibi; bir olay hakkında bir fakih veya kadı, herhangi bir hadis bulunduğunu ileri sürmekte, başka bir fakih veya kadı da aynı hadisin sıhhatinden şüphelenmekte, ya da ifade ettiği anlam üzerinde farklı bir görüş serdetmektedir. Bu yüzden İslâm hukukundaki görüş veya mezhep ayrılıkları, hem nazariyede hem de uygulamada daima ağırlığını hissettirmiştir.

İşte İslâm hukukunun kaynaklarıyla ilgili olan bu ihtilâfların yanında, çağlara ve ayrı ayrı İslâm ülkelerindeki sosyal şartlara göre değişik görüntüler arzeden içtihatları ve yüzyıllardan beri yeni içtihatlarda bulunma cesaretini gösteren hukukçuların ortaya çıkmayışını gözönüne aldığımız takdirde, karşılaştırmalı hukuk açısından, İslâm hukuku hakkında daha doğru bir hükme varmamız mümkün olur sanırım.

Bu çalışmamız sırasında yapmış olduğumuz karşılaştırmalar göstermiştir ki İslâm hukuku ile Roma hukukunun bağışlama konusunu düzenleyen hükümleri arasında pek az benzerlik vardır. Buna karşılık, gerek Türk-İsviçre Medenî Hukuku, gerekse bugünkü Mısır Medenî Hukuku, hibe ile ilgili birçok hükümlerinde İslâm hukukuyla bağdaşmaktadır. Öyle anlaşıyor ki bu durum, hibe konusunda mevcut olan âyet ve hadislerin pek mahdut oluşundan, İslâm hukukunun hibe ile ilgili hükümlerinin, örf ve âdetlerin etkisi altında yapılmış olan şahsî içtihatların ürünlerini teşkil edişinden ileri gelmektedir. Bu kanaatimizi, İslâm hukukunun muamelât konusundaki diğer esaslarına da teşmil edersek, beşerî hukuklarla İslâm hukuku arasındaki benzerliklerin nedenini herhalde kısmen tesbit etmiş oluruz.

Tezimiz yakından incelendiğinde görüleceği üzere, İslâm hukukunda hibe ile ilgili sınırlayıcı hükümler azdır. Hibe, sosyal bir yardımlaşmayı sağladığı için İslâm hukukçuları tarafından teşvik edilegelmiştir. Borçlar hukukumuzda da bağışlamayı sınırlayan hükümler fazla değildir. Hem eski, hem de yeni hukukumuz, hibenin detaylarıyla ilgili hükümlerinde çoğu kez benzerlik gösterdiği halde, kendilerine özgü hüküm ve kurallar da vardır. Bunları, biz yeri geldikçe belirtmeye ve acizâne şahsî kanaatlerimizi açıklamaya çalıştık.

Burada, sonuç olarak, hibe konusunda eski ve yeni hukuklarımız arasında pek önemli farkların bulunmadığını söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdulvahhab Hallaf**, *İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usûli'l-Fıkh)*, çev. ve giriş: Hüseyin Atay, Üniversite Basımevi, Ankara 1973.
- Abdurrazzak b. Hemmam**, *el-Musannef*, el-Meclisü'l-İlmî yayımı, 1970-1972.
- Ali Efendi**, **Şeyhü'l-İslam Çatalcevi**, *Fetâvâ*, 2 cilt, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1311.
- Ali Haydar**, **Hoca Emin Efendizade**, *Durerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 3. bası, İstanbul 1330.
- Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (sayı: 6183, tarih: 21.7.1953).
- Ankaravî**, **Muhammed b. Huseyn**, *Fetâvâ*, 2 cilt, Matbaa-i Âmire, İst. 1281.
- el-Ansarî**, **Şeyhu'l-İslam Zekeriyya**, *Menhecû't-Tullab, Minhâcu't-Tâlibin*'in kenarında, Halebî Matbaası, Kahire (t.y.).
- Ansay**, **Sabri Şakir**, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 2. bası, Ankara 1954.
- Aqıl Ahmad**, *Hindu Law*, Central Law Agency, Allahabad (Hindistan, t.y.).
- Arsebük**, **Esat**, "Husûsî Akit Tipleri Üzerinde İncelemeler: Bağışlama", *A.Ü.H.F.Dregisi*, 1948, c. V, Sa. 1-4.
- Arsebük**, **Esat**, *Borçlar Hukuku*, 2. bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul 1943.
- Arsebük**, **Esat**, *Medeni Hukuk*, 2 cilt, Tan Matbaası, Ankara 1938.
- el-Ayıntabî**, **Abdulhamid**, *Tercemetü't-Tahtavi*, Mekteb-i Sanayi' Matbaası, İstanbul 1285-1288.
- Ayiter**, **Kudret**, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, Ankara 1953.
- el-Babertî**, **Ekmeluddin Muhammed b. Mahmud**, *el-İnâye, Hidaye şerhi Fethü'l-Kadir*'in kenarında, Bulak-Mısır 1315-1318.
- el-Bacî**, **Ebu'l-Veldi**, *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta'*, Mısır 1331-1332.
- Barkan**, **Ömer Lutfi**, "Türkiyede Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel

- Gelişimi", *Cumhuriyetin* 50. Yıldönümü Semineri, *Seminere Sunulan Bildiriler*, T.T.K. Basımevi, Ankara 1975, s. 49-97.
- Barkan, Ömer Lütfi**, *XV ve XVI ncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Birinci cilt: KANUNLAR*, Burhaneddin Erenler Matbaası, İstanbul 1945.
- Belgesay, Mustafa Reşit**, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat, İctihatlar, Tatbikat*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- de Bellefonds, Y. Linant**, "Hiba", *The Encyclopedia of Islam*, New edition, c. III, fas. 45-46, s. 350-351, E.J. Brill, Leiden 1966.
- de Bellefonds**, *Des donations en droit Musulman*, Le Caire, 1935.
- el-Bendarî, Abdulvehhab**, *Şerhu'l-Ukud el-Medeniyye: el-Hibe*, el-Matbaatu'l-Âliye, Kahire 1973.
- Berki, Şakir**, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Berki, Şakir**, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1962.
- Berki, Şakir - Hayrullah Hamidi**, *İslam Hususi Hukukunun Ana prensipleri "Kur'an'da Hukuk"*, Ankara 1962.
- Bilge, Necip**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.
- Bilmen, Ömer Nasuhi**, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul Matbaacılık T.A.O. 1949-1952.
- el-Buharî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail**, *el-Cami'u's-Sahih*, Leiden 1862.
- el-Cassas, Ebu Bekr er-Razî**, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Evkaf-ı İslâmiyye Matbaası, İstanbul 1335.
- Cemiyetler Kanunu* (sayı: 121, Tarih: 29 Recep 1327 /3 Ağustos 1325)
- Cerulli, E.**, "Questions Actuelles de Droit Musulman au Pakistan: les Usûl al-Fıqh; la donation; le controle des naissances", *Studia Islamica*, XXIX, Paris 1969, s. 103-117.
- el-Cezirî, Abdurrahman**, *Kitâbu'l-Fıkh alâ'l-Mezahibi'l-Erba'a*, Matbaatu'l-İrşâd, Kahire 1935-1939 /1354-1358.
- Çağatay, Neşet**, *İslâm Öncesi Arap Tarihi ve Câhiliye Çağı*, 3. bası, Ankara Üniveristesi Basımevi, Ankara 1971.
- Damad, Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed**, *Mecma'u'l-Enhur*, Matbaa-i Amire, İstanbul 1309-1310.

- Derdir, Sidî Ahmed**, *eş-Şerhu'l-Kebir alâ Muhtasari'l-Halil*, Matbaatu'l-Âmire, Mısır 1373, (Desukî Haşiyesinin kenarında).
- Desuki, Muhammed Arafa**, *Haşiye alâ's-Şerhi'l-Kebir alâ Muhtasari'l-Halil*, Matbaatü'l-Hâc Mustafa Muhammed el-Âmire, Mısır 1373.
- ed-Dimaşkî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdîrrahman**, *Rahmetu'l-Umme fi İhtilâfi'l-Eimme*, Matbaatu'l-Halebî, Mısır 1960.
- Di Marzo, Salvatore**, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, Sulhi Garan Matbaası, İst. 1959.
- Driver, G.R. – John C. Miles**, *The Babyloian Laws*, 2. cilt, Oxford, The Clarendon Press, London 1968.
- Ebu Ca'fer, Muhammed b. Habib**, *el-Muhabber*, Haydarabad 1942.
- Ebu'l-Feth, Ahmed**, *Kitâbu'l-Mu'amelât fi's-Şeri'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kavanin el-Misriyye*, Matbaatu'n-Nahda, Mısır 1922.
- Ebu Yusuf**, *Kitâbu'l-Asâr*, Matbaatu'l-İstikâme, Kahire 1355.
- Ebu Yusuf**, *İhtilâfu Ebi Hanife ve İbn Ebi Leylâ*, Ebu'l-Vefâ' neşri, Mısır 1357.
- Elbir, Halid Kemal**, "Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesine Müteallik Umumî Mülahazalar ve Bu Müessesenin Hukukî Mahiyeti", *İ.Ü.H.F. Mecmuası*, XVIII, 1-2, s. 258-295.
- Erciyes, Rıdvan Bülent**, *Sözlüklü-İctihatlı Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu*, Ankara 1975.
- el-Fetâvâ el-Hindîyye (el-Alemgiriyye)*, Matbaa-i Emîriyye, Bulak-Mısır 1310.
- Feyzioğlu, F. Necmeddin**, *Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri*, 1. cilt. İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1961.
- Feyzioğlu, F. Necmeddin**, "Karı-Koca Arasında Gayrimenkule Mütellik Vekâlet Akdi Muvazaası ve Namı Müstear İddiaları", *İ.H.F. Mecmuası*, XIX, (1953), 3-4, s. 989-1021.
- Fyzee, A.A.A.**, "Aspects of Fatimid Law", *Studia Islamica*, XXXI, (1970), s. 81-91.
- Fyzee, A.A.A.**, *Outlines of Muhammadan Law*, 1. bası, Oxford University Press, Calcutta 1949.
- Gaius**, *Institutiones*, *Borçlar Kısım*, Çev.: Türkân Rado, Doğan Kardeş Basımevi, İstanbul 1953.
- el-Halebî, İbrahim b. Muhammed**, *Multeka'l-Ebhur, Mecma'u'l-Enhur* ile birlikte, İstanbul 1309-1310.
- Hamidullah, Muhammed**, *Mecmû'at'l-vesaik es-Siyasiyye*, 3. bası,

Kahire 1956.

el-Hillî, Ebu'l-Kasım Necmu'ddin Ca'fer b. el-Hasen, *el-Muhtasar en-Nafi' fi Fikhi'l-İmâmiyye*, Mısır 1376.

el-Hillî, Ebu'l-Kasım Necmu'ddin Ca'fer b. el-Hasen, *Şerâi'u'l-İslâm fi Mesâilî'l-Halâl ve'l-Haram*, Necef (Irak) 1969.

Honig, Richard, *Roma Hukuku*, Çev. Şemseddin Talip, İstanbul 1938.

Iustinianus, *Institutiones*, Çev.: Ziya Umur, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1955.

İbn Abidin, Muhammed Emin, *Redü'l-Muhtar alâ'd-Dürri'l-Muhtar*, Bulak-Mısır 1286.

İbn Asım, Ebu Bekr Muhammed, *Tuhfetu'l-Hukkâm, el-Behce* ile birlikte, Matbaatü'l-Halebî, Kahire 1951.

İbn Habib, Bak.: Ebu Ca'fer Muhammed.

İbn Hacer, el-Hafız el-Askalani, *Bulûgu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm*, Matbaatu'l-Halebî, Kahire 1932.

İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Müniriyye baskısı, Mısır 1347-1352.

İbnu'l-Hümmam, Kemaluddin es-Sivasî, *Fethu'l-Kadir*, Bulak-Mısır 1315-17.

İbn Kudame, Muvaffakuddin, *el-Mugni alâ Muhtasari'l-Hiraki*, Tâif (t.y.).

İbn Kudame, el-Makdisi, *eş-Şerhu'l-Kebir alâ Metni'l-Mukni'*, Tâif (t.y.).

İmam Malik b. Enes el-Asbahî, *el-Muvatta'*, Matbaatu'l-Halebî, Kahire 1348.

İmam Zeyd, *Musned (el-Mecmu' el-Fikhi)*, Beyrut 1966.

İrfan Habib, "Tenkis Dâvâsı - Müteveffanın istediği zaman rucua hakkı bulunan hibeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, XXVII (1953), Sayı: 3, s. 162-164.

el-Kadî en-Nu'man b. Muhammed el-Magribi, *Kitabu'l-İktışar*, el-Matbaatu'l-Katolikiyye, Beyrut 1957.

***el-Kanun el-Medeni, Mecmu'atu'l-A'mâl et-Tahdiriyye*, Kahire 1950.**

el-Kasanî, Alauddin Ebu Bekr b. Mes'ud, *Bedai'u's-Sanai' fi Tertibi's-Şerai'*, Mısır 1327-1328.

Kazihan, Mahmud el-Özcendi, *Fetâvâ, el-Fetâvâ el-Hindiyye* 'nin kenarında, Bulak 1310.

Koschaker, Paul, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Çev.: Kudret Ayiter, Ankara 1950.

- el-Kudurî, Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed**, *el-Muhtasar*, Lübab ile birlikte, Mısır 1951.
- el-Kulînî (el-Kuleynî), Ebu Ca'fer Muhammed**, *el-Kâfî*, Çaphane-i Haydarî, Tah-ran 1380.
- Kuntalp, Erden**, *Karışık Muhtevalı Akit*, Üniversite Basımevi, Ankara 1971.
- Kuyucaklızade, Mehmet Atıf**, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, I. cilt, Mahmut Bey Matbaası, İstanbul 1318-1319.
- Mahmud Es'ad, Seydi Şehrî**, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1332.
- Martin, Alfred**, *Borçlar Kanunu Şerhi, Hukuku Medeniye Akitleri*, 2. cilt, İstanbul 1931.
- Mauss, M.**, *Hibe, Arkaik Cemiyetlerde Mübadelelerin Şekilleri ve Sebepleri*, Çev.: S. Etem, İstanbul 1934.
- Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959 (Ali Himmet Berki neşri).
- Merginani, el-Hidaye**, Matbaatu'l-Halebî, Kahire 1937.
- Mevkufati, Mehmed Efendi**, *Mevkufât (Mültekâ Tercümesi)*, Osmaniye Matbaası, İstanbul 1312-1315.
- Molla Husrev, Kadı Muhammed b. Feramuz**, *Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Gurari'l-Ahkâm*, 2. bası, İstanbul 1317.
- Mulla, Dinshah Fardunji**, *Principles of Mahomedan Law*, 8. bası, Calcutta 1944.
- Muhammed Kadri Paşa**, *el-Ahkâm eş-Şer'iyye fi'l-Ahvâl eş-Şahsiyye*, el-Matbaatu'l-Edebiyye, Mısır 1318.
- Muhammed Kadri Paşa**, *Murşidu'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsan fi'l-Muamelât eş-Şer'iyye*, el-Matbaatu'l-Emîriyye, Mısır 1909.
- Müslim**, *el-Cami'u's-Sahih*, Daru't-Tıba'ati'l-Âmire, İstanbul 1329-1332.
- en-Nahî, Salahuddin**, *en-Nazariyyetu'l-Amme fi'l-Kanun el-Muvâzen*, Bağdad 1968.
- en-Nefesî, Şemsu'l-İslam Abdullah b. Ahmed b. Mahmud**, *Kenzu'd-Dakâik*, el-Bahru'r-Ra'ik'in kenarında, el-Matbaatu'l-İlmiyye, Kahire 1311.
- Neufeld, E.**, *The Hittite Laws*, Luzac and Co. Ltd., London 1951.
- en-Nevevî, Ebu Zekerîyya Yahya b. Şeref**, *Minhacu't-Tâlibin*, Mat-

baatu Dârî İhyâi'l-Kû'tubî'l-Arabiyye, Mısır (t.y.).

Oğuzman, M. Kemal, "Akitlerin tefrisi – Hükmi şahsiyeti olmayan bir devlet makamına bağışlama – Devleti salahiyyetsiz olarak temsil etmek", *İstanbul Barosu Dergisi*, XXVI, (1952), sayı: 9, s. 540-544.

Olgaç, Senai, Kazai ve İlmi İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Hususi Kanunlar, 2. cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Pesle, O., *La Donation dans le droit Musulman*, Rabat 1933.

Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, 2. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.

er-Remlî, Şemsuddin Muhammed, *Nihayetü'l-Muhtac*, Matbaatu'l-Halebî, Mısır 1938.

es-Saduk, Muhammed b. Ali b. el-Huseyn el-Kummi, *Fakihu Men lâ-Yahduruhu'l-Fakih*, Daru'l-Kutubî'l-İslâmiyye, Tahran 1379.

Sahnun, Abdusselam, *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, Kahire 1323-1324.

Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, University Press, London 1964.

Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford University Press, London 1950.

Schwarz, Andreas B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, I. cilt., Çev.: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

Semerkandî, Ebu'l-Leys, Nasr b. Muhammed, *Hizanetu'l-Fıkh ve Uyunu'l-Mesâil*, Tahkik: Salahuddin en-Nahî, Bağdad 1965.

Senhuri, Abdurrazzak Ahmed, *Masadiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Mısır 1967-1968.

Senhuri, Abdurrazzak Ahmed, *el-Vasit fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medenî*, 2. cilt, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1962.

Serahsî, el-Mebhut, Matbaatu's-Sa'âde. Kahire 1324-1331.

Seyyid Abdullah Ali Huseyn, *el-Mukaranât et-Teşri'iyye*, Kahire 1947.

Şafii, el-Umm, Bulak-Mısır 1321-1325.

Şener, Abdulkadir, "İslam Hukunda Hacr" *A.Ü.İ.F. Dergisi*, c. XXI (1977), s. 345-356.

Şevkanî, Neylu'l-Evtâr, Matbaatu'l-Halebî, Kahire 1971.

Seybani, İmam Muhammed, *el-Cami'u'l-Kebir*, Matbaatu'l-İstikâme, Kahire 1356.

Seybanî, İmam Muhammed, *el-Asl*, Süleymaniye, Aşir Efendi, No. 87-91.

Seybanî, İmam Muhammed, *el-Cami'u's-Sagir*, *Kitabu'l-Harac*'ın ke-

- narında, Bulak-Mısır 1302.
- Tahavî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed**, (*Kitab eş-Şurût es-Sagîr*, Tahkik: Ruhi Özcan, Matbaatu'l-Ânî, Bağdad 1974.
- Tahavî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed**, *Şerhu Ma'ânî'l-Asâr*, Matbaatu'l-Envarî'l-Muhammediyye, Kahire 1968.
- Tahtavî, Ahmed**, *Haşiye alâ'd-Dürri'l-Muhtar*, Bulak-Mısır 1254-1268.
- Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)*, I. cild, 2. bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Tapu Kanunu* (sayı: 2644).
- Tepeci, Kamil**, *Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu*, Yeni Matbaa, Ankara 1959.
- Tongsir, Ferih Bedii**, "Bağışlama", *İ.Ü.H.F. Mecmuası*, XVIII, Sa. 3-4, s. 903-987.
- Tongsir, Ferih Bedii**, *Bağışlama*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953.
- Tosun, Mebrure – Kadriye Yalvaç**, *Sümer, Bâbil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, T.T. Kurumu Basımevi, Ankara 1975.
- Tuncomag, Kenan**, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 2. cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1967.
- Turan, Osman**, "Selçuk Türkiyesinde Faizle Para İkrasına Dair Hukukî bir Vesika", *Bellekten*, XVI (1952), Sayı: 62, s. 251-260.
- et-Tusî, Şeyhu't-Tâife Ebu Ca'fer muhammed b. el-Hasan**, *el-İstibsâr, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmiyye*, Tahran 1390.
- et-Tusî, Şeyhu't-Taife Ebu Ca'fer Muhammed b. el-Hasen**, *Tehzibu'l-Ahkâm*, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmiyye, Tahran 1390.
- Tusulî, Ali b. Abdisselam**, *el-Behce fi Şerhi't-Tuhfe*, 2. bası, Matbaatu'l-Halebî, Mısır 1951.
- Tyabji, Faiz Bedruddin**, *Muhammedan Law*, 3. bası, Bombay 1940.
- Umur, Ziya**, *Roma Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Umur, Ziya**, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.
- Üçok, Coşkun – Ahmet Mumcu**, *Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- v. Tuhr**, *İsviçre Borçlar Kanununun Hibe Hükümleri Hakkında Düşünceler*, Çev.: S.Ş. Ansay, Adliye Ceridesi, 1936, s. 1717.
- v. Tuhr**, *Borçlar Hukuku*, Çev.: Cevat Edege, İstanbul 1952.

- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları*, 4. bası, İstanbul Matbaacılık T.A.O. 1951.
- Velidedeoğlu, H.V.**, *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk*, İstanbul Matbaacılık T.A.O., 1954.
- Velidedeoğlu, H.V.**, *Türk Medeni Hukuku*, I-II. cilt, İstanbul Matbaacılık T.A.O., 1950.
- Velidedeoğlu, H.V. – Galip Esmer**, *Gayrimenkul Tasarryufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*, İstanbul 1950.
- Veraset ve İntikal Kanunu*, (sayı: 7338).
- Vilâyât Belediye Kanunu* (tarih: 27 Ramazan 1294 /23 Eylül 1293).
- “Bağışlama koşulunun gerçekleşmesi”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, I (Şubat-Mart 1975), Sayı: 2, s. 94-96.
- Yenişehrî, Ebu'l-Fazl Abdullah Efendi**, *Behcetü'l-Fetâvâ*, Matbaa-i Âmire, İstanbul (t.y.).
- Zerka, Mustafa Ahmed**, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, Matbaatu'l-İnşâ', Dimaşk 1965.
- Zeyla'î, Cemaluddin Abdullah b. Yusuf**, *Nasbu'r-Râye lî Ahâdîsi'l-Hidaye*, Mısır 1938.

İ N D E K S

(Özel isimler, terimler, kitap ve yer adları)

A

Abbas (Hz.) 45
Abdullah b. Abbas 56, 65
Abdullah b. Ömer 65
Abdurrahman b. Kasım 63
Abdurrazzak b. Hemmam 67
ahlâki vazifenin ifası 20, 21
Ahmed b. Hanbel 32, 38, 39, 63, 85
Ali (Hz.) 45, 65
Amre binti Ravaha 16, 38
Antoninus Pius 44
ariyet 20, 21
Atâ' 66
atiyye 22, 28

B

bağış 11
bağışlama 11
bağışlama taahhüdü 46, 47
bağışlanan 11
bağışlanılan 12
bağışlayan 11
bahşiş 75
Berki, Şakir 86, 88
Bilge, Necip 88
Binti Zeyd 65
Budin Kanunnamesi 34

C

caba 12
Cabir b. Abdillâh 61, 62, 64, 65
causa donandi 31 53, 76
causa solvendi 31, 76
cenine yapılan vasiyet ve hibe 94
Cincia Kanunu 13, 32, 44

Constantinus 46
Constantius 46

D, E

deyn 24
donatio 11, 13, 30, 44
Ebu Hanife 38, 40, 64, 84, 87, 88, 90
Ebu Sevr 41
Ebussuud Efendi 34
Ebu Yusuf 38, 64, 65, 84, 85, 88
eksik borç 73, 74, 75, 76
Evzaî 65

F, G

faiz 16
Feyzioğlu, Necmeddin 72
fuzulî (yetkisiz) 34
gift 11
gizli hibe 53

H

hacr 84, 86, 90
Hafsa 65
Hammurabi Kanunu 13, 34, 76
Hasan b. Salih 40
Hasan b. Hayy 66
Hayber 35
hediye 21, 22, 75
hibe 11, 14, 22
hibe bi'l-ıvaz 58
hibe va'di 50, 51, 52, 53, 54, 95
hükmen teslim 49

I, İ

Iustinianus 32, 44, 46, 52, 59, 70, 92
ıvaz 23, 26, 57, 60, 103

ıvazlı hibe 56
ibâha 19, 76
İbn Ebî Leylâ 48, 55, 90, 102
İbn Hazm 41, 55, 57
İbnu'l-Hümmam, Kemalüddin 23, 24
İbn-i Kemal 25
İbn Mes'ud 41, 42
İbn Şihab ez-Zuhri 66
ibrâ 19
icap ve kabul 37
ittihab 11

J, K, L

jurisprudence 12
kabz 40, 43, 47, 97, 98, 100, 101
Kasım b. Muhammed 63, 64
Katâde 66
kısa elden teslim 49
Kitabu'l-İktisar 63
Kitabu'l-Yenbü 62
Kuntalp, Erden 73
Kuyucaklı ade, Atıf Efendi 23, 24
Lex Furia 70
Lex Vocania 70
Leys b. Sa'd 64, 83

M, N, Ö

ma'dum 32
mal 24
mal-i mevhub 11
Malik 38, 41, 63, 64, 83, 85, 94, 97
Manu Düsturu 13, 108
marîzu'l-mevt 89
Mekhûl 63
mevhub 11
mevhubunleh 11
Mişna 13, 46
modus 59
Muaz b. Cebel 67
Muhammed (Hz.) 15
Muhammed (İmam) 38, 64, 84, 85, 88
Muhammed Kadri Paşa 36
müşâ' 54, 55
Nahaî 40
nişan hediyesi 76, 77, 111
en-Nu'man (Kadı) 62, 63
Nu'man b. Beşir 16, 38
Ömer (Hz.) 35, 65, 107

ömürboyu hibe 62, 63, 66
P, R, S, Ş

Pesle, O. 45
Rabat 45
resmî senet 43, 45, 48
Sa'd b. Ebî Vakkas 82
sadaka 14, 20, 22, 31
satış va'di 51, 53
senet ve tescil 44
Serahsi 24
Sevri 32, 40, 65
sünnet hediyesi 78
Şa'bi 64, 65
Şafii 32, 38, 39, 40, 63, 85, 90, 97, 105
şer'i muâmele 16
şuf'a hakkı 16, 23
Şureyh 64, 107
şurût 44, 45

T

tabii borç 74
tahlil 78
tahiyye 28
Tandoğan, Haluk 73, 87
Tavus b. Keysan 83
teberru 11, 17
Temim ed-Dâri 44
temlik 23, 25
temsil 89
teslim ve kabz 40
Tongsir, F.B. 73

V, Y, Z

vâhib 11
vakıf 19
vasiyet 18, 32, 70, 81, 82, 90, 94
Vekî 65
el-Vesâik 45
Vişno 45
Yahya b. Saïd 63
Züfer (İmam) 38, 39, 56

