

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

MECELLE'DE HİBE AKDİ

Yüksek Lisans Tezi

Mücahit CEYLAN

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

MECELLE'DE HİBE AKDİ

Yüksek Lisans Tezi

Mücahit CEYLAN

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Belkıs KONAN**

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

MECELLE'DE HİBE AKDİ

Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı:
Doç. Dr. Belkıs KONAN**

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

1-Doç. Dr. Belkıs KONAN

2-Doç. Dr. Seda Örsten ESİRGEN

3-Dr.Öğr. Üyesi Aybars PAMİR

Tez Sınavı Tarihi

01.02.2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Belkıs KONAN danışmanlığında hazırladığım “**MECELLE’DE HİBE AKDİ ” (Ankara, 2021)** adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

27.02.2026

Mücahit CEYLAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKU VE MECELLE’NİN HAZIRLANIŞI

I. TANZİMAT DÖNEMİ ÖNCESİ OSMANLI HUKUKU	7
II. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKU	9
A. Kanunlaştırma.....	13
III. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE	15
A. Mecelle’nin Hazırlanışı	15
B. Mecelle’nin Kapsamı ve Bölümleri	20
C. Mecelle’nin Uygulanma Alanı ve Süresi	23
D. Mecelle’nin Yürürlükten Kaldırılması.....	24
E. Mecelle’de Düzenlenen Akitler.....	26

İKİNCİ BÖLÜM:

HİBE AKDİ (BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ)

Genel Olarak.....	28
I. ROMA HUKUKUNDA HİBE AKDİ	29
II. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA HİBE AKDİ	30
III. KARA AVRUPASI HUKUKUNDA HİBE AKDİ	30
IV. DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE HİBE AKDİ	31
V. İSLAM HUKUKUNDA HİBE AKDİ	32
Genel Olarak İslam Hukukunda Akit Kavramı	32
1. İslam Hukukunda Hibe Akdi	36

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
MECELLE'DE HİBE AKDİ

I. MECELLE'DE AKİT KAVRAMI.....	41
II. MECELLE'DE HİBE AKDİ KAVRAMI (Mecelle, md.833).....	42
III. MECELLE'DE HİBE AKDİ TERİNOLOJİSİ	43
IV. MECELLE'DE HİBE AKDİNİN ÖZELLİKLERİ, KURULMASI VE TÜRLEİ. 46	
Genel Olarak.....	46
A. Mecelle'de Hibe Akdinin Özellikleri.....	48
B. Hibe Akdinin Kurulması	49
1. Hibe Akdinde Ehliyet	50
Genel Olarak Ehliyet	50
a. Hibe Yapma Ehliyeti	51
aa. Reşid ve Mümeyyizler	51
bb. Sağır (küçük), Mecnun (deli) ve Ma'tuhlar (bunamışlar).....	52
cc.Mümeyyiz Mahcurlar (Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar).....	54
dd. Marizler (Ölüm Hastaları)	55
b. Hibeyi Kabul Ehliyeti.....	60
2. Vahib/Bağışlayan (Mecelle, md.833/1)	65
3. Mevhubün Leh/ Bağışlanan (Mecelle, md.833/1).....	65
4. Tarafların Rızası.....	66
Genel Olarak.....	66
a. İcab (Mecelle, md.838).....	68
b. Kabul (Mecelle, md.841).....	70
c. Kabz/ Teslim	71
d. Siyga (Kip)	76
5. Şekil (Mecelle, md.837)	78
6. Mevhub (Bağışlanan Şey)	78
a. Mevhub Hibe Vaktinde Mevcut Olmalıdır	79
b. Mevhub Mütakavvim Mal Olmalıdır	80
c. Mevhub Vahibin Mülkü Olmalıdır	81
d. Mevhub Kabzedilebilir Olmalıdır	81
e. Mevhub Belirli veya Belirlenebilir Olmalıdır	81

7. Hibe Akdinin Sınırlandırılması.....	83
Genel Olarak Akit Hürriyeti	83
a. Mahalle (Akit Konusuna) İlişkin Sınırlamalar	84
b. Muhayyerlik	85
8. Hibe Akdinin Türleri	86
Genel Olarak.....	86
a. Elden Hibe (Mecelle, md.838/2).....	87
b. Alacağın Hibesi	87
c. Havale	89
d. Muş'a'(Hisseli mal)ın Hibesi.....	90
e. Şagilin(İşgalci) ve Meşgulün Hibesi	91
f. Şartlı Hibe	93
g. Rücu Şartıyla Hibe	97
aa. Umra.....	97
bb. Rukba.....	98
h. Kısa Elden Teslim.....	98
9. Hibe Akdinde Tarafların Borçları ve Hakları	99
10. Hibe Akdinin Sona Ermesi	100
Genel Olarak.....	100
a. Hibeden Rücu (Mecelle; md.862, 863, 864).....	100
aa. Kabzdan Önce	101
bb. Kabzdan Sonra.....	103
b. Hibeden Rücuya Mani Haller(Mecelle md.866-873).....	104
aa. Yakın Akralık(Mecelle md.866)	105
bb. Evlilik (Mecelle, md.867).....	106
cc. İvaz (Mecelle, md.868)	107
dd. Malda Oluşan Ziyade (Mecelle, md.869).....	109
ee. Mevhubün Lehin Mevhubu Mülkiyetinden Çıkarması (Mecelle, md.870).....	111
ff. Mevhubun Helak (Yok) Olması (Mecelle, md.871) .	112
gg. Vahibin veya Mevhubün Lehin Ölümü (Mecelle, md.872).....	113
hh. Alacağın Borçluya Hibe Edilmesi (Mecelle, md. 873).....	114
c. Hibenin Hâkim Tarafından Feshi.....	115

d. Ölüm Sebebiyle Sona Erme.....	116
e. Aciz Sebebiyle Hibenin İptali	116

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:

TÜRK BORÇLAR KANUNU (TBK) BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

I. SÖZLEŞME KAVRAMI.....	118
II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ	118
A. Tanımı ve Niteliği	118
B. Şartları.....	119
1. Bağışlayanın Kendi Malvarlığından Yaptığı Kazandırıcı Bir Muamele Olması.....	119
2. Kazandırmanın Bağışlama Sebebi (<i>Causa Donandi</i>) ile Yapılması .	120
3. Bağışlamanın İki Taraflı Bir Sözleşme Olması	121
4. Bağışlamanın Sağlararası Yapılmış Olması.....	122
C. Bağışlamada Ehliyet	122
1. Bağışlama Yapma Ehliyeti.....	122
2. Bağışlamayı Kabul Ehliyeti.....	123
3. Bağışlamada Tasarruf Yetkisi	124
D. Bağışlamanın Türleri	124
1. Bağışlama Sözü Verme	124
2. Elden Bağışlama	126
3. Şartlı Bağışlama.....	127
a. Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Olan Bağışlamalar	128
b. Bağışlayana Dönme Şartı İle Yapılan Bağışlamalar	128
c. Yükleme (mükellefiyetli) Bağışlamalar	129
4. Karma Bağış	132
E. Bağışlamanın Hükümleri ve Bağışlayan İle Bağışlananın Sorumluluğu.....	132
F. Bağışlamanın Sona Ermesi	133
1. Bağışlayanın Ölümü	133
2. Bağışlamanın Bağışlayan Tarafından Geri Alınması.....	133
3. Bağışlayan Tarafından Bağışlama Sözü Vermesinin Geri Alınması.	135
4. Bağışlayanın Mirasçılarının Bağışlamayı Geri Alması	135

5. Başışlamayı İfa Yüğümlülüğüñün Ortadan Kalkması	136
6. Başışlamanın Muvazaa Sebebiyle İptal Edilmesi	136
III. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE MECELLE KAPSAMINDA HİBE AKDİNİN KARŞILAŞTIRMASI	137
SONUÇ	152
KAYNAKÇA	157
EKLER	177
EK 1: Mecelle Ve Türk Borçlar Kanununa Göre Hibe (Başışlama) Hükümlerinin Karşılaştırma Tablosu	177
ÖZET	179
ABSTRACT	180

KISALTMALAR

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	: Bakınız
c.	: cilt
Çev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
E.	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
Mecelle	: Mecelle-i Ahkâmı Adliyye
s.	: sayfa
S.	: sayı
ss.	: sayfalar arası
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
Ter.	: Tercüme eden
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd	: ve devamı
vdi.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

Bu çalışmada hukuk tarihinde İslam Hukuku sahasında bir ilk olarak hazırlanan kanun mecmuası Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 7.kتابında düzenlenmiş olan ve modern hukukumuzda bağışlama sözleşmesine karşılık gelen hibe akdinin hükümleri araştırılıp incelenmiştir. Bu konuyu seçmemizin nedeni, sosyal ve hukuki bir kurum olarak insanların ruhundaki iyilik yapma hissinin bir yansıması olan bağışlamanın hukuk sistemlerindeki önemini de göz önüne alarak Mecelle ve modern borçlar hukukumuzla karşılaştırmalı olarak incelemektir.

Araştırmamız sırasında; literatür taraması yöntem olarak benimsenmiş ve akdin düzenlendiği kanun mecmuası olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye birincil kaynak olarak kullanılmıştır. Mecelle'yi yazan heyetin başkanı olması hasebiyle Ahmet Cevdet Paşa'nın hayatı etraflıca araştırılmış, bu doğrultuda anılarını ve fikirlerini yazdığı Tezakir ve Maruzat kitaplarına başvurulmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın anlattıklarından hareketle kanun maddelerinin dayandığı içtihatlarla bağlantıyı kurabilmek amacıyla Mecelle yazılırken faydalanılan ve Hanefî mezhebinde sıkça kullanılan fetva mecmualarına ulaşılmış; bunlar da çalışmamızda maddeler açıklanırken dipnotlarda normun kaynağı olarak gösterilmiştir. İslam hukuku esasen Kur'an ve Hadislere dayandığından; hibe akdi ile ilgili ayet ve hadislerle de konunun çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Zira kanun normu haline getirilen bütün fetvalar Kur'an ve Sünnet'ten istinbat, istihsan, mesalih-i mürsele gibi çeşitli hüküm çıkarma yollarıyla çıkarılan içtihatlarla dayanmaktadır.

Mecelle'nin bir kanun metni olması nedeniyle daha iyi anlaşılması amacıyla uygulandığı dönemde Osmanlı hukukçuları tarafından üzerine şerhler yazılmıştır. Bu şerhler de çalışmamızda ikincil kaynak olarak kullanılmıştır. Yine Mecelle yürürlüğe girdikten sonra konu hakkında verilen bazı fetvalar da aktarılmıştır. Bu Osmanlıca ve Arapça kaynakların bir kısmının transkripsiyonu veya çevirisi mevcut olmamakla

birlikte, kaynağın aslına inmek maksadıyla mümkün olduğunca Osmanlıca ve Arapça asıl metinlerden faydalanılmış; yer yer transkripte edilmiş veya çevrilmiş metinlere de müracaat edilmiştir. Terimlerin anlamları için birkaç farklı hukuk sözlüğü, Osmanlıca ve Arapça kelimeler için müstakil lügatler kullanılmış ve Diyanet İslam Ansiklopedisi’nden de genişçe istifade edilmiştir. Ayrıca İslam Borçlar Hukuku ve Mecelle alanında yazılmış İlahiyat ve Hukuk tezlerinin tümü YÖKSİS üzerinden taranmış, doktrindeki kaynak kitaplar, monografiler, makaleler ve tebliğler de yardımcı kaynak olarak incelenmiştir. Mecelle’nin hükümlerinin günümüz hukukuyla karşılaştırılarak incelenmesi amacıyla Türk Borçlar Kanunu ve üzerine yapılmış çalışmalardan faydalanılmıştır. Hukukun uygulanma şeklini aktarabilmek amacıyla Yargıtay’ın geçmişten bugüne bağışlama sözleşmesi ile ilgili verdiği kararlarına konu işlenirken yer verilmiştir.

Bilindiği üzere İslam hukukunun teşekkülünde herhangi bir yasama organının rolü olmamış, bu hukuk çoğu zaman resmi bir sıfatı olmayan hukukçuların içtihatlarıyla¹ oluşmuştur.² Bu içtihatlar ise hukuk âlimlerinin eğitim ve öğretim sırasında yaptıkları yorumlar ya da kendilerine yöneltilen sorulara verdikleri cevaplarla teşekkül etmiştir. İslam’ın ilk asrından (M.S 7.yy) beri İslam hukukçuları önlerine gelen meselede hükmü Kur’an ve Sünnet’ten bizzat içtihat ederek çıkardığından,³ bu durum

1 İctihat: Sözlükte “çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek” anlamındaki “*cehd*” kökünden türeyen içtihat “bir konuda elden gelen çabayı sarf etmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak” demek olup hadislerde içtihat, “kadı ve yöneticinin doğru hükme ulaşmak için elinden gelen gayreti göstermesi” manasında kullanılması ile (Buhârî, “İ’tisâm”, 13, 21; Müslim, “Akziye”, 15; Ebû Dâvûd, “Akziye”, 11; Tirmizî, “Ahkâm”, 3) fıkıh literatüründe de bu anlamıyla kullanılmıştır.

İctihadın konusuna hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmemiş meseleler girer. Bu husus Mecelle’nin 14. maddesinde “Mevrid-i nasta (Kur’an’da ve hadislerde açık olan fıkhi konularda) içtihadı mesâğ (izin) yoktur” hükmüyle vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yunus APAYDIN; Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), “İctihad” md., İstanbul, 2000, c.21, s.432-445

2 Mehmet Akif AYDIN; “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, sayı 1, Bahar 2006, s.11

3 Hasan Tahsin FENDOĞLU; Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.140

farklı hukuki görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Başlangıç dönemlerinde içtihatlar arasında hiyerarşi olmamış, bu vaziyet, “İçtihat içtihadı nakz etmez.”⁴ kuralı ile ifade edilmiştir. Böylelikle İslam hukuku bağımsız bir içtihat hukuku olarak gelişmesini sürdürmüştür.

İçtihatların toplanması yolunda ilk girişim 8. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Edebiyatçı ve kâtip İbn’ül Mukaffa⁵ dönemin Abbasi Devleti halifesi Mansur’dan (714-775) fikhî toplamasını istemiştir. Halife Mansur, bu isteği kabul edip İmam Malik b. Enes (712-795)’ten kendi eseri Muvatta’nın mahkemelerde fetva kitabı olarak kullanılmasını talep etmişse de İmam Malik’in rıza göstermemesi nedeniyle bu teşebbüs sonuçsuz kalmıştır.⁶ Öte yandan fikhî mezheplerin belirli bölgelerde hâkim olması ve mezhep içi içtihatların esahh-ı akval⁷ gibi sıralamalara bağlı tutulması gibi nedenler fikhî alanındaki dağınıklık ve istikrarsızlığı engellemiştir. Ayrıca Hanefî mezhebinde hâkimin vazifesinin devlet başkanının emri ile sınırlandırılabilceği görüşü kabul edildiğinden, bu doğrultuda çıkarılan emirlerle mahkemelerde uygulama birliği belli ölçüde temin edilmiştir.⁸

Osmanlı Devleti’nin klasik döneminde hukuki hayattaki boşlukları doldurmak amacıyla İslam hukukunun paralelinde gelişen örfî hukuk sahasında muhtelif kanunnameler hazırlanmıştır.⁹ Ayrıca kanunnamelerin hükümleri şer’î hukuktan farklı

4 MECELLE; md.16’da vurgulanan bu kural; bir içtihadın başka bir içtihatla kaldırılamayacağını ifade eder.

5 Ebû Muhammed Abdullah b. el-Mukaffa (ö. 142/759) İran asıllı mütercim, edip ve kâtip. Tahminen 720 veya 724 yıllarında doğmuş, 759 yılında vefat etmiştir.

6 Mehmet Akif AYDIN; “Mecelle’nin Hazırlanışı”, Osmanlı Ansiklopedisi, İstanbul, 1999, c.9, ss.32-33

7 Sözelimi, Ebu Hanife ile iki talebesinden biri aynı görüşte birleşmişse bu esahh-i akvaldir, diğer talebesinin görüşü zayıf görüştür.

8 Bu konuda bkz. MECELLE; md.1801

9 Halil İNALCIK; Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayınları, İstanbul, 2005, ss.30-36

olarak bütün Osmanlı vatandaşlarını kapsamına almıştır.¹⁰ Bu dönemde kadılar yargılamada fetva mecmuaları ve fıkıh kitaplarından faydalanmışlardır.¹¹ Kadılar müftülerin fetvalarından da yararlanarak hukukun günlük uygulanmasında görev yapmışlardır.¹² Hanefi mezhebinin Osmanlı devletinin resmi mezhebi olması¹³ ve fetva ve kazaya bu mezhebin, bu mezhep içerisinde farklı görüşler varsa esahh-ı akvalin¹⁴ yani en sahih görüşün uygulanması¹⁵ hukuki birlik ve istikrarı da beraberinde getirmiştir.¹⁶

Tanzimat döneminde ve sonrasında Osmanlı Devleti'nin siyasi, askeri, idari, sosyolojik ve kültürel yapısı birçok değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Bu değişim ve dönüşüm esnasında her alanda olduğu gibi hukuk alanında da reforma ihtiyaç olduğundan; yeni idari ve sosyolojik yapıya uygun düzenlemeler yapmak gerekmiştir.¹⁷

10 Macit KENANOĞLU; Osmanlı Millet Sistemi, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004, s.28

11 Bu kitapların bir listesi için bkz. Ekrem Buğra EKİNCİ; İslam Hukuk Tarihi, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2006, ss.153-157

12 Colin IMBER; Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, Çev. Murteza BEDİR, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004, s.11

13 Konuyla ilgili bkz. M. Ertuğrul Düzdağ; Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16.Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1972, c.1, s.91; Abdullah DEMİR; Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2006, s.212

14 Bu konuda bir fetva: “Esahh-ı akval ile hükme memurlardır ve hilafiyattan mahcurlardır.” şeklindedir. Bkz. Ahmet AKGÜNDÜZ; Osmanlı Kanunnameleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1990, c.4, s.39

15 Bazen Hanefi hukukunda daha az muteber gören görüşlere de yer verilmişti. Her zaman en geçerli olan görüş esas alınmazdı. Buna vakıflara fayda getiren ve zamana daha uygun hükümler örnek verilebilir. Örneğin Mecelle'nin 207, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692, 714 maddelerinde azınlık görüşü esas alınmıştır. Bkz. Hayreddin KARAMAN; İslam Işığında Günün Meseleleri, İz Yayınları, İstanbul, 2003, c.2, s.403

16 Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Ma'ruzat'ında “Bu diyarda Şafii kavliyle amel etmek yasaktır” şeklinde fetva vardır. Bkz. Şeyhülislam Ebussuud Efendi; Ma'ruzat, Haz. Pehlül DÜZENLİ, Klasik Yayınları, İstanbul, 2013, s.341

17 Ali AKYILDIZ; Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s.19 vd.

Bu düzenlemelerden bazıları Batılı devletlerden aynen ıktibas yoluyla yapılırken; bazıları da Mecelle¹⁸ gibi özgün uğraşlar neticesinde ortaya çıkmıştır.

Medeni hukuk, borçlar hukuku ve usul hukuku hükümleri ihtiva eden Mecelle, Türk hukuk tarihinde ayrı bir yere ve öneme sahip olmuştur.¹⁹ Hanefi fikhının²⁰ muamelat kısmını kodifiye eden bu kanun, borçlar hukukunun bütün hükümlerini, mülkiyet hakkı ve irtifak hakları ile alakalı bütün meseleleri en ince ayrıntılarına kadar düzenlemiştir.²¹ Mecelle ile ilk kez hukukçuların içtihatlarıyla oluşan bir hükümler mecmuası, şer'i hukukun düzenlediği alanda yalnızca tedvin yetkisi olan²² Padişahça "Mucebince amel olunsun." denilerek onaylanıp resmi bir kanuna dönüşmüştür. Daha önceleri kısmi kanunlaştırma faaliyetleri yapılmasına rağmen bu ölçüde bir kanunlaştırma İslam hukuk tarihinde bir ilk olarak karşımıza çıkar.²³

İşbu çalışmanın amacı Türk Hukuk Tarihi'nde ayrı bir yeri ve önemi olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de yer alan hibe akdinin incelenmesidir. Mecelle'de hibe akdini incelemeye başlamadan önce Osmanlı Devleti'nde İslam Hukuku uygulandığından araştırmanın birinci bölümünde genel olarak Tanzimat dönemi öncesi ve sonrası Osmanlı hukuku, kanunlaştırma hareketleri, Mecelle'nin hazırlanış süreci, uygulanma süresi ve kaldırılma süreci incelenmiştir.

18 Mecelle literatürü hakkında detaylı bilgi için bkz. Sami ERDEM; "Türkçe'de Mecelle Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, 2005, s.677 vd.

19 Halil CİN/ Sevgi Gül AKYILMAZ; Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2008, s.571

20 Mecelle'de hükümler tamamen Hanefi mezhebinden alınmıştır. Bkz. Mecelle Mazbatası, ss.11-14

21 Halil CİN; "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150.Yılında Tanzimat İçinde, Yayına Hazırlayan: Hakkı Dursun YILDIZ, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1992, s.22

22 Abdullah DEMİR; 2006, s.218

23 Mehmet Akif AYDIN; 2006, s.20

Çalışmanın ikinci bölümünde, hibe akdinin farklı hukuk sistemlerindeki benzer ve ayrılan özellikleri ele alınarak genel olarak İslam hukukunda akit kavramı ve hibe akdinin özellikleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde Mecelle’de hibe akdinin özellikleri, hibe akdi terminolojisi, türleri, hibe akdinde ehliyet, hibe akdinin şartları, hükümleri ve sona ermesi incelenmiştir. Yine, Mecelle’de yer alan maddeler mümkün oldukça her bir normun alındığı kaynak mecmua dipnotta gösterilerek ve devrinde yazılan şerhlere atıf yapılarak izah edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde Türk Borçlar Kanunu kapsamında bağışlama sözleşmesi hükümleri doktrinden ve Yargıtay kararlarından yararlanılarak incelenmiştir. Bölümün son kısmında çalışmanın esas kısmını oluşturan Mecelle’de yer alan hibe akdi ile Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bağışlama sözleşmesinin farklılık ve benzerlikleri tespit edilmiştir. Son olarak, Türk Borçlar Kanunu ve Mecelle arasındaki benzerlik ve farkları daha iyi analiz edebilmek amacıyla çalışmanın sonuna bir karşılaştırma tablosu eklenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM:
TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKU VE MECELLE’NİN
HAZIRLANIŞI

I. TANZİMAT DÖNEMİ ÖNCESİ OSMANLI HUKUKU

Genel yapısı itibarıyla bir İslam Devleti olan Osmanlı Devleti’nde İslam Hukuku ve örfi hukuk birlikte uygulanmıştır.²⁴ Örfi hukuk alanında düzenlemeler “kanunname” şeklinde yapılmakla birlikte şer’i hukuk alanında Tanzimat dönemine kadar herhangi bir kanunlaştırma teşebbüsüne rastlanmaz. Klasik dönemde bugünkü şekli anlamda kanun gibi olmamakla birlikte çeşitli kanunnameler hazırlanmıştır.²⁵ Bunlar İslam hukukunun düzenlediği alanlarda değil, bu hukukun paralelinde gelişen ve onunla çatışmayacak bir tarzda hukuki hayattaki boşlukları dolduran örfi hukukun düzenlediği alanlardadır.²⁶ Örfi hukuk zaman içerisinde özellikle vergi hukuku ve arazi hukuku alanında doğan ihtiyaca göre çıkarılan irade ve fermanlara dayanır.²⁷ Adaletin temini için halka uygulanacak kuralların bildirilmesi Hammurabi kitabelerinden beri mevcut olan bir uygulamadır.²⁸ Osmanlı Devleti de bu yöntemi uygulayarak, sadece hukukçuların değil bütün halkın hukuk kurallarını açık bir şekilde öğrenebilmesini temin için çeşitli kanunnameler çıkarmıştır. Burada örfi hukukun, şer’i hukukun tanıdığı yetki muvacehesinde veya bu hukukun düzenlemediği sahalarda hüküm koyması söz konusudur. Kanunnameler şer’i hukuka aykırı olmamak kaydıyla örf ve adet hukukuna

24 Mehmet Akif AYDIN; Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayıncılık, 14.Baskı, İstanbul, 2017, s.66

25 Halil İNALCIK; 2005, ss.30-36

26 Halil İNALCIK; Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), “Kanunname” md., İstanbul, 2001, c.24, s.333

27 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.67

28 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.67

dayanmaktadır.²⁹ Ayrıca kanunnamelerin şer’i hukuktan farklı olarak hükümlerinin gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarını da kapsadığı görülür.³⁰

Klasik dönemde Hanefi mezhebine mensup hukukçularca yazılan ve Osmanlı medreselerinde okutulan fıkıh eserleri, aynı zamanda kadıların bilgi ve hüküm kaynağı olarak görülmüştür. Bir başka ifadeyle bu dönemde bilgi kaynağı olarak kullanılan fıkıh eserleri, yürürlük kaynağı olarak da hizmet görmüş, böylece bir kanun metninin bulunmamasından doğan boşluğu doldurmuştur. Özellikle Fatih Sultan Mehmet döneminden Kanuni Sultan Süleyman dönemine kadar Molla Hüsrev (ö.1480) tarafından yazılan “*Dureri’l Hukkam fi Şerhu Gureri’l-Ahkâm*”,³¹ ve Kanuni Sultan Süleyman döneminden Mecelle’ye kadar da İbrahim Halebi (1456-1549) tarafından telif edilen “*Mülteka’l Ebhur*”³² kadıların çokça kullandıkları³³ ve bu yönden adeta yarı resmi yürürlük kaynağı hüviyetine bürünen eserler olmuştur.³⁴ Bunların yanı sıra diğer fıkıh eserleri ve özellikle en sahih görüşü belirlemede ve hukuki sorunların çözümünü somut olaylarla kolaylaştırmada sayıları bir hayli fazla olan fetva mecmuaları da kadılara yardımcı olmuştur.³⁵

29 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, ss.73-75

30 Macit KENANOĞLU; 2004, s.28

31 Eser hakkında detaylı bilgi için bkz. Ahmet AKGÜNDÜZ; “Durer’ul Hukkam” md., İstanbul, 1994, DİA, c.10, ss.27-28

32 Eser hakkında detaylı bilgi için bkz. Şükrü Selim HAS; “Mülteka’l Ebhur” md., İstanbul, 2006, DİA, c.31, ss.549-552

33 Ahmet AKGÜNDÜZ; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, c.3, s.213

34 Yarı resmi yürürlük kaynakları hakkında bkz. M. Akif AYDIN; İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985, s.81

35 Örneğin Fetava-yı Ali Efendi, Fetava-yı Hindiyeye gibi fetva kitapları bu tür mecmualardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin ATAR; DİA, “Fetva” md., İstanbul, 1995, c.12, ss.486-496

II. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKU

Sözlükte “düzenleme, sıraya koyma, ıslah etme” anlamlarına gelen tanzim sözcüğünün çoğulu olan tanzîmât “düzenlemeler” manasına gelir³⁶ ve literatürde de “Devlet kurumlarında yapılan ıslah ve düzenlemeler” manasında kullanılır. Bu düzenlemelerin yapıldığı dönem de Tanzimat Dönemi şeklinde isimlendirilmiştir. 3 Kasım 1839’da İstanbul’da ilân edilmiş olan Gülhane Hatt-ı Hümayunu³⁷ ile başladığı kabul edilen dönemin ne zaman sona erdiği tartışmalı olmakla beraber 1878’de meclisin kapatılmasıyla dönemin sona erdiğini kabul eden görüşler öne sürülmüştür.³⁸

Tanzimat döneminde yapılan hukuki düzenlemelerden önce devrin siyasi ve idari yapısı hakkında kronolojik sırayla kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır:

Dönemin dışişleri bakanı Mustafa Reşit Paşa tarafından 3 Kasım 1839 tarihinde İstanbul Gülhane meydanında bakanlar, din bilginleri, hahambaşı, Rum ve Ermeni patrikleri, esnaflar, elçiler ve başka hazır olanların önünde Tanzimat Fermanı duyurulmuştur. Ferman; can ve mal güvenliği, ırz ve namusun korunması, vergi rejiminin düzenlenmesi, asker alım sistemi ve rüşvetin önlenmesi konularında yeni kanunlar çıkarılacağını belirtmiş, devamında bu konuları görüşüp karara bağlamak üzere vazifelendirilen Meclis-i Vâlâ’nın üye sayısının fazlalaştırılması ve fermanın bütün iç ve dış kamuoyuna duyurulması kararlaştırılmıştır.³⁹

Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile müslim-gayrimüslim eşitliğinin sağlanması aynı zamanda, gayrimüslim vatandaşların Osmanlı Devleti’nden ayrılmasını engellemek

36 Bkz. Kubbealtı Lugatı, “Tanzimat” md.

37 Fermanın metni için bkz. Enver Ziya Karal; Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985, c.5, ss.255-258; Fermanın Osmanlı Devleti’nin gayrimüslim vatandaşlarına etkileri için bkz. Gülnihal Bozkurt; 1839-1914 Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989, s.42 vd.

38 Ali AKYILDIZ; “Tanzimat” md., DİA., İstanbul, 2011, c.40, s.1

39 DÜSTUR, Birinci Tertip, İstanbul, 1289, I, ss.4-7

gayesiyle hazırlanan ve müstakil bir Osmanlı milleti oluşturmayı hedefleyen mühim bir projenin ilk adımı olarak değerlendirilebilir.

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye⁴⁰ Tanzimat döneminde Hariciye Nezâreti'yle beraber yenilikler için mühim görevler üstlenmiş ve ilk on beş senede yapılan neredeyse tüm yenilikler bu iki müessesenin öncülüğünde gerçekleştirilmiştir.

Bunun dışında Tanzimat döneminde eğitim ve öğretim alanında da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1845'te ilkokul, ortaokul, lise ve bir üniversite açılmasına yönelik tasarılar hazırlanmıştır. Meclis-i Vâlâ ile Dışişleri Bakanlığı'nın denetiminde olmak üzere 27 Haziran 1846'da Meclis-i Maârif-i Umûmiyye oluşturulmuştur. Meclisin kararlarını tatbik etmek amacıyla 13 Kasım 1846'da Eğitim Bakanlığı kurulmuştur.⁴¹

I. Abdülmecid'in 28 Mart 1855 tarihli irade-i seniyyesiyle cizyenin bedelli askerlik vergisi olarak alınması kararlaştırılmıştır. 18 Şubat 1856'da Islahat Fermanı ilân edilmiştir. Söz konusu fermanla, Tanzimat Fermanı'yla vatandaşlara tanınan haklar ve evvelki devirlerde gayrimüslimlere tanınan ayrıcalıklar güvence altına alınmış ve bu hususların yeni gereksinimlere göre yorumlanması için hükûmetin kontrolü altında patrikhanelerde meclislerin oluşturulması öngörülmüştür. Patriklerin “kayd-ı hayat” koşulu ile atanması esası yanında patrikler ile ruhban sınıfı mensuplarına devlete sadakat yemini ettirilmesi kabul edilmiş ve kendilerine devletçe maaş bağlanmıştır. Gayrimüslim cemaatlere hükûmetin izniyle ibadethane, hastane ve okul gibi kurumları onarma ve yenilerini inşa etme olanağı tanınmıştır. Bu kurumların işlerinin ruhban

40 II.Mahmud'un kurduğu reformları planlayıp icrasını denetleyen yüksek yasama ve karar organıdır. Meclisin görevi, yapılması düşünülen ve “tanzîmât-ı hayriyye, tanzîmât-ı mülkiyye” olarak adlandırılan reformların gerçekleştirilmesi amacıyla kanun ve nizamları hazırlamak ve mazbatalara son şeklini vermektir. Ayrıca çıkardığı kanun ve nizamnamelerin uygulanıp uygulanmadığını denetleme hakkına sahiptir. Meclisin toplanma şeklini, kurallarını ve işleyiş tarzını belirleyen iç tüzüğü, üyelerin düşüncelerini serbestçe açıklamalarını ve kararların oy çokluğuyla alınmasını öngörüyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali AKYILDIZ; “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” md., DİA, Ankara, 2003, c.28, ss.250-251

41 Ali AKYILDIZ; 2011, s.5

sınıfından ve halktan seçilen temsilcilerden teşekkül eden karma meclislerce idare edilmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca, şahısların inançlarını değiştirmeye zorlanamaması ve bütün vatandaşların ayırım gözetmeksizin devlet memurluğuna alınabilmesi esasları benimsenmiştir. Müslümanlarla gayrimüslim vatandaşlar arasında yahut iki tarafın kendi dindaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip karma mahkemelerin hayata geçirilmesine karar verilmiştir.⁴²

26 Eylül 1854 tarihinde Meclis-i Âli-i Tanzimat kurulmuş; bu meclis, Meclis-i Vâlâ'nın yetkilerinden olan yasama görevini üstlenmiştir.⁴³ Fransız Ticaret Usul Kanunu 1861'de Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi adıyla tercüme edilerek kabul edilmiştir. Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye 5 Mart 1868'de Şura-yı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ismiyle iki farklı kurum şeklinde ayrılmıştır. Fransa'daki Conseil d'Etat örnek alınarak oluşturulan Şura-yı Devlet'in reisliğine Midhat Paşa (1822-1884), Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin reisliğine Ahmed Cevdet Paşa getirilmiştir. Gayrimüslim Osmanlı vatandaşları her iki mecliste de temsil edilmiştir.⁴⁴

Mütercim Rüşdü Paşa, Midhat Paşa ve Hüseyin Avni Paşa liderliğinde bir grup 1876'nın 30 Mayıs günü darbe yapıp padişah Abdulaziz'i tahttan indirmiş ve tahta V. Murad'ı geçirmiştir.⁴⁵ Yaşadığı kanlı olaylar sebebiyle ruh sağlığı bozulan V. Murad iyileşmeyince 31 Ağustos'ta II. Abdulhamid tahta geçirilmiştir.⁴⁶

Midhat Paşa başkanlığında kurulan bir komisyon 7 Ekim 1876'da Osmanlı Devleti'nin anayasası olacak Kanun-ı Esasi'yi hazırlama mesaisine başlamıştır. 23

42 Ufuk GÜLSOY; Islahat Fermanı md., DİA, İstanbul, 1999, c.19, ss.186-188

43 Mehmet SEYİTDANLIOĞLU; Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), TTK Yayınları, Ankara, 1996 ss.47-52

44 Mehmet Akif AYDIN; DİA, "Divan-ı Ahkâm-ı Adliye" md., İstanbul, 1994, c.9, s.387

45 Bkz. Cevdet KÜÇÜK; DİA, "Abdülaziz" md., İstanbul, 1988, c.1, s.180

46 Ekrem Buğra Ekinci, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul 2004, s.151-157; Ali Akyıldız, 2006, s.66-69; Gülnihal Bozkurt, 1989, s.42

Aralık 1876’da, Meşrutiyet ilan edilmiş ve Kanun-ı Esasi yürürlüğe konulmuştur. Kanun-ı Esasi’de, halkın temsilcilerinin seçeceği azalardan oluşacak “Meclis-i Meb‘usan” ile sultanın atayacağı azalardan oluşacak “Meclis-i A‘yan” şeklinde iki kısımlı bir parlamento öngörülmüştür.⁴⁷ Osmanlı Parlamentosu 19 Mart 1877’de açılmış ve birinci faaliyet dönemi 28 Haziran 1877 tarihinde hitama ermiştir. Meclis-i Meb‘usan yeni çalışma dönemine 13 Aralık 1877’de başlamış ve 1877-1878 Osmanlı-Rus harbi ile bazı güvenlik sorunları sebebiyle 13 Şubat 1878 tarihinde padişah II. Abdulhamid tarafından tatil edilmiştir.⁴⁸

Tanzimat’la başlayan süreçte Osmanlı Devleti’nde kanunlaştırma ve yargı teşkilâtı⁴⁹ alanlarında ciddi reformlar yapılmıştır.⁵⁰ Bunların en önemlisi yeni mahkemeler kurulması ve var olan mahkemelerin yeni bir şekle sokulmasıdır.⁵¹ Ayrıca, bu dönemde birbiri ardınca yeni kanunlar hazırlanıp yürürlüğe girmiştir.⁵² Tanzimat Fermanı’ndan itibaren hukuk alanında yapılan değişiklikleri en genel şekilde özetlemeye çalıştığımız bu dönemde, yeni kanunları uygulayacak yeni mahkemelerin kurulması ve şer‘i usullerin yanında bu şekilde Avrupa menşeli kanunlara yer verilmesi ile hukuk hayatında ikilik söz konusu olmuştur.⁵³

47 Mehmet Akif AYDIN; DİA, “Kanun-ı Esasi” md., İstanbul, 2001, c.24, s.330

48 Yılmaz KIZILTAN; “1.Meşrutiyet’in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı”, Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, c.26, sayı 1, 2006 s.269

49 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ekrem Buğra EKİNCİ; 2004, ss. 79-98

50 Devrin hukuk hayatıyla ilgili bkz. Nicolae JORGA; Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, Çev. Nilüfer Epçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012, c.5, ss.355-356; Yapılan reformlarla ilgili bkz. Ahmet Yusuf YILMAZ; Osmanlı Hukukunda Batılılaşma Süreci (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, ss.81-94)

51 Ekrem Buğra EKİNCİ; 2004, s.22; Coşkun ÜÇÖK/ Ahmet MUMCU/ Gülnihal BOZKURT; Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.359

52 Coşkun ÜÇÖK/ Ahmet MUMCU/ Gülnihal BOZKURT; a.g.e, s.336

53 Osmanlı Devleti’nde Tanzimat dönemi kanunlaştırma çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet GAYRETLİ; Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet’e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul,

A. Kanunlaştırma

Kanunlaştırma, bir ülkede dağınık veya sözlü durumda bulunan hukuk kaidelerini bir araya getirerek, bütün ülkede geçerli olan bir hukuk sistemi oluşturmaadır.⁵⁴ Kanunlaştırma faaliyetlerinin sebepleri olarak; hukuki birliğin sağlanmak istenmesi, merkezi devlet fikrinin g kazanması, ekonomi güvenliğinin sağlanması, sistematik hukuk ilminin gelişmesi, liberalizmin ve rasyonalizmin g kazanması ve tabii hukuk ekolünün g kazanması doktrinde ne sürülmektedir.⁵⁵

Latince’de kabul etmek, almak gibi anlamlarda kullanılan “*recipere*” mastarından türetilmiş olan “*receptio*” sözcüğü, İngilizce’de “*reception*”, Fransızca’da “*re’ception*” şeklinde telaffuz edilmektedir.⁵⁶ Bu sözcük zamanımızda bir toplumun mevzuatının başka bir toplumca alınarak uygulanmasını karşılamaktadır.⁵⁷ Medeniyetler ve toplumlar gelişmekte ve değişmektedir. İnsanın sosyal bir varlık olması sebebiyle toplumlar arasında karşılıklı etkileşim gerçekleşmektedir. Bu yönüyle kendi hukuk kurallarını henüz toplayıp yazılı hale getirememiş toplumlar hızlı bir uygulama gerçekleştirmek amacıyla bunu hazırda yapılmış olan bir toplumdan kendi diline ve kültürüne aktararak alabilmektedir. İşte bu durum “*resepsiyon*” olarak isimlendirilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu’ndan çevrilerek alınmış 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi buna örnek olarak verilebilir.

2008, ss.75-239; Muhammed Tayyip KILIÇ; İşlam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, ss.193-208

54 Seda ÖRSTEN ESİRGEN; “*Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri*”, ADALET DERGİSİ, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Aralık 2019, Yıl:146, Dönem: VI sayı: 62-63, s.430

55 Muhammed Tayyip KILIÇ; a.g.e, ss.259-262

56 Muhammed Tayyip KILIÇ; a.g.e, s.249

57 Gülnihâl BOZKURT; Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.6

Başka bir toplumun yazılı hukuk kurallarını benimsemek yerine kendi yazılı olmayan veya yazılı olup da dağınık haldeki hukuk kurallarını toplayarak bütün devlette geçerli bir kanun haline getirme ise “*kodifikasyon*” olarak adlandırılır.⁵⁸ “*Code Civil*” ve Mecelle de bu kanunlaştırma şekline örnek olarak verilebilir.

Osmanlı Devleti’nde yeni kanunların yapılmasındaki en büyük etkenlerden biri Batı’da gerçekleşen sanayi devriminin ortaya çıkardığı imalat fazlasıdır. Batılı devletler, Osmanlı Devleti gibi büyük ekonomilerine mamullerini sokmaya çalışmışlardır.⁵⁹ Bu çalışmalar sonucu, Osmanlı Devleti’yle anılan devletlerin alım-satım münasebetleri büyük ölçüde fazlalaşmış, Cevdet Paşa⁶⁰’nın belirttiği gibi hususan Kırım Harbi’nden sonra önemli şekilde canlılık meydana gelmiştir.⁶¹ Öte taraftan Osmanlı Devleti’nde üretim tarzı Batı’dakine yakın bir dönüşüm geçirdiğinden; oluşan ekonomik yoğunluk da ticaret ve borçlar hukuku sahalarında güncel düzenlemeleri gerektirmiştir. 1850’de Ticaret Kanunnâme-i Hümayun’u kabul edilmiştir.⁶² Fakat bu alanda var olan eksikliklerin giderilmesi zorunluluğu borçlar hukuku sahasında da yeni ve güncel bir düzenleme yapma düşüncesini doğurmuştur. Tanzimat ve sonraki dönemlerin yukarıda aktarılan siyasî, iktisadî ve içtimaî koşulları Osmanlı’yı Batı’nın etkisi altında bırakmış, bu da bir medenî yasa hazırlanması mevzuunda Osmanlı devlet adamlarına tesir etmiştir.⁶³ Bilhassa Fransa, Fransız tacirlere alışık oldukları bir hukuki

58 Muhammed Tayyip KILIÇ; a.g.e, s.253

59 1838’de İngiltere’nin Osmanlı Devleti ile yaptığı Baltalimanı Muâhedesi (16 Ağustos 1838) ve diğer devletlerin benzer anlaşmalarında bu durum açıkça görülür.

60 Ahmet Cevdet Paşa’nın kısa bir biyografisi için bkz. Yusuf HALAÇOĞLU / Mehmet Akif AYDIN; “Cevdet Paşa” md., DİA, Ankara, 1993, c.7, ss. 443-445

61 Ahmed Cevdet PAŞA; Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, c.1, s.62

62 Bu konuda geniş bir çalışma için bkz. Macit KENANOĞLU; Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yayınları, Ankara, 2005

63 Ekrem Buğra EKİNCİ; Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2012, s.556

alt yapı sağlayacağından “Code Civil”⁶⁴’in Osmanlı Devleti’nce kabul edilmesi için yoğun baskı uygulamıştır.⁶⁵

III. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

A. Mecelle’nin Hazırlanışı

Mecelle’nin kanunlaştırılmasına tesir eden hukukî, ekonomik ve siyasî nedenlerin bulunduğu şüphesizdir. Tanzimat sonrası, klasik adlî teşkilat mühim surette değişim geçirmiş⁶⁶ ve Şer’iyye Mahkemeleri’nin yanında ceza, ticaret ve hukuk mahkemeleri kurulmuştur. Nizâmiye Mahkemeleri ismiyle bilinen mezkûr mahkemelerine atamak için gerekli hukuk müktesebatına ve fıkıh geleneğine hâkim kişiler bulunamamıştır.⁶⁷ Bundan ötürü, anılan mahkemelerin hâkimlerinin uygulayabileceği yasaların hazırlanması gereksinimi belirmiştir.⁶⁸ İşbu gereksinim, hususan ticaret mahkemelerinin tecrübeli ancak hukuk bilgisi az olan hâkimleri için ileri boyutlara ulaşmıştır.⁶⁹ 1850 tarihli Ticaret Kanunu yürürlükte olsa da rehin, kefâlet, vekâlet ve havâle sözleşmeleri hakkındaki bazı davaların hukuki incelikleri konusunda mühim meseleler meydana çıkmıştır.⁷⁰

64 1804’de Fransa’da I.Napolyon döneminde kabul edilen medeni kanun. Napolyon’un emriyle bir medeni hukuk komisyonu kurulmuş, komisyonun hazırladığı tasarı 31 Mart 1804 tarihinde “*Code Civil des Français*” adıyla yürürlüğe girmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten ESİRGİN; “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırmaları Merkezi Dergisi, 2011, Bahar, s.35 vd.

65 Ekrem Buğra EKİNCİ/ Ahmet ŞİMŞİRGİL; Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2008, s.51

66 Ekrem Buğra EKİNCİ; 2004, s.19-23

67 Mecelle Mazbatası, s.10

68 Bu dönemde, hukukçu ihtiyacını karşılamak için klasik medreselerin yanı sıra 1854 yılında Muallimhane-i Nüvvab açılmış, Galatasaray Mekteb-i Sultanisi’nde de 1869’da bir hukuk şubesi kurulmuştur. Geniş bilgi için bkz. Osman ERGİN; Türkiye Maarif Tarihi, İstanbul, 1977, c.2, s.157-158

69 Ahmet AKGÜNDÜZ; 2012, s.213

70 Hoca Eminefendizade Ali Haydar EFENDİ; Dürer’ül Hukkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm; Şirket-i Mertebiye Matbaası, İstanbul, 1330, c.1, s.3

Diğer taraftan Hanefî mezhebinde neredeyse her meselede muhtelif içtihatların olması nedeniyle bu içtihatlar arasından en sahih ve tatbiki medar olanını tespit etmek durumunda bulunan kadılar zorlanmaktaydılar.⁷¹ Mecelle, bu değişik içtihatlardan yalnızca uygulanacak olanları topladığından hâkimlere kolaylık sağlamıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, Osmanlı Devleti'nde dönemin hukukçuları ve devlet ricali arasında borçlar kanununun Batı'dan mı iktibas edileceği yoksa mer'î hukukun mu kodifiye edileceği hususunda bir süre fikir birliği sağlanamamıştır.⁷² Bununla beraber 1855 yılı başlarında milli bir kanun fikrinin ağır bastığı ve medeni kanun olarak bir “*Metn-i Metin*”in hazırlanmasına teşebbüs edilerek bu amaçla Meclis-i Tanzimat içerisinde bir çalışma grubu meydana getirilmiş ve “*Metn-i Metin*”in hazırlanması vazifesi bu cemiyete verilmiştir. Rüştü Efendi'nin reisliğindeki bu cemiyet, Ali Ratib Bey, Hüsam Efendi, Tahir Efendi ve Ahmed Cevdet Paşa'dan teşekkül etmiştir.⁷³ İlk toplantısını 20 Safer 1272/2 Aralık 1855 tarihinde yapan cemiyet, bir süre çalıştıktan ve Kitabü'l Büyu'u hazırladıktan sonra dağılmıştır. Cevdet Paşa'ya göre anılan heyet içinde bir medeni kanun hazırlayabilecek yetkinlikte bir hukukçu olarak yalnızca İstanbul kadısı olan Tahir Efendi bulunuyordu. Nitekim Cevdet Paşa da kendisini, “Ol vakit ulum-u nakliyyede (fıkıh, hadis gibi nakli ilimler) malumat ve melekem (yeteneğim) nakıs (eksik) idi.”⁷⁴ sözüyle ifade ettiği üzere fıkıh ilmini de kapsayan nakli ilimlerde kâfi görmemekteydi.

Metn-i Metin'den sonra medeni kanun hazırlama çalışmaları, 1850 tarihli Ticaret Kanunu'nun düzenlemediği alanlarda yürürlüğe sokma düşüncesiyle Fransız

71 Ahmet AKGÜNDÜZ; 2012, s.214; Mecelle Mazbatası, ss.8-10

72 Batı'daki ve Osmanlı devletindeki kanunlaştırma amillerinin mukayeseli incelemesi için; bkz. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, c.1, ss.45-46

73 Ahmet Cevdet PAŞA; yay. Cavid BAYSUN, 1953, s.63

74 Ahmet Cevdet PAŞA; a.g.e, s.63

Medenî Kanunu'nun iktibas gayretleri sürecinde tekrar ortaya çıkmıştır. Âlî Paşa⁷⁵, Girit'ten Sultan Abdülaziz⁷⁶'e 30 Kasım 1867 tarihinde göndermiş olduğu mektupta hiç olmazsa Mısır'daki gibi karma mahkemelerdeki davalar için Fransız Medenî Kanunu'nun iktibasının zorunlu olduğunu bildirmişti.⁷⁷ Hatta kaynaklara göre, Fransız büyükelçisi De Bourree⁷⁸'nin de etkisiyle Âli Paşa, Said Paşa'ya “Code Civil”in Arapça çevirisinden Türkçe'ye tercüme edilmesi vazifesini tevdi etmişti.⁷⁹

Ancak fıkıh literatürünün kanunlaştırılması önerisi git gide ağır basmaktaydı. Önde gelen paşaların bulunduğu bir toplantıda Ahmed Cevdet Paşa'nın ısrar etmesi, Şirvanizade Rüşdü Paşa(1828-1874) ile Fuad Paşa'nın(1814-1869) da bu fikri onaylaması sonucunda Fransız Medeni Kanunu'nun alınması düşüncesinden vazgeçilerek İslam hukukunun medeni ve borçlar hukuku hakkındaki hükümlerinin yasalaştırılmasında karar kılınmıştır.⁸⁰ Bu amaçla Arazi Kanunnamesi⁸¹ gibi birçok kanunun hazırlanışında öncülük etmiş, “*Metn-i Metin*” çalışmasında da bulunmuş olan

75 Mehmed Emin, Osmanlı Sadrazamı, Fuat Paşa'nın ölümünden (1869) sonra Hariciye Nezareti'ni de üzerine alıp devlet idaresinde etkili oldu. Geniş bilgi için bkz. Kemal BEYDİLLİ; “Âli Paşa” md., DİA, İstanbul, 1989, c.2, ss.425-426

76 Geniş bilgi için bkz. Cevdet KÜÇÜK; Abdülaziz md., DİA, İstanbul, 1988, c.1, ss.179-185

77 Roderic H. DAVİSON; Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1856-1876) , çev. Osman AKINHAY, Agora Kitaplığı, İkinci Baskı, İstanbul, 2005, s.262

78 Nicolas de BOURRE, Fransız Büyükelçi. 28 Ağustos 1866- 9 Haziran 1870 arasında büyükelçilik yapmıştır.

79 M. Akif AYDIN, 1999, s.46

80 Ahmet Cevdet PAŞA; a.g.e, s. 200, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, bu bağlamda “O devirde dine müstenit hukuku ortadan kaldırmak, dini ortadan kaldırıp kâfir olmakla müsavi (eşit) telakki edilirdi.” demektedir. Bkz. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, Tanzimat, İstanbul, 1999, c.I, s. 206. Ömer Lütfi Barkan'a göre de Tanzimat Fermanı sonrası idare hukuku ve ceza hukuku gibi alanlarda yeni düzenlemeler yapıp, yabancı ülkelerin bazı yasaları aynen kabul edilirken, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin düzenlediği konularda bu çeşit yeni düzenlemelere cesaret edilememiştir. Bkz. Ömer Lütfi BARKAN; “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, 1945, s. 209

81 Mehmet Akif AYDIN; DİA, “Arazi Kanunnamesi” md., İstanbul, 1991, c. III, s.346-347

Ahmed Cevdet Paşa'nın reisliğinde Mecelle cemiyeti teşkil edilerek kanunun yazılmasına başlanmıştır.⁸²

İlk olarak Şûrâ-yı Devlet azası Seyfeddin ve Mehmed Emin, Evkaf-ı Hümâyûn müfettişi Seyyid Halil, İbn Âbidinzâde Alâaddin ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye üyeleri Ahmed Hulûsi ve Ahmed Hilmi'den teşekkül eden Mecelle Cemiyeti başta 100 maddelik bir mukaddimeyi ve 1. kitap olan “Kitâbü'l-Büyû”u hazırlamış ve bu kısım şeyhülislâmlık ile başka hukukçuların tetkikine sunulmuştur.⁸³ Bu çalışma, geri dönüşler doğrultusunda gereken tashihler yapılarak 22 Mart 1869 tarihinde sadârete sunulmuş; Sadâretçe 7 Muharrem 1286'da sultana arz edilen Mukaddime ile “Kitâbü'l-Büyû”sonraki gün onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kitaptan sonra 7 Şubat 1870'de icârât, 20 Nisan 1870'de kefâlet, 16 Mayıs 1871'de havâle ve rehin kitapları yürürlüğe girmiştir.⁸⁴

Kefâlet kitabının yürürlüğe girmesinden sonra 26 Nisan 1870'de Cevdet Paşa, Bursa valiliğine tayin edilmiştir.⁸⁵ Mecelle Cemiyeti şeyhülislâmlık makamına bağlanmış ve reisliğine Gerdankıran Ömer Efendi⁸⁶ getirilmiştir. Cevdet Paşa'nın tayin edilmesinden önce “Kitabu'l-Havale” bitirilip 18 Nisan 1870 tarihinde sadarete sunulmuş, “Kitabu'r-Rehin” de önemli ölçüde tamamlanmıştı.

82 Ahmed Cevdet PAŞA; 1980, s. 200; Ebül'ula MARDİN; Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, ss. 61- 64; Mehmet Akif AYDIN; 1996, s. 75-78; Hayreddin KARAMAN; Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, Nesil Yayınları, İstanbul, t.y., s. 328-330

83 Vakanüvis Ahmed Lütfi EFENDİ; Vakayiname, Yayına Hazırlayan: Münir AKTEPE, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, c.12, s.78

84 Ebül'ula MARDİN; 1996, s.123

85 Osman KESKİOĞLU; “Ahmed Cevdet Paşa, Hayatı ve Eserleri”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1966, c.14, s.223; Vakanüvis Ahmed Lütfi EFENDİ; 1989, c.15, s.34

86 Ömer Hulusi EFENDİ; ö.1875, fakih ve müderris. Detaylı bilgi için bkz. Tahsin ÖZCAN; “Ömer Hulusi Efendi” md., DİA, İstanbul, 2007, c.34, s.71

Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden ayrılmasında Cevdet Paşa'nın muhafazakâr görüşlerinin dönemin Batıcı devlet adamları ile Fransa büyükelçisini rahatsız etmesi ve Mecelle'nin şeyhülislamlıkta değil Adliye Nezareti'nde hazırlanmasının etkili olduğu varsayılabilir. Ek olarak, “Kitabu'l-Havale”nin 692. maddesinde, az bilinen Hanefi hukukçusu İmam Züfer'in⁸⁷ içtihadının tercih edilmesine devrin şeyhülislamının muhalefetine de etkisi olduğu söylenebilir.⁸⁸ Mecelle Cemiyeti tarafından Cevdet Paşa'nın bulunmadığı dönemde yazılan Kitabu'l-Vedia kanun tekniği ve içerdiği hükümler yönlerinden tenkide uğrayıp ilim çevrelerince beğenilmediğinden Cevdet Paşa tekraren cemiyetin başkanlığına getirilmiştir.⁸⁹ Bundan sonra kendisi “Kitabu'l-Vedia”yı toplatmış, cemiyet bunun yerine 4 Mart 1872'de yürürlüğe girmiş olan “Kitabu'l-Emanat”ı hazırlamıştır.⁹⁰

1872 senesinden başlayarak da sırayla hibe, gasb ile itlâf, hacr, ikrah ile şüf'a, şirket, vekâlet, sulh ile ibrâ, ikrar, dava ve son olarak 15 Eylül 1876'da kazâ ve beyyinât kitapları mer'iyeye konulmuştur. Bu şekilde Mecelle'nin 16 kitabı takriben yedi senede peyderpey yayımlanmıştır.⁹¹ Mecelle kitaplarının çoğunluğu Sultan Abdülaziz devrinde, kalan kısmı da Sultan II. Abdülhamit devrinde yürürlüğe sokulmuştur.⁹² Bu kanunun

87 Ebu Huzeyl Zufer b.el Huzeyl b.Kays el-Anberi el Basri (729-775)

88 İtiraz üzerine şeyhülislamlıkça tekrar incelenen 692. madde sonradan sakıncalı görülmemiş ve Cevdet Paşa'nın düzenlediği şekliyle kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebül'ula MARDİN; 1996, ss. 83-85

89 Ahmed Cevdet PAŞA; 1980, ss. 211-213; 1991, 40; Ebü'l Ula Mardin; 1996, s. 102-103

90 Yürürlükten kaldırılan “Kitabu'l-Vedia”nın metni için bkz. Mehmet Akif AYDIN; “Kitabu'l Vedia” Osmanlı Araştırmaları, 1993, sayı: XIII ss. 207-226

91 Ekrem Buğra EKİNCİ/ Ahmet ŞİMŞİRGİL; 2008, s.51

92 Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU; “Mecelle'nin Yürürlüğe Girişi”, Osmanlı Tarihi Araştırmaları Merkezi Dergisi, Bahar 2011, s.102

hazırlanmasında vazife ifa eden hukuk adamları değişmiş, kitapların ahirinde hazırlayan heyetin azalarının adları yer almıştır⁹³, bu üyeler toplamda on dört kişidir.⁹⁴

Hâkimler; Mecelle yürürlüğe girdikten sonra Hanefî mezhebinde veya diğer mezheplerde olan muhtelif içtihatları tatbik olanağını kaybetmiş ve başka görüşlere göre hüküm kurmaktan menedilmiş oldular. Bu doğrultuda, Mecelle'nin 1801. maddesinde kaza yetki ve vazifesinin sınırlandırılabilceği zira bir içtihadın tatbiki için padişah emri çıktığında hâkimlerin başka bir içtihadı tatbik edemeyecekleri hükmü getirilmiştir.

B. Mecelle'nin Kapsamı ve Bölümleri

Mecelle mukaddime ile 16 kitap olarak toplam 1851 maddedir. 100 maddelik mukaddime bölümü fikhın tarifinin verildiği madde ile başlar, onu 99 küllî kaide⁹⁵ takip eder.⁹⁶ Bu kaideler, kazuistik yöntem çerçevesinde oluşmuş İslâm fıkıh literatürü içinden özetlenmiş temel hukuk ilkeleri olup kanun hükümlerinin iyi bir biçimde anlaşılmasına yardımcı olur, hükmü bulma yolunu açıklar.⁹⁷ Bunların çoğu atasözü gibi ustaca hazırlanmıştır.⁹⁸ Söz konusu külli kaidelerden bazıları başka hukuk sistemlerinde de aynen mevcuttur. Ancak sadece bu kaidelere dayanılarak eldeki davada hüküm verilemez.⁹⁹

93 Örneğin çalışmamızın konusunu teşkil eden hibe kitabının tertibinde şu üyeler yer almıştır: Ahmed Cevdet Paşa, Meclis-i Tedkikat-ı Şer'iyye üyesi Ömer Hulusi Efendi, Fetva Emîni Seyyid Halil Efendi, Seyfeddin Efendi, Seyyid Ahmed Hilmi, Seyyid Halil, Abdüllatif Şükrü Efendi, Kassam-ı askeri Ahmed Halid Efendi, Muallimhane-i Nüvvab müdürü Yunus Vehbi Efendi. Bkz. Hacı Reşid PAŞA; Ruh'ul Mecelle, Kitab'ul Hibe, s.76

94 Ebül'ula MARDİN; 1996, s. 160-167

95 Külli Kaideler ve Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Abdullah DEMİR; Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle, Katre Yayınları, İzmir, 2008; Necmettin KIZILKAYA; Hanefî Mezhebi Bağlamında Külli Kaideler, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss.253-270

96 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye metinleri ve şerhleri için bkz: Sami ERDEM; 2005, c. III, sayı: 5, ss. 674-690

97 Abdülkerim ZEYDAN; el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh, Müesseseti'r Risaleti'n Naşirun, Beyrut, 1436, s.17

98 Kemal GÖZLER; Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s.244

99 Ayrıca bkz. Mustafa BAKTİR; Kaide md., DİA, İstanbul, 2001, c.24, s.205-210

Mecelle; özünde borçlar, kısmi olarak da eşya ile muhakeme hukukuna ilişkin olup müstakil bir medeni veya borçlar kanunu niteliği bulunmamaktadır; nitekim miras ve aile hukuku hükümleri mevcut değildir.¹⁰⁰ Diğer taraftan bir medeni yasada bulunması beklenmeyen hükümleri de içermektedir. Bu duruma, muhakeme hukukuyla alakalı bulunan dava, ikrar ve kazâ ile beyyinât kitapları misal olarak verilebilir. Bunun sebebi Mecelle'nin klasik fıkıh literatüründeki “Muamelat” kısmını tedvin etmesidir.¹⁰¹ Ancak Mecelle bu tertibinde kısmen fûru' kısmen de kavaid kitaplarının sistematîğini takip etmiş, ibadetler fıkıhın diğer alanlarından ayrılmıştır.¹⁰²

Ayrıca, Mecelle Nizâmiye Mahkemeleri'nin ihtiyacını karşılamayı esas gaye gütmekteydi. Miras ile aile hukuku Şer'iyeye Mahkemeleri'nin görev alanına girmektedir. Yine, Şer'iyeye Mahkemeleri Şeyhülislâmlık'a, Nizâmiye Mahkemeleri ise Adalet Bakanlığı'na bağlıydı. Adalet Bakanlığı da kendi yetki sahasında bulunan yani kendisine tabi olan Nizâmiye Mahkemeleri'nin mevcut ihtiyacına öncelik tanımak durumunda kalmaktaydı. Mecelle'de muhakeme hukuku hakkında hükümlere yer verilmesi de benzer ihtiyaçtan ileri gelmektedir; çünkü anılan zamanda Nizâmiye Mahkemeleri'nin tatbik edecekleri herhangi bir usul yasası bulunmamaktaydı.¹⁰³

Mecelle, mücerret-kazuistik denilebilecek karma bir metotla düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Bazı maddeler istisna edilirse¹⁰⁵ akitler hakkında umumi hükümler yazılmadan, her bir borç ve akit şekliyle alakalı hükümler müstakil olarak incelenmiştir. Yine akitlerin öneri

100 Gülnihâl BOZKURT; 1996, s. 161; M. Âkif AYDIN; 1985, ss. 131-132; Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; 1999, ss. 190-191; Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU; 2011, s.104

101 Bkz. MECELLE; md.1

102 Necmettin KIZILKAYA; a.g.e, s.278

103 Mecelle Mazbatası'ndan.

104 Ahmet AKGÜNDÜZ; a.g.e, s.217

105 Örn.MECELLE md. 97 ve 98

ve kabul ile tamamlanacağını belirten umumi bir kural yerine tüm akit kitaplarının başında o akdin öneri ve kabul ile tamamlanacağı hükme bağlanmıştır.¹⁰⁶

Yalnızca Hanefî mezhebindeki içtihatlar toplanarak yapılan Mecelle’de mezhep içindeki içtihatlar arasından devrin şartları nazara alınarak bir kısım tercihler yapılmışsa da telfik¹⁰⁷ yoluna (diğer mezheplerden hükümlerin toplanması) başvurulmamıştır. Bu durumda hem dönemin koşullarının böyle kökten bir değişime müsait bulunmamasının hem de Hanefî mezhebinin asırlarca resmi mezhep olarak kabul edilmiş olmasının tesiri vardır. Örneğin; “Havâle” kitabında İmam Züfer’in içtihadının tercih edilmesinden dolayı yapılan şiddetli muhalefet, telfik gibi radikal bir yöntemin daha çok tepki çekebileceğinin işaretidi sayılabilir.¹⁰⁸

Mecelle’nin dili ve üslubu, o döneme nazaran yalın ve basittir. Çoğu maddenin hüküm koyucu mahiyetteki ilk bölümünü bir örnek bölümü takip etmektedir. Hükümün örneklerle açıklanması, meselecî usulle yetişen kadıların hukukî müktesebatı göz önüne alındığında, dönemin şartlarına da uygundur.

Mecelle’deki her kısmın başında bölümle alakalı tarifler bulunur, 1851 maddenin takriben dokuzda biri bu tariflerden meydana gelmiştir. Bu tercihte modern kanunlarda yapıldığı gibi kanun hükümlerinin düzenledikleri konunun net bir tarzda anlaşılmasının ve kanunun uygulanmasında hatalara yol açmama düşüncesinin rol oynadığı düşünülebilir. Bununla birlikte her meselenin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, hâkimlere sınırlı bir takdir alanı kalmasına sebep olmuştur.

106 Örn. MECELLE md. 433, 706, 773 ve 804

107 Telfik, sözlükteki ”Kumaşın iki kenarını birleştirip dikmek” anlamına gelmekte olup, fıkhîta bir meselede kolaylıkları toplamamak şartıyla bir veya daha fazla mezhebin görüşlerini birleştirerek, taklit yoluyla uygulamak demektir. Bu metodun geniş bir incelemesi için bkz. Yasemin KORUCU; İslam Hukukunda Telfik (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, ss.28-67

108 Tartışma için bkz. Osman KESKİOĞLU; a.g.m, s.229; maddenin açıklaması için bkz. Ali Haydar EFENDİ; 1330, c. II, s. 192-196

C. Mecelle'nin Uygulanma Alanı ve Süresi

Mecelle o günün Osmanlı Devleti coğrafyasındaki bugünkü, Lübnan, Suriye, Irak, Ürdün, İsrail ve Filistin'de tatbik edilmiş, imparatorluk dağıldıktan sonra bile bu ülkelerde belli bir zaman geçerliliğini korumuştur.¹⁰⁹ Bu durum, Suriye ve Lübnan devletlerinde mülkiyet hukuku açısından 1930, diğer hükümleri bakımından Lübnan'da 1934 ve Suriye'de 1949, Irak devletinde 1951, Ürdün devletinde 1977 senesine dek devam etmiş, yine bazı kısımlarıyla Arnavutluk'ta 1928, Bosna Hersek'te ise 1945 yılına değin uygulanmıştır.¹¹⁰ Hatta Güney Yemen'de 1992'ye kadar uygulanmıştır.¹¹¹ Mecelle, uygulandığı yerlerde ve diğer İslâm devletlerinde hazırlanmış olan kanunlara tesir etmiştir.¹¹² Tunus Akitler ve Borçlar Kanunu'nda, Mecelle'nin külli kaidelerinin mühim bir bölümü yer almıştır. Mecelle'nin Fas Borçlar Kanunu, Irak Borçlar Kanunu, İsrail'de hazırlanan yerli kanunlar ve Karadağ Genel Mülkiyet Kanunu'na (1888)'na da etki ettiği söylenebilir.¹¹³

Sömürgeleştirilmiş veya işgal olunmuş genellikle yoğun Müslüman nüfusun yaşadığı bu bölgelerde Mecelle'nin uygulanmaya devam etmesinde, Mecelle'nin İslam Hukuku temelli ve sahasında hazırlanan ilk kanun olmasının yanı sıra, hâkimlere kolaylık sağlamasının da etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca; Mecelle Osmanlı Türkçesi ile kaleme alınmış olduğundan Osmanlı egemenliğinde asırlarca yaşamış halkların anlamasının ve uygulamasının kolay olması da bunda etkili olmuştur. Son olarak, insanların her devirde ihtiyaçlarının ve problemlerinin benzer oluşu, eski alışkanlıkların

109 Kemal GÖZLER; 2017, s.244

110 Mehmet Akif AYDIN; Mecelle md., DİA, Ankara, 2003, c.28, s.233, Ekrem B. EKİNCİ / AHMET ŞİMŞİRGİL; 2008, s.59

111 Ekrem Buğra EKİNCİ; 2012, s.559

112 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Abdulazim İBRAHİM, "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri", Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi, c.1, s.1, 2017, ss. 8-18

113 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.234; Ekrem Buğra EKİNCİ / AHMET ŞİMŞİRGİL; a.g.e, s.60

değiştirilmesinin zaman alması ve devletlerin hukuki istikrarı sağlamak istemesi de diğer etkenler arasında sayılabilir.

D. Mecelle'nin Yürürlükten Kaldırılması

Mecelle'de sosyal ve iktisadi şartlar ile yeni ihtiyaçlar nazara alınarak Hanefî mezhebindeki uygun içtihatlar, onun devrin hukuki sorunlarına tam surette çözüm sunan bir yasa olabilmesini temin edememiştir. Örneğin; maldan faydalanma hakkının mal sayılmaması¹¹⁴ nedeniyle menfaatleri konu edinen hukukî işlemlerin yapılamaması, taşınmazların gasp kapsamı dışında bırakılması (md. 905), taşınırın kabzdan önce satışının yasak olması (md. 253) gibi hükümler devrin hukuk hayatında önemli sorunlar çıkarmıştır.¹¹⁵ Bu eksikliklerin giderilmesi amacıyla Mecelle'nin değiştirilmesi fikri öne sürülmüşse de bu hususta 1916 senesine dek herhangi bir resmi girişim olmamıştır.

Kırk yıllık uygulamanın ardından Mecelle'nin eksik kısımlarının tamamlanması için Adalet Bakanlığı'na bir komisyon kurulmuştur.¹¹⁶ Adalet Bakanlığı'nda 9 Mayıs 1916 tarihinde bir araya gelen komisyon, icap ederse başka mezheplerin içtihatlarından ve Şeriat'a uygun düşmek şartıyla diğer hukuk sistemlerinden yararlanmayı da prensip olarak kabul etmiştir. Ukud ve Vâcibât Komisyonu olarak bilinen alt komisyon, çalışmaları sonucunda, "Kitâbü'l-Büyû"ya 33 madde eklenmesini, 13 maddenin kaldırılmasını, 21 maddenin değiştirilmesini, "Kitâbü'l-İcârât"a 13 maddenin eklenmesi ile 10 maddenin de değiştirilmesini teklif etmiştir.¹¹⁷ Lakin anılan komisyon çalışmalarını sonuca ulaştıramamış ve istenilen yenilikler gerçekleşmemiştir.¹¹⁸

114 Bkz. MECELLE; md. 126

115 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.235

116 DÜSTUR, İkinci Tertip, c.VI, ss.635-636

117 Ahmet AKGÜNDÜZ; 2012, s.218

118 Mecelle'nin değiştirilen bu maddelerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Ayşegül ÇOBAN; Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008, ss.16-71

1923 ve 1924'te yeni bir medeni kanun yapma gayesiyle ile teşkil edilen komisyonlar kanunun içeriği ve dayanacağı hukukî sistem hususunda siyasi irade ile bir ahenk sağlayamamıştır. 1924 yılında kurulan komisyon 251 maddelik bir taslak hazırlamıştır. Bu sırada, Lozan müzakereleri esnasında gündeme gelen adlî imtiyazların kaldırılarak azınlıkların kişiler hukuku sahasında statülerinin düzenlenmesi sorununun halli için yeni kanunların tamamen Garp yasalarından alınması lazım geldiği yolunda bir düşünce ortaya çıkmıştır.¹¹⁹

Devrin Adalet Bakanı M. Esat Bozkurt tarafından yapılan konuşma¹²⁰ sonrasında; yeni Medeni Kanun'un esbab-ı mucibe layihasında¹²¹ belirtildiği üzere, hukuku laikleştirmek amacıyla Mecelle'yi tadil etme çalışmalarına son verilerek İsviçre'nin Medenî Kanunu¹²² tercüme ettirilmiş¹²³ ve yeni Medeni Kanun 17 Şubat 1926'da, Borçlar Kanunu ise 22 Nisan 1926 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir.¹²⁴

119 Ahmet AKGÜNDÜZ; a.g.e, s.795

120 Anılan konuşma şu şekildedir: “Komisyonlar şu kanaatte idiler: “Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır. Bizim kanunlar da bize göre yapılmalıdır.” Bu yanlıştır... Bugünkü sosyoloji, dünkü Montesquieu sosyolojisi değildir. Milletler kendi kendilerine yaşamıyorlar. İş bölümü medeni milletleri siyasi istiklallerine rağmen bir aile haline getirmiştir. Şu halde modern sosyoloji her memleketi ayrı ayrı değil, insanlığı küll halinde mütalaa eder. Türk milleti medeni dünyanın bir üyesidir. Ve en önemlilerinden birisidir. Bu bakımdan bağlı kalacağı hak sistemi, modern dünyanın hak sistemidir. ...Türk'ün milli ihtiyaçlarını, İslami esaslardan mülhem olan Maliki, Hanbeli, Şafii ve Hanefî kurallarla nasıl ifade edebildik?” Bkz. Gülnihal BOZKURT, “Mahmut Esat Bozkurt'un Laik Hukuka Geçiş Katkıları”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1994, c.2, s.4, s.206

121 Yeni konulacak bir kanun veya kanunda yapılacak değişikliği anlatan metin.

122 Code Civil Suisse, Eugene Huber'in derlediği kanun. 1907'de İsviçre federal meclisleri tarafından kabul edilmiş, 1912'de yürürlüğe girmiştir. Bir başlangıç ve 4 kitaptan oluşur. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html> (erişim tarihi: 24/11/2019)

123 Osmanlı hukukçularının Batı kanunlarına gösterdiği ilgiyi anlamak bakımından, 1885 yılında Nazaret Hilmi Bey'in Fransa Medeni Kanunu'nu, Haçeriyan Efendi'nin de 1912 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nu tercüme ettiğini, Alman Medeni Kanunu'nun da 1916 yılında tercüme edilmesi ifade eder. Bkz. Gülnihal BOZKURT, a.g.e, s.202

124 Elif DURSUNÜST; “Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi”, Usûl Dergisi, c.12, yıl:2010, sayı:1, ss. 159 - 170.

864 Numaralı “*Kanun-i Medeni’nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun*”¹²⁵un 43. maddesiyle de Mecelle yürürlükten kaldırılmıştır.¹²⁵

E. Mecelle’de Düzenlenen Akitler

Mecelle; Mukaddime ve aşağıdaki kitaplardan oluşmaktadır:

- Kitabü’l-Büyû, giriş ile yedi bab (101-403 arası maddeler)
- Kitabü’l-İcârât, giriş ile sekiz bab (404-611 arası maddeler)
- Kitabü’l-Kefâle, giriş ile üç bab (612 -672 arası maddeler)
- Kitabü’l-Havale, giriş ile iki bab (673-700 arası maddeler)
- Kitabü’r-Rehn, giriş ile dört bab (701-761 arası maddeler)
- Kitabü’l-Emânât, giriş ile üç bab (762-832 arası maddeler)
- Kitabü’l-Hibe, giriş ile iki bab (833-880 arası maddeler)
- Kitabü’l-Gasb ve’l-İtlâf, giriş ile iki bab (881-940 arası maddeler)
- Kitabü’l-Hacr ve’l-İkrâh ve’ş-Şüf’a, giriş ile üç bab (941-1044 arası maddeler)
- Kitabü’ş-Şirket, giriş ile sekiz bab (1045-1448 arası maddeler)
- Kitabü’l-Vekâle, giriş ile üç bab (1449-1530 arası maddeler)
- Kitabü’s-Sulh ve’l-İbra, giriş ile dört bab (1531-1571 arası maddeler)
- Kitabü’l-İkrâr, dört bab (1572-1612 arası maddeler)
- Kitabü’d-Da’vâ, giriş ile iki bab (1613-1675 arası maddeler)

¹²⁵ 864 Numaralı Kanun-i Medeni’nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun, 19 Haziran 1926 tarih, 402 sayılı Resmi Ceride’de (Resmî Gazete) yayınlanmıştır. Kanunun kabul tarihi 29 Mayıs 1926, yürürlük tarihi 4 Teşrin-i evvel/ Ekim 1926’dır.

- Kitabü'l-Beyyinât ve't-Tahlîf, giriş ile dört bab (1676-1783 arası maddeler)

- Kitabü'l-Kazâ, giriş ile dört babdan oluşmaktadır. (1784-1851 arası maddeler)

Kitaplarda düzenlenen belli başlı akitler ise şu şekilde sıralanabilir:

1) Satım Akdi: Mecelle'de en geniş düzenlenen akittir. 101-403 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bir mukaddime ve yedi baptan müteşekkildir. Bünyesinde satım, sarf (kambiyo), trampa ve istisna akdi de düzenlenmiştir.

2) Kira Akdi: Mecelle'nin 404-611 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

3) Kefalet Akdi: Mecelle'nin 621-672 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

4) Havale Akdi: Mecelle'nin 673-700 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

5) Rehin Akdi: Mecelle'nin 701-761 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

6) Vedia Akdi: Mecelle'nin 773-803 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

7) Ariyet Akdi: Mecelle'nin 804-832 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

8) Hibe Akdi: Çalışmamızın konusunu oluşturan hibe akdi Mecelle'nin 833-880 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

9) Şirket Akitleri: Mecelle'nin 1045-1448 maddeleri arasında şirket-i a'mal, şirket-i mudarebe (emek- sermaye ortaklığı) ve şirket-i vücuh (kredi şirketi) gibi çeşitli şirket akitleri düzenlenmiştir.

10) Vekâlet Akdi: Mecelle'nin 1449-1530 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

11) Sulh ve İbra Akdi: Mecelle'nin 1531-1571 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM: HİBE AKDİ (BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ)

Genel Olarak

Sözlükte “karşılıksız vermek, bağışlamak”¹²⁶ anlamına gelen hibe kelimesi Arapça “vehb” yani “verme” kökünden¹²⁷ türetilen ve hukuk dilinde bir malın karşılıksız olarak birine derhal temlikini belirten sözleşmedir.¹²⁸ Tarifteki “*karşılıksız*” sözü hibeyi satım akdinden; “*derhal*” lafzı da vasiyetten ayırır.¹²⁹ Anılan işlemin taraflarına bağışlayan ve lehine bağış yapılan, bağışlama konusuna da bağışlanan denilir.

Her kazandırıcı işlemin bir sebebi vardır; bağışlama sözleşmelerindeki hukuki sebep de bağış sebebidir.¹³⁰ Roma hukukunda “*causa donandi*” olarak bilinen bu sebep, farklı hukuk sistemlerinde genel olarak kabul edilmektedir.

Aşağıda farklı hukuk sistemlerinde hibe akdinin düzenlenişi özet olarak ele alınacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun bağışlama sözleşmesi ile ilgili hükümleri Mecelle’de hibe akdinin hükümleri ile karşılaştırmalı inceleneceğinden bu bölümde ayrıca bu hükümlerin incelenmesine girilmeyecektir.

126 Ferit DEVELLİOĞLU; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara, 1999, s.366; İsmail PARLATIR; Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, Yargı Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara, 2009, s.633

127 İlhan AYVERDİ; Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2011, s.1284

128 Türk Hukuk Kurumu; Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, 3. Baskı, Ankara, 1991, s.127; Orhan ÇEKER; İslam Hukukunda Akitler, A.H.İ Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.272; FETAVA-YI HİNDİYYE (ALEMGİRİYYE); Ter. Mustafa EFE, Akçağ Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 1986, c.9, s.233

129 Elmalılı Hamdi YAZIR; Fıkıh İstılahları Kamusu, Eser Neşriyat, İstanbul, 1997, s.289

130 Ezgi KUTLUAY; Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.16

I. ROMA HUKUKUNDA HİBE AKDI

Roma hukukunda, ilk dönemlerde hibe (*donatio*), bir kurum olarak anlaşılmıyordu. Hibe, elden bağış ya da bağışlama vaadinde bulunma şekillerinde yapılmıyordu. Hibe sözleşmesinin çeşitli şekillerde yapılması mümkün olup tasarruf muameleleri olan “*danto*” veya “*liberando*” ile hibe vaadi olan “*promittendo*” şeklinde yapılabilirdi.¹³¹ Ayrıca, şekle bağlı bir sözlü sözleşme olan “*stipulatio*” ile de hibe yapılabilirdi.¹³² Yine, hibe vaadinin dava edilebilmesi için, “*stipulatio*” ile yapılması gerekiyordu.¹³³

Hristiyanlık dönemindeki imparatorların emirnameleriyle ebeveyn ile çocuklar arasındaki hibelerin şekle bağlı olmadıkları kabul edildi, Iustinianus hibe vaatlerine dava hakkı verdi ve “*animus donandi*” (*hibe niyeti*) hibenin özel şartlarından oldu.¹³⁴

Iustinianus döneminde, kendisine bağış yapılanın hibe yapana karşı canına kastı veya ağır tahkiri olursa, bağışlayanca hibeden dönülebilirdi. Fakat önceden yapılmış bir iyiliğe (örneğin can kurtarmaya) karşılık olarak yapılmış hibeden (*remuneratio*) dönülemezdi. Klasik hukuk döneminde bile eşler arasındaki hibeler geçersizdi.¹³⁵

Bağışlamayı sınırlamak için Roma Hukuku’nda bazı hükümler konulmuştu. M.Ö. 204 yılında “Cincia Kanunu” (*Lex Cincia*), çok yakın akrabaları istisna ederek belirli miktarı aşan hibeleri men etti.¹³⁶ M.S üçüncü yüzyıldan sonra, bağışlamaların yargı makamlarına, zapta geçirilmek suretiyle beyanı (*insinuatio*) uygulanmaya

131 Kudret AYİTER; Roma Özel Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1983, s.253

132 Kudret AYİTER; a.g.e, s.213

133 Bülent Tahiroğlu; Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s.273

134 Salvatore Di MARZO; Roma Hukuku, Çev. Ziya UMUR, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954, s.433

135 Kudret AYİTER; 1983, s.253; Türkan RADO; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1974, s.168

136 Kudret AYİTER; a.g.e, s.253; Bülent TAHİROĞLU; 2012, s.273, Salvatore Di MARZO; 1954, s.434

başladı.¹³⁷ Iustinianus, tüm bağışlamalarda tatbik edilen bu şekli aynen devam ettirdi.¹³⁸ Ancak değeri 500 “*solidi*”den aşağı olan hibeler bu şekle tâbi değildi. Bu sınırın altındaki hibe vaadi dava edilebiliyordu.¹³⁹

II. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA HİBE AKDİ

Anglo-Sakson hukukunda (*Common Law*) “*deed of gift*” olarak isimlendirilen bağışlama sözleşmesi genel olarak bağışlayan (*donor*) ve bağışlanan (*donee*) tarafları olan hukuki bir işlemdir.¹⁴⁰ Bu işlem, yazılı (*written*) ya da sözlü (*oral*) yapılabilir. Kişinin sahip olduğu malvarlığı (*property*) ya da hakları (*rights*) bağışlanabilir. Bağışlayanın 18 yaşından büyük olması gerekir. Bağışlanan 18 yaşın altında ise (*minor*) yasal temsilcisi (legal guardian) aracılığı ile bağışlamayı kabul edebilir.¹⁴¹ Diğer şartları ise bağışlanan mal veya menfaatin bağışlananın malvarlığına geçirilmesi (*deliver*) ve bağışlamanın bağışlayanın ölümünden önce tamamlanmasıdır.¹⁴² Bağışlama sözleşmesinin, “*Gift by will,*” *gift in trust*” gibi türleri vardır.¹⁴³

III. KARA AVRUPASI HUKUKUNDA HİBE AKDİ

Roma Hukuku’nun yoğun etkisinde kalan Kara Avrupası Hukuku’nda hibe akdinin unsurları ve geçerlilik şartları hukukumuzla benzeşmektedir. Bu hukuk sisteminde, sadece mal ve hakların bağışlamaya konu olabileceği kabul edilir. Hibe karşılıksız olmalıdır. Yine bağışlanan mal veya menfaatin bağışlananın malvarlığına

137 Salvatore Di MARZO, a.g.e, s.438

138 Bülent Tahiroğlu; a.g.e, s.274

139 Kudret AYİTER; a.g.e, s.253

140 Black’s Law Dictionary; 7th Ed., Editor: B.A Garner, Minnesota, 1999

141 <https://zuniclaw.com/en/deed-gift/> ,erişim tarihi: 19.03.2020

142 Bruce ZIFF; Principles of Property Law, 2.nd Ed., Toronto, 1996, p.140-142

143 Mary Jane MOSSMAN and William F.FLANAGAN; Property Law-Cases and Commentary, Emond Montgomery Publications, Toronto, 1998, p.436

geçirilmesi şarttır.¹⁴⁴ İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak hibe sözleşmesinde bölünmezlik şartı koşmaz. Ek olarak ölüme bağlı tasarrufla eşe yapılan bağışlarda geçerli bir evlilik akdinin varlığı aranır. Yazılılık şekli sözleşme yapılışında ağır basmaktadır. Örneğin, Alman Medeni Kanunu hibe ve hibe vadinin geçerliliği için noter veya hâkim önünde yazılı taahhüt şartı aramaktadır.¹⁴⁵

IV. DİĞER HUKUK SİSTEMLERİNDE HİBE AKDİ

Eski Doğu hukuklarında da hibe bir kurum olarak bilinip uygulanmaktaydı. Hammurabi yasalarında¹⁴⁶, Yahudi hukuku Mişna'da, antik İran hukukunda, antik Hint-Brahman hukukunda¹⁴⁷, antik Çin ve Japon hukuklarında bağışlamayla alakalı pek çok hükümler vardır.¹⁴⁸ Antik Hint hukukunda, bağışlanan şeyin bu dünyada ve ahirette bağışlayana döneceği görüşüne büyük bir önem verilmiştir. Hint hukuk sistemine göre, bağışlayan kimse, dünyada karşılığını görür; öteki dünyada ise onu fazlalaşmış olarak bulur. Servet, sadece verilmek için yaratılmıştır.¹⁴⁹ Büyük bir ihtimalle Romalılar ve Yunanlılar, kişisel hukukla reel hukuku ayırarak; bağışlamayla mübadeleyi, ahlaki zorunluluk ile sözleşmeyi ayrı değerlendirip, hukuk ve menfaatler arasındaki farkı

144 Örneğin Fransız Medeni Kanunu, md.894 bu şekildedir. Aynı madde hibeden rücu edilemeyeceğini de düzenlemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Abdülkadir ŞENER; 1984, s.26

145 BGB, 518. md.

146 Mebrure TOSUN/ Kadriye YALVAÇ; Sümer, Bâbil, Asur Kanunları ve Amm-i Şaduqa Fermanı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1975, s. 201

147 Manu düsturunun 4. ve 5. bölümünde hibe ile ilgili hükümler vardır. Örneğin 4. bölümün 191. kaidesi küçük bir hediye de olsa vermeyi öğütlemektedir. Graves Chamney HAUGHTON; Manava Dharma Sastra or The Institutes Of Manu, Edited by Rev. P. PERCIVAL, J.Jetley Publishing, Gian Offset Printers, New Delhi, 1982, s.106

148 Abdülkadir ŞENER; 1984, s.13

149 Marcel MAUSS; Hibe, Arkaik Cemiyetlerde Mübadelenin Şekilleri ve sebepleri, (Çev. Sadri Ertem), A. Sait Matbaası, İstanbul 1934, ss. 80-81.

ortaya koymuşlardır. Böylece hibeyle dayanan külfetli ekonomiyi bırakarak zamanlarına daha uygun olan ekonomik ilişkileri geliştirebilmişlerdir.¹⁵⁰

V. İSLAM HUKUKUNDA HİBE AKDİ

Genel Olarak İslam Hukukunda Akit Kavramı

İslam hukukunda hibe akdini açıklamadan önce genel olarak İslam hukukunda akit kavramı ve türlerinden bahsetmemiz gerekir. Arapça’da akit “*Bir şeyin uçlarını birbirine bağlamak*” anlamına gelmektedir. İslam hukukunda ise akit yani sözleşme, “*Eseri mahallinde zahir olacak şekilde meşru şekilde icap ile kabulün irtibatıdır.*” şeklinde tarif edilir.¹⁵¹

Sözleşmenin kurucu unsurları hakkında Hanefî mezhebi ile başka mezhepler arasında içtihat farklılığı mevcuttur. Hanefî mezhebindeki hâkim görüşe göre sözleşmenin kurucu unsuru, icap ve kabulün varlığıdır. İcap ve kabulle sözleşmenin kurulması için iki tarafın ehliyetinin ve sözleşme yapılmasına müsait bir mahallin mevcudiyeti şart koşulmuştur.¹⁵² Unsurun ya da kuruluş şartlarının mevcut olmaması durumunda sözleşme hükümsüz olur, herhangi bir hukuki netice doğmaz. Öteki mezheplere göreyse karşılıklı irade beyanı, tarafların bulunması, mahal ve bu sayılanların vazgeçilmez vasıf ve koşulları da sözleşmenin unsurudur; bunlardan birinin mevcut olmaması durumunda sözleşme hükümsüz olur.¹⁵³ Bu unsur ve şartlar, şu şekilde izah olunabilir:

150 Marcel MAUSS; 1934, s.79

151 Orhan ÇEKER; 2006, s.272

152 Bkz. MECELLE; md. 149 ve md. 361

153 Hayrettin KARAMAN; “Akid” md.; DİA, İstanbul, 1989, c.2, s.253

İcap ile kabul, karşılıklı olarak iradelerin muhataba beyan edilmesidir. Kur'an-ı Kerim'de, sözleşmenin karşılıklı rızadan ibaret olduğu belirtilir.¹⁵⁴ İcap ile kabulün karşılıklı rıza içermesi ve birbirlerine muvafık olması ile bir mecliste dışa vurulması üzerinde mezheplerce fikir yürütülmüştür. Hanefî ve Mâlikî mezhebince sözleşme meclisi, sözleşmenin kuruluşuyla alakalı eylem ve hareketlerden müteşekkil olup, icap ile başlayıp, kabulle biter. Öteki müçtehitlere göreyse akit meclisi mefhumu maddi bir durumdur, sözleşmenin akdedildiği yer ve sözleşme taraflarının fiziken mevcut olması ile alakalıdır; icap ve kabulle başlayıp, akdin taraflarının ayrılıp meclisi terk etmelerine değin devam eden bir zaman dilimidir.¹⁵⁵

Sözleşmenin tarafı olan şahısların hukuksal ehliyeteye sahip olmaları gerekir. Kişilik, İslam hukukunda sağ doğmak şartıyla ana rahminde teşekkülle başlar.¹⁵⁶ Kişinin hak ve borçlara sahip olabilmesi ve bunları doğuran işlemleri bizzat yapabilme salahiyeti olan ehliyet İslam hukukuna göre eda ehliyeti ve vücut ehliyeti şeklinde ikiye ayrılır. Vücut ehliyeti modern hukukumuzda hak ehliyetine karşılık gelmektedir. Eksik ve tam vücut ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Köle ve ceninin ehliyeti eksik vücut ehliyeti; sağ ve hür doğan kişinin ehliyeti ise tam vücut ehliyetidir.¹⁵⁷ Cenin için mirasa hak kazanma, vasiyet lehdarı olma, vakıf lehdarı yapılma ve nesebin ispatı haricinde herhangi bir hak ve borca ehil olma söz konusu değildir.¹⁵⁸ Kölenin de mülkiyet hakkı olmaması sebebiyle eksik vücut ehliyeti vardır.¹⁵⁹ Yaşın küçük olması, akıl hastalığı

154 Bkz. Nisa Suresi, 29. ayet meali. Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an meali, Haz. Halil ALTUNTAŞ, Muzaffer ŞAHİN; Yenigün Matbaacılık, 12. Baskı, Ankara, 2011, s.89

155 Hayrettin KARAMAN; "Akid" md.; DİA, c.2, s.253

156 Mehmet Akif AYDIN; 2017, s.205

157 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.209

158 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.209

159 Mehmet Akif AYDIN; a.g.e, s.221

veya zayıflığı ve sarhoş olma vb. nedenlerle ayırt etme gücü bulunmayan şahısların irade beyanları geçersiz sayılır.

Ayrıca, sözleşme konusunun mevcut olması, belirlenebilmesi ve sözleşme yapılmasına uygun olması gerekir.

İslam Hukukunda sözleşmeler farklı kıstaslara göre sınıflandırılabilir:

Ayna bağlı olup olmama açısından:

a) Aynî sözleşmeler; kullanım ödücü, emanet sözleşmesi, borçlanma, bağışlama ve rehin gibi malın teslimini gerektiren akitlerdir.

b) Aynî olmayan sözleşmeler; malın teslimini gerektirmeyip, icap ve kabulle tamamlanan sözleşmelerdir.

Bağlayıcılık açısından:

a) Tarafları bağlayan ve anlaşılabilir bile iptal edilemeyen sözleşmeler: Buna evlilik sözleşmesi örnek olarak verilebilir; bu sözleşme sona erse de hiçbir surette geçmişteki ilişki ve kazandırdığı bazı haklar yok olmaz.

b) Tarafları bağlayan ancak anlaşılabilir feshedilebilen sözleşmeler; kira ve satış sözleşmesi gibi.

c) Taraflardan yalnızca birini bağlayan sözleşmeler: Örneğin; rehin sözleşmesi sadece rehin veren tarafı, kefâlet sözleşmesi ise sadece borçluyu bağlar; bağlı olmayan karşı taraf zikredilen sözleşmeleri feshedebilirler.

d) Tarafları bağlamayan akitler; vekâlet, emanet sözleşmesi, kullanım ödücü sözleşmeleri gibi.¹⁶⁰

160 Hayrettin KARAMAN; 1989, s.253

Karşılıklılık açısından:

a) İvazlı sözleşmeler; bu sözleşmelere satış, kira gibi edimlerin ivazı bulunan sözleşmeler örnek olarak verilebilir.

b) İvazsız sözleşmeler; bu sözleşmelerde karşılık yoktur; bağış ve kullanım ödöncü sözleşmesi gibi.

Şekil açısından:

a) Şekle bağı sözleşmeler; geçerli olması için kanunun bazı şekil koşulları getirdiğı sözleşmelerdir. Evlilik sözleşmesinde tanık ve ilan koşulları; gayrimenkullerle alakalı mülkiyet ve rehin gibi sözleşmelerin tapuya kayıt veya şerh edilme koşulu bunun örneğidir.

b) Şekle bağı olmayan sözleşmeler; geçerliliğı için karşılıklı rızanın yeterli olduğı sözleşmelerdir.

İsimli ve sınırlılığı açısından:

a) İsimli sözleşmeler; satış, bağış, adi ortaklık gibi konu ve amaçlarıyla uyumlu isimleri ve yasalarda belirtilmiş hükümleri olan sözleşmelerdir.

b) İsimsiz sözleşmeler; sadece sözleşme olarak bilinen işlemlerdir. Bunlar insanların gereksinim ve amaçlarına göre ortaya çıkar, hukuk ilkeleri çerçevesinde yapılır ve uygulanır. İslam tarihinin farklı dönemlerinde bu şekilde yeni birtakım sözleşme meydana çıkmış, sonradan hukukçular bu sözleşmelere özel adlar vererek hükümlerini kayıt altına almışlardır. İcareteyn ve bey'ü'l-vefa sözleşmeleri bu duruma örnek olarak verilebilir. Günümüzdeyse telif sözleşmesi, konaklama sözleşmesi ve katılım sözleşmesi isimsiz sözleşmelerin örneğidir.

Buraya kadar olan kısımda, İslam hukukunda akit kavramı genel hatlarıyla ele alınmıştır. Şimdi, bu çerçevede kapsamında hibe akdinin İslam hukukundaki yerini belirleyelim.

1. İslam Hukukunda Hibe Akdi

İslam hukukunda Hibe, caiz oluşu Kur'an¹⁶¹ ve Sünnetle¹⁶² sabit bir akitir.¹⁶³ Bu hukuki işlemin taraflarına “*vahib*” (bağışlayan) ve “*mevhubün leh*” (bağışlanan), bağışlama konusuna da “*mevhub*” denilir.¹⁶⁴ Hibe, “Karşılık şart koşulmaksızın bir malın hayatta iken temlik” olarak tarif edilir.¹⁶⁵ “Karşılıksız olma” kaydı hibe akdini satım akdinden, “temlik” şartı da ariyet ve karz akitlerinden ayırmaya yarar.¹⁶⁶ Zira ariyet bir şeyin menfaatinin karşılıksız verilmesi, karz da ödünç para alınıp verilmesidir.¹⁶⁷ “Hayatta iken” kaydı ile hibe akdi vasiyet akdinden farklılık gösterir.¹⁶⁸ Akdin tanımında yer alan “mal” kaydı ile İslam Hukuku'na mal olarak kabul edilmeyen şeyleri¹⁶⁹ dışarıda tutmayı amaçlamaktadır.¹⁷⁰ Bu tanıma göre, hibe akdinin unsurları şu şekilde açıklanabilir:

161 Bu konuda Nisa Suresi 4. ayet şu şekildedir: “Eğer onlardan birazını gönül hoşluğu ile size bağışlamış olurlarsa onu da afiyetle yiye.” Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an Meali, 2011 s.87

162 Hibe konusundaki hadisler için bkz. İbrahim CANAN; Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi, Akçağ Yayınları, Ankara, 2014, c.16, ss.252-342

163 Hibenin caiz oluşunun delilleri için bkz. İmam SERAHSİ; el-Mebhut, Editör: Cevat AKŞİT, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.84

164 Vehbe ZUHAYLİ, 2015, c.6 s.155

165 Abdurrahman CEZİRİ; 1994, c.5, s.1960; Fetava-yı Hindiyeye; 1986, c.9, s.234

166 Ali BARDAKOĞLU; “Hibe” md., DİA, İstanbul, 1998, c.17, s.421

167 İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar ale'd Dürr'ül Muhtar, Şamil Yayıncılık, İstanbul, Tarih yok, c.13, s.486

168 Vasiyet bir malın başkasına gelecekte bağışlanması olup ölüme bağlı bir tasarruftur. Bkz. Abdurrahman CEZİRİ; a.g.e, s.1961; İBN ABİDİN; a.g.e, s.486

169 İslam Hukuku'na göre mal, ister aynı eşya isterse menfaat olsun, biriktirilen ve bilfiil insanın elinin altında bulundurulabilen şeydir. Bkz. Vehbe ZUHAYLİ; a.g.e, c.5, s.38

170 Vehbe ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.153

A) Taraflar: Hanefi mezhebine göre hibe akdinde taraflar sözleşmenin doğal unsurudur.¹⁷¹ Hibe akdinin teberru amacıyla yapılması, yani bağışlayan bakımından pasifini çoğaltan, lehine bağış yapılan taraf bakımından da aktifini çoğaltan bir işlem olması nedeniyle bağışlayanın ehliyetinin bulunması gereklidir. İslam hukukçuları, vahibin eda ehliyetinin tam olmasının gerektiği konusunda fikir birliği içindedir.¹⁷² Buna göre; vahib âkil, baliğ ve reşit olmalıdır. Yani temyiz gücü olmalı, ergenlik çağını geçmiş ve doğruyu yanlıştan ayırabilecek bir kabiliyette olmalıdır. Lehine bağış yapılan bakımından ise sırf yararlı bir işlem olduğu için kendisine hibede bulunulan kişinin vucub ehliyetine sahip olması, yani gerçek ya da tüzel bir kişiliği bulunması ve hibe yapıldığı anda hayatta olması yeterli kabul edilir.¹⁷³

B) Siyga: İslam hukukunda akitlerde şekil özgürlüğü ilkesi hâkim olduğundan hibe akdinde hibe eden tarafın malını karşılıksız olarak karşı tarafa temlik ettiği anlamını veren her söz ile akit kurulmuş olur.¹⁷⁴ Bu söz “Bu şeyi sana hibe ettim.” şeklinde açıkça olabileceği gibi “Bu mal senin mülkündür, onu sana veriyorum, onu sana hediye ediyorum, bağışlıyorum, bu şey senin olsun.” gibi hibe niyeti içeren sözler de olabilir.¹⁷⁵

Üç Hanefi imama ve İmam Malik’in görüşlerine göre hibenin zorunlu unsuru sadece bağışlayanın icabı olup; lehine bağış yapılanın kabulü ve teslim alması hibe akdinin varlığı için değil, hükmünün sübut bulması yani sonuç doğurması için gereklidir.¹⁷⁶

171 Ali BARDAKOĞLU; a.g.e, s.422

172 FETAVA-YI HİNDİYYE; c.9, s.235

173 Ali BARDAKOĞLU; a.g.e, s.422

174 Abdurrahman CEZİRİ; 1994, s.1964

175 Vehbe ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.155

176 FETAVA-YI HİNDİYYE; 1986, c.9, s.234

C) Hibe Konusu: Hibe akdinin kurulma, geçerlilik, yürürlüğe girme ve bağlayıcılık koşullarının çoğunluğu hibe konusu olan mal ile ilişkilidir. Bağışlananın hibe anında vahibin yani bağış yapanın mülkü olması, var olması, bilinebilir ve belirli olması, mütekavvim¹⁷⁷ olması, paylı bir mal olmaması, hibe edenin malı ile meşgul (birlikte) olmaması gerekir.¹⁷⁸

Mevhubun yani hibe konusu malın hibe lehtarınca kabzedilmesi konusunda mezhepler arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Şöyle ki; başta Hanefi mezhebi olarak, İslam hukukçularının ekseriyetince, bağışlanan sadece icap ve kabulle vahibin malvarlığından çıkmış olmaz.¹⁷⁹ Ancak teslim alınmadan itibaren bağışlananın mülkiyet hakkı lehine bağış yapılana geçmiş olur ve bağlayıcılık kazanır. Hanefi, Hanbeli, Şafii ve Caferi mezheplerindeki hâkim içtihat bu şekildedir.¹⁸⁰

D) Çeşitleri: Hibenin koşulsuz ve karşılıksız yapılması esas olandır. Zahiri mezhebine ve Şafii mezhebinin bir içtihadına göre karşılık verilmesi koşulu sözleşmenin mantığına uygun düşmediğinden aykırı olduğundan koşullu bağış geçerli değildir.¹⁸¹ Bununla beraber ivaz karşılığı olan bağışta lehine bağışlamada bulunulana yükümlülük getiren koşul çoğunlukça uygun görülmüştür.¹⁸²

Hibe elden bağışlama yoluyla yapılabildiği gibi “*umra*” (vahibin hayatta bulunması şartıyla yapılan hibe), “*rukba*” (taraflardan birisinin ölmesi durumunda

177 Hukukî ve teknik anlamda mütekavvim mal “kullanılıp faydalanılması mubah olan şey”dir. Dolayısıyla bir malın mütekavvim olması için İslâm hukuk sisteminin o maldan yararlanmayı müslümanlar açısından yasaklamaması gereklidir. Malın bu vasfı kazanması (tekavvüm) onun hukukî değer taşıması anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan HACAK, “Mal” md., DİA, Ankara, 2003, c.27, ss.461-465

178 Abdurrahman CEZİRİ; a.g.e, ss.1966-1967; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, t.y, s.485

179 Abdurrahman CEZİRİ; a.g.e, s.1966

180 Ali BARDAKOĞLU; 1998, s.424

181 Ali BARDAKOĞLU; a.g.e, s.424

182 Ali BARDAKOĞLU; a.g.e, s.424

bağışlananın sağ kalan tarafa ait olacağı) veya “*sükna*” (vahibin birine hayatta kaldığı müddetçe evinde oturma hakkı vermesi) şeklinde yapılan türleri de mevcuttur.¹⁸³

E) Tarafların Hak ve Borçları: Hibe akdi, teberru akitleri arasında bulunduğu aslında bağış yapan ve lehine bağış yapılan tarafın önemli bir borcu veya mesuliyeti doğmaz. Çoğunluğun görüşüne göre bağış yapanın hibe tamamlandıktan sonra bağışlananı teslimi sadece ahlaki bir borç olup, ivaz şartıyla birlikte, bağış bir tür satış hükmüne geçtiğinden, lehine bağış yapılan akitten doğan borcu yerine getirirse bağış yapan için akit bağlayıcı olur.¹⁸⁴

F) Sona Ermesi: Hibede rücu, hükümsüzlük ve fesih sona erme sebepleridir. Hibenin kabzdan önce veya sonra sona erdirilebilmesi mümkündür. Bağışlayan kabzdan önce hibesinden dönebilir.¹⁸⁵

Vahibin, kabzdan sonra hibeden dönüp dönemeyeceği ve hangi şartlarla bunu yapabileceği konusu tartışmalıdır. Hibeden dönmeyi uygun görmeyen hadisler olduğu gibi, hibeden dönülebileceğini belirten hadisler ve sahabe sözlerinin de rivayet edilmesi, müçtehitlerin değişik içtihatlar geliştirmesine neden olmuştur. Hanefi ve Zeydi mezhebine göre vahibin hibeden dönebilmesi aslolanıdır, fakat rücu manileri mevcutsa o halde hibesinden dönemez.¹⁸⁶ Hanefi mezhebine göre rücuya engelleri şu şekildedir:

1. Hısımlık: Furu ve usule, kardeşlere ve kardeşlerin çocuklarına, amca, hala, teyze ve dayılara yapılmış olan hibeden dönülemez.
2. Sıhriyet: Karı ile koca birbirlerine yaptıkları hibeden dönemez.
3. İvaz: Vahib, yaptığı bağış karşılığında bir şey alırsa hibeden dönemez.

¹⁸³ Abdülkadir ŞENER; 1984, ss.49-65

¹⁸⁴ Ali BARDAKOĞLU; 1998, s.424

¹⁸⁵ FETAVA-YI HİNDİYYE; 1986, c.9, s.234

¹⁸⁶ Abdülkadir ŞENER; 1984, s.102

4. Hibe edilen malın tüketilmesi veya yok olması
5. Hibe edilen malda muttasıl (ayrılmaz) bir fazlalık olması: Örneğin, bağışlanmış olan arsaya ev yapılsa, tarlaya ağaç dikilmişse bu durumda malda ayrılmaz bir fazlalık olduğundan hibeden dönülemez.
6. Vahib ya da mevhubun lehden birinin ölümü.
7. Hibe edilen malın bağış yapılanın malvarlığından çıkmış olması: Lehine bağış yapılanın hibe konusunu satmış olması veya bağışlaması durumunda hibeden dönülemez.
8. Hibenin sevap kazanma gayesiyle yapılması.
9. Hibenin bir borcun ibrası şeklinde yapılması¹⁸⁷

187 Abdurrahman CEZİRİ; 1994, ss.1975-1978;

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MECELLE'DE HİBE AKDİ

I. MECELLE'DE AKİT KAVRAMI

Arapça'da “Bir şeyin uçlarını birbirine bağlamak” anlamına gelen akit yani sözleşme kavramı, İslam hukukunda “Eseri mahallinde zahir olacak şekilde meşru şekilde icap ile kabulün irtibatıdır.” şeklinde tanımlanır.¹⁸⁸ Mecelle'de bütün akit tiplerine ilişkin genel özellikler Kitabı'l Büyu' içerisinde yer alır. Akdin kuruluşu ve unsurları da Mecelle'nin bu kitabının baş kısımlarında düzenlenmiştir.

Mecelle md.103'de akdin tarifi şu şekildedir: “*Akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüd etmeleridir ki icab ve kabulün irtibatından ibarettir.*” Bu tarife göre akit, iki tarafın bir hususu birbirlerine taahhüt edip icap ve kabul ile karşılıklı anlaşmalarıdır.¹⁸⁹ “*Tarafeyn*” yani iki taraf kelimesi taraf unsurunu, “*bir husus*” ifadesi konu unsurunu belirtir. Aynı şekilde icap ve kabul unsurları ve birbirlerine uygun olması şartını da ifade eder. Bu tarifte bir şekil belirtilmediğinden Mecelle'nin İslam Hukuku'nun genel bir prensibi olan akitte şekil serbestisini¹⁹⁰ esas aldığı söylenebilir.

Mecelle fıkıh kitaplarında anlatılan ve hukuk hayatında en çok kullanılan belli başlı akit tiplerini düzenlemekte olup Mecelle'de düzenlenmeyen bir akdi tarafların yapmasına bir engel yoktur.

188 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.67

189 Modern hukukta ise akit, “İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını belirli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla ortaya koymalarıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Mehmet AYAN; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s.107

190 Orhan ÇEKER; 2006, s.135; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.75

II. MECELLE’DE HİBE AKDİ KAVRAMI (Mecelle, md.833)

Mecelle’nin 833. maddesinde, “*Hibe, bilâ ivaz (karşılıksız) bir malı ahara (başkasına) temlik etmektir.*”¹⁹¹ ifadesiyle karşılık şart koşulmaksızın bir malı başkasına temlik etmek olduğu belirtilmektedir. Mecelle’deki tarifin kapsamına hediye ve sadaka dâhil olmakla birlikte,¹⁹² hali hazırda edinilmeyen bir haktan feragat etmek ya da mirasın reddi, hibe olarak kabul edilmez.

Yukarıda geçtiği üzere tanımında yer alan “*temlik*” ve “*bila ivaz*” ve “*ahara*” kelimeleri hibe akdinin belirleyici unsurlarıdır. Temlik, malın mülkiyetinin karşı tarafa geçmesi olup, bu işlem aynı zamanda hibe akdini “*ibaha*” yani malın başkasının yararına bırakılması akdinden ayırmaktadır.¹⁹³ Temlik ancak malik olunan mal üzerinde mümkün olabileceğinden örneğin denizdeki balıklar herhangi birinin mülkiyetinde olmadığından hibeye de konu edilemezler. Ali Haydar Efendi’ye göre, “*temlik*” lafzı ile müstegillat-ı vakfiye ve arazi-i miriyyenin (devletin olup kullanım hakkı verilen arazi) meccanen (karşılıksız) ferağı (devri), vasiyyet, borcun ödenmesi ve nefy-i mülk suretiyle olan ikrar hariç kalır.¹⁹⁴

Hibe akdini, diğer akitlerden ayıran bir başka ibare ise tanımında yer alan “*bila ivaz*” kaydıdır. “*bila ivaz*” ibaresi ile hibe akdi, satım akdinden ayrılır, zira satım akdinde ivaz bulunması şarttır. Bu kayıt aslında “*bila şart-ı ivaz*” şeklinde olup muzaf hazfedilmiş, yani tamlamadaki şart kelimesi düşülerek “*bila ivaz*” denilmiştir. Yoksa

191 Bkz. FETAVA-YI HİNDİYYE; 1986, s.233; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.153

192 Tarifte ortaklık olsa da sadaka ve hibe birbirlerinden farklıdır. Hibe sadakayı da kapsayan geniş bir terimdir. Hibe akdinde sebep bağış sebebi iken sadakada Allah’a yakınlık kastı vardır. Bkz. Abdülkadir ŞENER; 1984, s.20

193 İbaha ile hibe arasındaki farklar için bkz. Ali Haydar EFENDİ, 1330, ss.7-8

194 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.5; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.154

“*bila ivaz*” ivazın yokluğu değil, ivazın şart koşulmaması demektir.¹⁹⁵ Ancak ivaz şart koşulmasa da hibenin ivazlı yapılmasına İslam hukuku anlamında bir engel yoktur.¹⁹⁶

Bunun dışında, tanımda yer alan “*ahara*” kelimesi bağışlanan kişiyi ifade eder. Söz konusu terimle, hibe akdinde bağışlamanın başkasına yapılacağı anlaşılır. Bu başkası, vahibin yani bağışlayanın yakın akrabası olabildiği gibi kendisi hariç diğer herkes olabilir. Zira akit çok taraflı bir hukuki işlem olduğundan, kişi mantıken ve hukuken kendisiyle hibe akdi yapamaz.

Mecelle’nin yedinci kitabı olarak düzenlenen Kitabu’l Hibe’de hibe akdinin sırasıyla rükünleri ve şartları anlatılarak bu sözleşme hükme bağlanmıştır. Ariyet akdinin hemen arkasından gelecek bir tarzda düzenlenmesi ariyette yalnızca bir menfaatin temlik; hibede ise hem bir aynın hem de bir menfaatin temlikinin mümkün olması ile ilgilidir.¹⁹⁷

Hibe akdi ile vasiyet akdi arasında bir karşılaştırma yapacak olursak, hibe akdi şu noktada vasiyetten ayrılmaktadır: Hibe akdinde bağışlanan mal, mevhubün lehin mülkiyetine hemen girerken vasiyette ise bağışlanan mal mevhubün lehin mülkiyetine vasiyet eden öldükten sonrasında girer. Zira hayatta iken yapılan bağış hibe olarak, ölüme bağlı bağış ise vasiyet olarak kabul edilir. Mecelle ölüm hastasının yaptığı hibenin vasiyet gibi murisin üçte bir malıyla geçerli olduğunu kabul etmiştir.¹⁹⁸

III. MECELLE’DE HİBE AKDİ TERMİNOLOJİSİ

Mecelle’nin Osmanlı Türkçesi ile kaleme alınmış olmasından dolayı hibe akdi özelinde kullanılan terimlerin açıklanmasında yarar görmekteyiz. Şöyle ki;

195 Ali Haydar EFENDİ, a.g.e, s.10

196 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, t.y, s. 486

197 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.2; Mustafa Fevzi; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’den Kitab’ul Hibe Şerhi, Matbaa-i Hukukiyye, Dersaadet, 1327, s.3

198 MECELLE; md.879

Hibe: Karşılıksız bir malı başkasına temlik etmek.¹⁹⁹

Hibe-i muzafe: Gelecek zamana izafe edilen yani gelecek bir andan itibaren geçerli olacak hibe.

Vahib: Malı başkasına bağışlayan kişi.²⁰⁰

Mevhubün leh: Kendisine mal bağışlanan kişi.²⁰¹

Mevhub: Bağışlanan mal.²⁰²

İttihab: Hibeyi kabul etmek.²⁰³

Meclis-i Hibe: Vahibin hibe icabında bulunduğu yer, mekân.

İcab: Bir şeyin tasarruf hakkı üzerine bir sözleşme yapılırken kabulden önce söylenen söz, öneri.

Mün'akid: Akdedilmiş, sözleşilmiş.

Ahar: Üçüncü kişi.

İvaz: Bir şeye karşılık olarak verilen veya alınan şey, bedel, karşılık.

Meccanen: Parasız, ücretsiz, bedava, ivazsız.

Teati: Karşılıklı verme.

İrsal: Gönderme. Mevhubun hibe edilen kişiye gönderilmesi.

İstirdat: Geri alma

Kabz: Almak, tutmak. Mevhubün lehin hibe edilen malı alması.

199 MECELLE, md.833

200 MECELLE, md.833

201 MECELLE, md.833

202 MECELLE, md.833

203 MECELLE, md.833

Bey’: Satım sözleşmesi.

Meb’i: Satılan mal.

Zimmet: Kişinin üzerine geçirmiş olduğu borç.

Deyn: Borç.

Dayin: Alacaklı.

Medyun: Borçlu.

Zamin: Tazminle mükellef olan kişi.

Sahih: Geçerli.

Sakıt: Hukuken düşmüş, silinmiş.

Batıl: Geçersiz, hükümsüz.

Kebir: Kişinin akıllı ve bülüğa ermiş çocuğu

Sağir: Küçük çocuk, tıfl ve sabiyi kapsayan genel bir anlamı vardır.

Tıfl: Bebeklikten sabilik dönemine kadar olan çocuk.

Sabi: Ergenlik çağına birkaç yıl kalan çocuk.

Mecnun: Akıl hastalığı delilik seviyesinde olan kişi.

Matuh: Bunamış.

Mürebbi: Küçük çocuğun eğitim ve terbiyesiyle görevli kişi.

Mümeyyiz: Temyiz kudretine yani ayırt etme gücüne sahip kişi.

Cebr: Zorlama.

İkrah: Korkutma, tehdit.

Telef: Yok olma.

Zayi: Kaybolma.

Mevani-i Rücu: Rücu engelleri, vahi bin hibesinden rücu etmesine engel olan özel durumlar.

Ziyade-i muttasıla: Hibe edilen malda meydana gelen ve ayrılamayan fazlalık.

Ziyade-i munfasıla: Hibe edilen malda meydana gelen ve ayrılabilen fazlalık.

Maraz-ı mevt: Ölüm hastalığı.

Mariz: Ölüm hastası.

Beyt'ül-Mal: Devlet hazinesi.

Kısmet-i ğurema: Borcun borçlunun malvarlığından veya terekesinden fazla olması durumunda alacaklıların malvarlığını veya terekeyi alacakları oranında paylaşmaları.

IV. MECELLE'DE HİBE AKDİNİN ÖZELLİKLERİ, KURULMASI VE TURLERİ

Genel Olarak

Mecelle'nin 833. maddesine göre, “*Hibe, bilâ ivaz (karşılıksız) bir malı ahara (başkasına) temlik etmektir.*”²⁰⁴ Bu tanıma göre, hibe akdinde 4 esastan bahsedilebilir. Bunlar; sebep, hüküm, şekil ve rükünlerdir (esaslı unsurlar). Hibenin sebebi, vahi bin hayrı kast etmesi yani bağışlayanın iyilik yapmak, karşılıksız kazandırmada bulunmak istemesidir.²⁰⁵

Hibenin hükmü, gayr-ı lazım (bağlayıcı olmayan) olarak mevhubün lehe mülkiyetin geçmesidir.²⁰⁶ Yani bağışlanana malın verilmesi ancak bu akdin bağlayıcı

204 Bkz. FETAVA-YI HİNDİYYE; 1986, s.233; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.153

205 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.17; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.153

206 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.17; Mustafa Fevzi; 1327, s.4; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.171

olmamasıdır.²⁰⁷ Zira bağışlayan takip eden bölümlerde açıklanacağı üzere belli istisnalar haricinde hibesinden dönebilir. Mecelle'nin 837. maddesindeki tariftten de anlaşıldığı üzere hibenin rüknü yani esaslı unsurları icap ve kabulden ibarettir.²⁰⁸ Bu sebeple hibe taahhüdü yani bağışlama sözü hibe sayılmaz. Zira hibe taahhüdünde mevhubün lehine kabulü mevcut değildir.

Vahib hibe taahhüdünde bulunduğunu ancak mevhubün lehine bunu kabul etmediğini öne sürdüğünde mevhubün lehine delil getiremezse söz vahibindir.²⁰⁹ Çünkü delili müddei yani bir hakkı olduğunu iddia eden getirir, yemini de akdi inkâr eden verir.²¹⁰

Hibenin şartları da birinci babın ikinci faslında ayrıntılı bir şekilde yer alır. Bu şartlar; in'ikad (kuruluş), sıhhat (geçerlilik) ve nefazına (işlerlik) dair olarak üç şekildedir. Kuruluş koşullarından biri olmazsa hibe hükümsüz, geçerlilik koşullarından biri bulunmazsa fasid (geçersiz), işlerlik koşullarından biri olmazsa mevkuf (askıda geçersiz) olur. İn'ikad şartları; rükne, mevhuba ve vahibe ilişkindir. Sıhhat şartları ise mevhubun malum ve muayyen olması ve vahibin rızasının bulunmasıdır. Nefaz şartları da; mevhubun vahibin malı olması ve rehinli olma gibi başkasının hakkını ilgilendirmemesidir.²¹¹

207 İslam Hukuku'nda akitler lazım (bağlayıcı) ve gayr-ı lazım (bağlayıcı olmayan) olarak ikiye ayrılır. Hibeden rücu mümkün olduğundan hibe gayr-ı lazım bir akittir. Detaylı bilgi için bkz. Yunus APAYDIN; "Lüzum" md., DİA, Ankara, 2003, c.27 ss.260-262

208 Bu konuda bazı fakihlerin hibenin rüknünün yalnızca vahibin icabı olduğunu öne sürerler. Tartışma için bkz. Ali Haydar EFENDİ; 1330, ss.19-20; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, ss.154-155

209 FETAVA-YI HİNDİYYE; 1986, s.323

210 MECELLE md. 76: "Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir." şeklindedir.

211 Bkz. Hacı Reşid PAŞA; Ruhu'l-Mecelle, Darul-Hilafeti'l-Aliyye, 1326, ss.37-38

A. Mecelle’de Hibe Akdinin Özellikleri

Bağımsız bir teberru akdi olan hibe, akdin konusu olan malın teslimi ile tamamlandığı için aynı, bir malın mülkiyetinin geçirilmesini amaçladığı için de mülkiyet geçirici bir akittir.²¹² Ayrıca temlikin derhal geçirilmesini ifade ettiği için anı edimli ve geciktirici şartı kabul etmeyen bir akit olarak nitelendirilir.²¹³

Bilindiği gibi taraflardan biri veya hepsi için bağlayıcı olmayan ve o tarafça için dilediği an bozulması mümkün olan akitlere gayri لازم/ caiz akitler denir.²¹⁴ Hibe akdi vahib tarafından kabzdan önce bozulabildiği için gayri لازم/ caiz akitlerdendir.²¹⁵

Akitler her iki tarafa yükümlülük getiren (ivazlı) ve taraflardan sadece birine yarar sağlayan (ivazsız) akitler olarak da ikiye ayrılır. Hibe akdi bir mal veya hakkın karşılıksız temlikini amaçladığından ivazsız akitlerdendir.²¹⁶ İslam Hukuku’nda farklı görüşler olmakla birlikte çoğunluğa göre vahib mevhubün lehe karşı bir borç altına girmez.

Hibe akdi İslam hukukunda bir malvarlığı değerini diğerinin mülkiyetine geçirimi ile gerçekleşen bir kazandırma ve sağlararası bir sözleşme olarak kabul edildiği için²¹⁷ kişinin emeği ile başkası lehine yaptığı karşılıksız kazandırmalar (örn.ivazsız vekâlet) veya mamelekin devrini içermeyen, salt kullanımın devrine dönük kazandırmalar (örn.tüketim öduncü) bağışlama sayılmaz.

212 Orhan ÇEKER; 2006, s.152-153; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.184

213 MECELLE; md.854; Orhan ÇEKER; a.g.e, s.123

214 Mehmet Akif AYDIN; 2017, s.380

215 Orhan ÇEKER; 2006, s.153

216 Fikret EREN; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.303

217 İBN ABİDİN; Redd’ul Muhtar, s.486

İslam hukukuna göre hibe akdinde vekilin, müvekkili adına tasarrufta bulunduğunu bildirmesi zorunludur.²¹⁸

Son olarak hibe akdi her ne kadar Şürut²¹⁹ kitaplarında belli şartlara ve şekillere bağlı tutulduysa da Mecelle anlamında şekli olmayan yani rızai bir akitir. Çünkü tarafların icap ve kabullerinin uyuşmasıyla akdedilmiş sayılmaktadır.

B. Hibe Akdinin Kurulması

Mecelle'nin 833. maddesinin ilk fıkrasında hibe akdinin tarafları, vahib ve mevhubün leh olarak tanımlanmıştır. Tarafların sahip olması gereken nitelikler aşağıda ehliyet başlığı altında incelendiğinden burada sadece tarafların tanımı üzerinde durulmuştur. Mecelle'ye göre “*Hibe icab ve kabul ile münakid ve kabz ile tamam olur.*”²²⁰ Yani icap ve kabul ile hibe akdi kurulmuş olur ve malın mevhubün leh tarafından alınması ile akit tamamlanmış olur. Kabz aslında akdin esaslı unsuru değildir, mevhubün lehin mala malik olduğunu göstermesi açısından bir ispat şartıdır.²²¹ Ek olarak hibede kabz satım akdinde kabul gibidir.²²² Vahib, mevhubün leh, mevhuba ilişkin şartların ve diğer hususların daha iyi anlaşılabilmesi açısından bu bölümde ilk olarak ehliyet konusu incelenecektir.

218 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.128

219 Sözlükte “hukukî muameleleri kayıt altına almak üzere düzenlenen belge, senet” anlamındaki şartın çoğulu olan şürût kelimesi, İslâm'ın erken dönemlerinden itibaren hem hukukî muamelelere dair yazılacak belgelerin düzenlenme esaslarını tespit eden ilmi hem de bu alanda yazılan eserleri ifade etmek için kullanılmıştır. Bu dalda günümüze kadar gelen eserlerin ilki Ebû Ca'fer et-Tahâvî'ye (ö. 321/933) aittir. Semerkandî'nin “Kitâbü's-Şürût”, Celâleddin el-İmâdî'nin “Gurerü's-şürût ve dürerü's-sümût”, Mehmed er-Rûmî'nin “eş-Şukûkû's-Şer'iyeye” adlı eserleri yazma olarak mevcuttur. Yine Hanefî mezhebinde Mergînânî, Rîğadmûnî, Necmeddin en-Nesefî bu alanda eser vermişlerdir. Mâlîkî mezhebinde İbn Lübbâbe, Ferec el-Kurtubî, Huşenî, Mûsâ el-Kurtubî; Şâfiî mezhebinde Kerâbîsî, Müzenî, Sayrafi, Mervezî gibi âlimler bu alanda eser veren müelliflerdir. Osmanlılar dönemindeki sak mecmuaları şürût türündeki eserlerin devamı ve örnekleri sayılabilir. Günümüzde, Ruhi Özcan, Joseph Schacht, Émile Tyan, Jeanette Wakin, Vâil B. Hallâk (Wael B. Hallaq) gibi araştırmacılar şürût ilmi konusunda özgün çalışmalar yapmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin ATAR, “Şürut” md., DİA, İstanbul 2010, c.39. ss. 270-273

220 MECELLE, md.837

221 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.22

222 MECELLE, md.841; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.488

1. Hibe Akdinde Ehliyet

Genel Olarak Ehliyet

İslam Hukuku'nda ehliyet iki kısımda incelenir: Vücub ehliyeti ve eda ehliyeti.²²³ Vücub ehliyeti modern hukukumuzda hak ehliyetine, eda ehliyeti de fiil ehliyetine karşılık gelir. Bu ehliyet kişinin hak ve borçlara ehil olmasıdır. Vücub ehliyetine sahip olmada insan olmak yeterlidir.²²⁴ Bu ehliyet de eksik ve tam olarak iki kısımdır. Ceninin ve kölenin eksik vücub ehliyeti vardır.²²⁵ Kölelik fiiliyatta bulunmadığından detayına girmeyerek sadece ceninle alakalı bu ehliyetle mirasa hak kazanabildiği, vakıf ve vasiyet lehdarı olabildiğini söylenebilir.²²⁶ Sağ ve hür doğmuş kişiler ise tam vücub ehliyetine sahiptir.

Eda ehliyeti şahsın bizzat hak ve borçlar doğuran hukuki işlemlerini yapma salahiyetidir.²²⁷ İslam hukukunda “İnsanın; sorumlu olacak şekilde Şer'an (dinen) muteber bazı fiiller işlemesi ve kendisinden bir kısım ilzam edici (borçlandırıcı) meşru tasarruflar sâdır (çıkış) olması salahiyetidir.” şeklinde tarif edilir.²²⁸

İslam hukukunda eda ehliyeti belli özelliklere göre ehliyetsiz olanlar, ehliyetli olanlar ve nakıs (eksik) ehliyetli olanlar şeklinde üç kısma ayrılır.²²⁹ Bunlar; reşit²³⁰ olarak bülüğa eren kimsenin ehliyeti olan “tam eda ehliyeti” (bülüğun alt sınırı kızlarda

223 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.92

224 Orhan ÇEKER; 2006, s.16; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.92

225 Mehmet Akif AYDIN, 2017, s.209; Orhan ÇEKER; a.g.e, s.17; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.93

226 Mehmet Akif AYDIN, a.g.e, s.209; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.92

227 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.16

228 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.95

229 İlhan SOYLU; İslam Hukukunda ve Mer'i Hukukta Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bingöl, 2018, s.98

230 Mecelle'ye göre reşit, mallarını muhafazada dikkatli davranarak sefeh ve israftan kaçınan kimsedir. Bkz. MECELLE; md.947

9, erkeklerde 12 yaşıdır. Bu yaşlardan önce ergenlik iddiasında bulunulamaz.)²³¹ ile mümeyyiz küçüklerin²³², sefihlerin²³³, kısıtlanan borçluların²³⁴, kölelerin, maraz-ı mevtteki²³⁵ kişilerin, sara gibi geçici akıl hastalarının²³⁶ ve matuhların²³⁷ ehliyeti olan “sınırlı eda ehliyetidir”. Mümeyyiz olmayan küçüklerin ise eda ehliyetleri olmadığından bütün hukuki tasarrufları hükümsüzdür.²³⁸ Modern hukukumuzda ise fiil ehliyeti kişilere göre tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve tam ehliyetli olarak dört kısma ayrılır.²³⁹

a. Hibe Yapma Ehliyeti

aa. Reşid ve Mümeyyizler

Sözlükte, “iyi hâl ve doğru işlere koyulma” anlamına gelen rüşd, belli bir yaşla sınırlı olmayan bir durumdur ki, malını israf etmeyip, iyi idare eden kişinin özelliği olup böyle kişiye “*reşid*” denilir.²⁴⁰ İslam hukukunda hibede bulunmak için kişinin temyiz kudretine sahip olması gereklidir.

231 MECELLE; md. 988; Orhan ÇEKER; a.g.e, s.20; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.96

232 İnsan hayatı İslam hukukunda ehliyet bakımından beş merhaleye ayrılır. Bunlar; ceninlik çağı, çocukluk çağı, temyiz çağı, bülûğ çağı ve rüşd çağıdır. Genel olarak hukukçular yedi yaşın tamamlanmasıyla temyiz çağının başladığını kabul ederler. Bkz. Mehmet Akif AYDIN; 2017, s.214; Orhan ÇEKER; 2006, s.19

233 Sefih, malını beyhude (boş) yere sarf ederek aşırılık ve israfa kaçan ve malvarlığını tüketen kimsedir. Bkz. MECELLE; md.946

234 Borçları malvarlığından fazla olan kimse alacaklıların talebiyle hâkim tarafından kısıtlanabilir. Bu şekilde kısıtlanan kimse hibe gibi alacaklıların zararına olan hukuki işlemleri yalnız onların rızasıyla yapabilir. Bkz. MECELLE; md. 998, 999 ve 1002

235 Başlangıcından itibaren bir sene geçmeden ölümle sonuçlanan hastalıktır.

236 Sara hastaları nöbet gelmediğinde tam ehliyetli sayılırlar. Bkz. MECELLE; md.979, 980

237 Matuh: şuuru bulanık, anlayışı az, konuşmaları muntazam olmayan, işlerini gereği gibi göremeyen kimsedir. Bkz. MECELLE; md.945

238 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.19; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.91

239 Haluk N. NOMER; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.45

240 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.21

Mecelle’ye göre vahibin akıl ve baliğ olması şarttır.²⁴¹ Maddedeki “akıl” kaydını açıklamak gerekirse bunun doğuştan bir zekâ geriliği ya da aklın düşünme kuvvetini zaafa uğratan bir hastalık yoksa kişi akıllı kabul edilir. Zira “*sıfat-ı arizada aslolan ademdir.*”²⁴² Yani sonradan oluşan durumlarda aslolan o halin yokluğudur. Ayrıca Hanefi ve Şafii hukukçularına göre sarhoşun dinden dönme haricindeki tasarrufları geçerli kabul edildiğinden, içki ve uyuşturucu gibi akli geçici olarak zaafa uğratan maddeler etkisindeki kişi de hükmen akıllı kabul edilir ve bu kişinin hibesi geçerli kabul edilir.²⁴³

bb. Sağır (küçük), Mecnun (deli) ve Ma’tuhlar (bunamışlar)

Mecelle’nin 859/2 maddesine göre “*Sağır (küçük) ve mecnun (deli) ve ma’tuhun (bunamışın) hibesi hükümsüz olsa da bunlara yapılan hibe geçerlidir.*”²⁴⁴

Öncelikle akıl hastalığını izah etmek gerekirse, bu insanın mantıklı konuşmasına ve davranmasına mani olan bir marazdır.²⁴⁵ Akıl hastasının hiçbir tasarrufu geçerli değildir. Vasisinin icazet vermesi tasarrufu geçerli hale getirmez. Bu haliyle mümeyyiz olmayan çocuğun hükümlerine tabidir.²⁴⁶

“*Ateh*” yani bunama da akıl zayıflığı çeşitlerindendir. Matuh yani bunamışların konuşmasında saçmalık, tutarsızlık, anlaşılmazlık vb. kusurlar bulunur. Matuhlar,

241 MECELLE; md.859/1; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.45

242 MECELLE; md.9

243 Ali Haydar EFENDİ, 1330, s.152, Orhan ÇEKER; a.g.e, s.35

244 Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.45

245 Orhan ÇEKER; 2006, s.24

246 MECELLE; md.979

mümeyyiz çocukların hükümlerine tabi olurlar.²⁴⁷ Yani, bunamış kişilerin de eda ehliyeti eksiktir.

İslâm hukukunda doğum ile başlayıp ve ergenlik dönemine dek süren çağa “çocukluk”, işbu dönemdeki kişiye de “çocuk” denir. Çocukluk, doğumdan ayırt etme zamanına ve ayırt etme zamanından ergenlik dönemine kadar olmak üzere iki kısımda incelenir. İlk zaman dilimindeki çocuğa “gayri mümeyyiz”, ayırt etme zamanında olana da “mümeyyiz” denilir. Küçük, akıl hastası ve bunamışların hibe yapma ehliyetinin kabul edilmeyişi bu kısım insanların kendi menfaatleri icabıdır. Çünkü hibe mal varlığını azaltıcı bir hukuki tasarruftur. Bu tasarrufu yapabilmek için hukuk sistemlerinde genellikle tam ehliyet aranır. Dolayısıyla küçüklerin, akıl hastalarının ve bunamışların hibesi hükümsüzdür. Bu akde sonradan icazet verilmekle de geçerlilik kazandırılmaz. Örneğin bir küçük hibe yaptıktan sonra akıl ve baliğ olup bu hibeye icazet verse yine hibenin butlanla sakat olma hükmü değişmez. Çünkü icazet, İslam hukukuna göre mevkuf akitleri geçerli hale getirir, batıl akitlerde sonradan icazet verilmesi akdi geçerli hale getirmez.

“*Sağır*” lafzının mutlak olarak zikredilmesi “mümeyyiz olup olmamanın” hibe akdi anlamında ehliyeti değiştirmeyeceğini belirtir. Hibenin de mutlak olarak zikredilmesi hibenin hiçbir şekilde gerek ivazlı gerek ivazsız olsun geçerli olmayacağını belirtir. Örneğin bir küçük malını ivaz karşılığında bir kişiye hibe etse bu durumda hibe batıldır, ivaz da sahih değildir. Bu sebeple mevhubün leh hibe eden küçüğe karşı istirdat talebinde bulunabilir.²⁴⁸ Aynı şekilde küçüğün velisi de küçük adına hibede bulunamaz. Zira “*Raiyye yani tebe’a üzerine tasarruf maslahata (hayırlı işe) menuttur.*”²⁴⁹ Bu

247 MECELLE; md.978

248 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.153

249 MECELLE; md.58

durumda küçük açısından malvarlığında kesin bir azalma söz konusu olacağından bu hibe geçerli değildir.²⁵⁰

cc. Mümeyyiz Mahcurlar (Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar)

“*Hacr*” (kısıtlama) lügatte, “men etmek ve sıkıştırmak” manasına gelir. İstılahta ise hacr, “kişiyi kavli tasarruflarda (sözleşme yapmak gibi sözlü tasarruflar) bulunmaktan menetmek” olup hacredilen şahsa “*mahcur*” yani kısıtlı denir.²⁵¹ Başka birinin denetim ve gözetimi altında bulunmak anlamına gelen hacr yalnızca hukuki işlemlerde geçerli olup hacrin fiillere bir tesiri yoktur.²⁵² İslam hukukunda kısıtlanmanın farklı nedenleri mevcuttur. İslam hukukçuları, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, bunama ve kölelik sebebiyle kısıtlama konusunda ittifak etmişlerdir.²⁵³ Bu sebeplerden birinin bulunduğu kişiler asla hibe akdi yapamazlar. Veli veya vasileri de bu kişilerin malvarlığında hibe ve benzeri tasarruflarda bulunamazlar.²⁵⁴

“*Sefeh*” yani savurganlık, şahsın malını saçıp savurması veya israf etmesi ve hangi nedenle olursa olsun kârını zararını hesap edememesi hâli olup durumda ise kişinin kısıtlanması ve tasarruflarının iptal edilip edilemeyeceği İslam hukukunda tartışmalıdır.²⁵⁵

250 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236

251 MECELLE; md. 941

252 Yani hacredilmiş kişi, haksız fiillerinden dolayı sorumludur. Bkz. Orhan ÇEKER; 2006, s.42

253 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.43; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.102

254 Abdülkadir ŞENER; a.g.e, s.84

255 İslam hukukçularının çoğunluğu sefihlin kısıtlanamayacağını söyleyen Ebû Hanife'ye aykırı görüşe sahip olup, onlara göre yaşı kaç yaşına varırsa varsın insanın sefihliği devam ettiği sürece malları kendisine teslim edilmez ve sefih hacr altına alınarak tasarruftan men edilir. Bkz. Orhan ÇEKER; 2006, s.32-33

dd. Marizler (Ölüm Hastaları)

Bazı fıkıh kitaplarında “Namazda ayakta duramayacak kadar hasta olmak.” şeklinde tarif edilen²⁵⁶ ölüm hastalığı, “kişiyi mutat işlerini yapmaktan alıkoyan ve başlangıcından itibaren bir sene geçmeden ölümle sonuçlanan hastalık”²⁵⁷ olarak da tanımlanabilir. Bu konuyla ilgili Mecelle, ölüm hastalarının hibe yapma ehliyetini ayırarak böyle şahıslara özel hükümler koymuştur. Çünkü ölüm hastalığında kişinin şuuru bulanıklaşır, fikir yürütme ve sağlıklı düşünme becerisi zaafa uğrar. Bu sebeple mariz yani ölüm hastasının hibesi sağlam ve sağlıklı bir kişinin hibesinden farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Bu hastalık alelade bir hastalık değil, devamında ölüm meydana gelen bir hastalıktır.²⁵⁸

Mecelle’nin 877.maddesine göre “*Varisi olmayan kimse maraz-ı mevtinde*²⁵⁹ (ölüm hastalığında) *cemi’(bütün) emvalini (mallarını) birine hibe ve teslim etse sahih (geçerli) olur.*”²⁶⁰ Yani bir kimsenin varisi yoksa ölüm hastası iken bütün malını birine hibe ve teslim etse bu hibe geçerlidir. İslam Hukuku’nda vasiyet varislerin hakkını korumak için murisin yani miras bırakanın malının üçte birini aşmaması şartıyla geçerlidir. Ölüm hastalığında hibe de aslında bir vasiyet olduğundan bu hibe vahibin varisi olmadığında tamamen geçerli, varisi olduğunda ise malının üçte birlik kısmıyla geçerlidir.²⁶¹ Bu nedenle hükümde “*varisi olmayan*” kaydı yer alır.

256 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.332

257 Mehmet Akif AYDIN; 2017, s.217

258 Detaylı bilgi için bkz. Ali BAKKAL, “Maraz-ı Mevt” md., DİA, Ankara, 2003, c.28, ss. 39-41, Samed ATASOY, “Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2019, s. 107-135; “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi S. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, ss. 189-220

259 Maraz-ı mevt giderek artmıyorsa en fazla bir sene sürebilir. Yıllar süren devamlı hastalık ölüm hastalığı sayılmaz. Bkz. MECELLE; md.1595

260 Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.71;

261 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.234; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.326

Yine Mecelle'nin 877.maddesine göre “*Ba'd-el vefat (ölümden sonra) (vahibin) terekesine emin-i (görevli) Beyt-ül-mal (Devlet Hazinesi) de müdahale edemez.*” Maddede mirasçılardan sonra devlet hazinesinin sayılma sebebi miras hukuku kuralları ile ilgilidir. Zira feraiz ilmi denilen İslam miras hukukunda bir kişinin terekesinde hak sahibi olanlar on sınıftır. Bu on sınıfın sonuncusu yani kimse hak sahibi değilse terekeyi alacak olan Beyt'ül- mal'dir. Dolayısıyla varisi olmayan bir ölüm hastası bütün malını birine hibe ettiğinde hiçbir mirasçısı olmadığında bütün malının kaldığı son mirasçı olan devlet hazinesi bu hibe işlemini iptal ettiremeyip terekeye müdahale edememektedir.

Aynı şekilde, Mecelle'nin 878. maddesine göre karısı haricinde varisi bulunmayan kişi ölüm hastalığı zamanında tüm malvarlığını karısına veya kocası haricinde varisi olmayan kimse de bütün malını kocasına teslim etse bu akit geçerli olur.²⁶² Karı koca arasında hibenin bu madde ile ayrıca düzenlenmesinin nedeni şudur: İslam miras hukukunda karı ve koca dışındaki diğer mirasçılar mirastan farzan ve reddeden pay alırlar. Ama karı ve koca mirastan farzan hisse almalarına rağmen, reddeden pay alamazlar. Bu sebeple diğer mirasçılara vasiyet etmenin pratikte faydası da yoktur.²⁶³ Ancak karı veya kocaya vasiyet etmenin şer'i hukukta kendilerine faydası olur. Zira karı ve kocadan birinin diğerinin bütün malını almasında vasiyete ihtiyaç vardır.²⁶⁴ Örneğin bir kişinin karısından başka mirasçısı yoksa malının dörtte biri karısı, dörtte üçünü de devlet hazinesi alırken aynı kişinin kızından başka mirasçısı olmadan ölmesi halinde kızı terekenin yarısını farzan, diğer yarısını da reddeden kazanır yani bütün terekeye malik olur. Ancak bu kişi yukarıda anılan 878.madde hükmüne göre bütün

262 Madde metni aynen şöyledir: “...zevcesinden (karısından) maada (başka) varisi olmayan kimse maraz-ı mevtinde (ölüm hastalığında) cemi'(bütün) emvalini (mallarını) zevcesine veyahut zevcinden (kocasından) maada varisi olmayan kadın cemi' emvalini maraz-ı mevtinde zevcine hibe ve teslim etse sahih olur.”

263 Bununla ilgili bir hadis şöyledir: “Allah her hak sahibine hakkını verdi. Bu sebeple varislerden birine vasiyet yoktur.” Bkz. İbrahim CANAN; 2014, c.16, s.262

264 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.235

malını karısına hibe ve teslim etse bu hibe geçerlidir ve devlet hazinesi terekeye müdahale edemez.

Ayrıca eşinden başka varisi olmayan veya hiç varisi olmayan kişi, bütün malını eşine veya herhangi birine vasiyet edebilir.²⁶⁵

Yine, 878.madde hükmüne göre “*Ba’d-el-vefat (ölümünden sonra) karı veya kocanın terekesine emin-i Beyt’ül-mal müdahale edemez.*” Yani yekdiğerine hibede bulunan karı ve kocadan birinin ölümü halinde, devlet hazinesi görevlisi mirasçı kalan mevhubün lehten terekenin hibe yapılmasaydı hazineye kalacak olan dörtte üçlük kısmını isteyemez.

Mecelle’nin 879.maddesine göre ise, “*Bir kimse maraz-ı mevtinde veresesinden (mirasçılardan) birine bir şey hibe edip de fevt (ölmüş) oldukça diğer verese muciz (izin vermiş) olmazsa ol hibe sahih olmaz.*” Yani, bir kişi ölüm hastalığında mirasçılardan birine bir şey hibe edip sonrasında ölürse, kalan diğer mirasçıları hibeye icazet vermezse vahibin hibesi geçerli olmaz.²⁶⁶ İcazet verilene kadar hibe akdi mevkuf yani askıda geçersiz durumdadır, icazet verildikten sonra nafız (bağlayıcı) hale gelir.²⁶⁷ Çünkü burada “*Mani zail olunca, memnu (yasak) olan avdet eder (döner)*”²⁶⁸ kuralı gereği, mirasçıların rızası olmadan (örnekte maniye denk gelir) geçersiz olan hibe, rıza verilince geçerli hale gelir. Hibeye bazı mirasçılar icazet vermiş bazıları vermemiş ise, hibe icazet veren mirasçıların hissesinde geçerli, vermeyen mirasçıların hissesinde feshedilmiş olur.

265 MECELLE; md.1596

266 Bu konuda Mecelle’den sonra verilmiş fetvalar için bkz. Ceride-i İlmiye Fetvaları; ss.67-69

267 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.237

268 MECELLE; md.24

İcazeti veren mirasçının akıl, baliğ ve sağlıklı olmaları (ölüm hastası olmamak yeterli) gerekir. Zira küçük ve akıl hastasının hibede bulunma ehliyeti olmadığından böyle bir icazeti vermeleri muteber değildir. Madde metnindeki “*fevt oldukta*” ibaresinden de anlaşılacağı üzere bu icazetin vahib öldükten sonra verilmesi gerekir. Zaten bu kişiler mirasçılık sıfatını ancak vahib olan murisleri ölünce kazanmaktadır. Yine “verese” yani mirasçılar tabirinden kasıt, ölüm anındaki mirasçılardır. Vahibin ölümünden önce ölmüş mirasçılarının dolayısıyla onların mirasçılarının icazetine ihtiyaç yoktur.

Mevhubün leh ve varisler hibenin vahibin sağlıklı iken mi yoksa ölüm hastalığında mı olduğunda anlaşılmazlarsa; hibenin vahibin sağlıklı iken vuku bulunduğunu iddia eden delil getirmek zorundadır. Çünkü “*Bir emr-i hadis (sonradan olan bir işin) akreb-i evkatına (yakın zamana) izafeti (bağlanması) asıldır.*”²⁶⁹

Yine Mecelle’nin 879.maddesine göre “*Maraz-ı mevtteki (ölüm hastalığındaki) vahib malını veresesinden(varislerinden) başkasına hibe ve teslim ettikde sülüs (üçte bir) malı mevhubun tamamına müsaid ise sahih (geçerli) olur.*” Varislerden başkasına ölüm hastalığında hibede bulunmak vasiyet hükmünde olduğundan, murisin cenaze ve defin masrafları karşılanıp borçları ödendikten sonra kalan malın üçte biriyle bu vasiyet yerine getirilir. Murisin malının üçte birini aşan vasiyet geçerli değildir. Dolayısıyla vefat eden ölüm hastası “*vahibin kalan malının üçte biri vasiyeti yerine getirmeye müsaid olmayıp da verese dahi hibeyi muciz (izin vermiş) olmazsa müsaid olduğu mikdarda hibe sahih olup bakisini (kalanını) mevhubün leh redde mecburdur.*”²⁷⁰ Görüldüğü gibi burada mevhubün leh için bir muhayyerlik söz konusu değildir.

269 MECELLE; md.11

270 MECELLE; md.879/2; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.329

Varislerin hepsi malın üçte birini aşan kısma rıza göstermiş olmazsa veya izin vermezse hibenin yalnızca malın üçte birini aşmayan kısmı geçerlidir. Mevhubün leh aşan kısmı reddetmekle mükelleftir. Örneğin bir kişi başka bir kişideki 500 altın alacağını ona ölüm hastalığında hibe etmiş olduğu halde öldükten sonra malının üçte birinin yalnızca 200 altın olduğu ortaya çıkarsa, yapılan hibedeki 200 altınlık kısım geçerli olup; borçlu olan mevhubün lehin kalan 300 altınlık borcu vahibin mirasçılarına ödemesi gereklidir.

Yine, bir kişi ölüm hastalığında bölünemeyen bir malı örneğin bir ineği birine hibe ve teslim ettikten sonra mevhubün leh ineği satarsa ve inekten başka malı yoksa mevhubün leh ineğin kıymetinin üçte ikisini vahibin mirasçılarına ödemek zorundadır.²⁷¹ Bu açıklamalar yapılan hibenin ivazlı olmaması halinde geçerlidir. Çünkü ivaz hibeden rücuyla engel olduğu gibi, varislerin de hibeyi geçersiz kılmalarına engel olur. Yalnızca ivaz malın üçte iki kıymetinden az olursa; mevhubün leh ya ivazı malın üçte iki kıymetine tamamlar; ya da hibeyi reddedip ödediği ivazı geri alır.²⁷²

Mecelle'nin 880.maddesine göre *“Terekesi müstağrak-ı düyun (borca batık) olan kimse maraz-ı mevtime emvalini varisine yahut başkasına hibe ve teslim ettikten sonra fevt olsa dayinler (alacaklılar) hibeyi tutmayıp ol emvali (malları) kısmet-i ğuramaya (alacakları oranında paylaşmaya) idhal (dâhil) edebilir.”*²⁷³ Yani terekesi borcuna eşit veya yetmeyen kimse ölüm hastalığında mallarını varisi yahut başkasına hibe ve teslim edip öldükten sonra alacaklılar hibe akdini tanımayıp o malları alacakları oranında aralarında pay edebilirler. Burada vahibin borçları hibenin ifa edilmesine engel olur. Dolayısı ile borçlu olan bir kişinin alacaklılarının zararına böyle bir hibe yapması hukuken korunamaz. Zira bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Malın

271 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.246

272 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.246; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.329

273 MECELLE; md.880

mevhubün lehe verilmesi ise bu hibe akdi anlamında muktezi yani gereken şeydir. *Mani* (alacaklıların varlığı) ve muktezi tearuz (zıtlık) ettiğinde mani takdim olunacağından (öncelik tanınacağından)²⁷⁴; burada hibenin ifası yerine alacaklıların borçlarını almalarına öncelik tanınır.

Madde metninde geçen “maraz-ı mevtinde” ibaresiyle bu durumun yalnızca ölüm hastalığında yapılan hibeleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Zira terekesi borca batık olan bir kişi sağlıklı iken bütün malını birine hibe ve teslim ettikten sonra hastalanıp ölse alacaklıları mevhuba müdahale edemezler.

“Emvalini” ibaresiyle de kişinin mülkiyetinde bulunmayan ancak tasarruf edebildiği miri arazi ve vakıf müsteğıllatı gibi şeyleri ölüm hastalığında hibe etse de bunların vahibin malı olmadığından alacaklıların buna müdahale edemeyecekleri anlaşılmaktadır.²⁷⁵

Ayrıca yine, Mecelle’nin 880. maddesinde yer alan, “*edebilirler*” lafzıyla da alacaklıların bu hibenin miktarını alacakları oranında paylaşıma dâhil etme konusunda serbest oldukları belirtilmiştir. Bu durumda bir kısım alacaklı hibe miktarını bu paylaşıma dâhil etmeme iradesi gösterirse tabiidir ki, bu kısım hissesi oranında geçerli olacaktır.

b. Hibeyi Kabul Ehliyeti

Mecelle’de hibeyi kabul ehliyetini incelemeye geçmeden önce şu hususu vurgulamak gerekir. Mevhubün lehin sağ olması gerekir; zira hibe temlik amacı güden bir akittir. Ölü kişi, temlik ile alakalı hiçbir işlem yapamadığından bir şeye malik olamadığı gibi bir şeyi başkasına devir de edemez. Çünkü ölüm ile şahsiyet son bulur. Hibe akdinin esas mantığı gereği, mevhubün lehin tam ehliyetli olması gerekli değildir.

274 MECELLE; md.46

275 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.448

Çünkü bugünkü hukukumuzda olduğu gibi İslam Hukuku'nda da kişinin bir şeye malik olabilmesi için mutlaka ehliyet şart değildir.²⁷⁶ Misalen; küçük, deli ve bunak olan kişilerin malik olmaları mümkündür.

Mevhubün lehi, kabzetme yani bağışlanan malı teslim alma bakımından üç durumda incelememiz gerekir:

1) Mevhubün lehin, reşit ve mümeyyiz olması durumunda hibe konusu malı kendi ya da velisi kabzedebilir.²⁷⁷

2) Temyiz gücüne sahip ancak küçük ya da bunamış olanlar hibeyi kabul etme ve hibe edilen malı kabzetme yetkisine sahiplerdir. Ayrıca vasi ya da velilerinin izni aranmaz. Ancak vasi ya da velileri de onların adına hibeyi kabul edip malı kabzedebilirler.²⁷⁸

3) Mevhubün leh, gayr-ı mümeyyiz küçük, deli veya delilik derecesinde bunak olabilir. Bu durumdakiler adına veli veya vasileri hibeyi kabul ve kabzederler.²⁷⁹

Burada, ceninin hibe akdinde hibe lehdarı olup olamayacağı konusuna değinmekte yarar vardır. Vasiyet, ölümden sonra tenfiz edildiği için mirasa benzer. Ceninin mirasçı olduğu tartışmasız olarak kabul edildiğine göre, ona vasiyet de geçerli olur. Hibe ise hâlihazırda bulunanlar arasında yapılan bir akittir; sağ doğacağı kesin olmayan cenin hibe konusu mala sahip olamamakla beraber; henüz dünyaya

276 Abdulkadir ŞENER; 1984, s.93; Fikret EREN; 2015, s.308

277 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.299

278 MECELLE; md.853; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.28

279 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.299

gelmediğinden velisi de onun adına hibeyi kabul ve kabz edemez; zira velayet yetkisi çocuğun doğumu sonrasında başlamaktadır.²⁸⁰

Hibe yapma ehliyeti olan reşit ve mümeyyiz kişilerin hibeyi kabul ehliyetlerinin de tam olduğu kuşkusuzdur. Bu bölümde küçüklerin hibeyi kabul ehliyeti özelinde ehliyeti eksik olanların hibeyi kabul ehliyeti incelenecektir.

Mecelle md.859/2'ye göre “*sağır, mecnun ve matuha hibe sahihtir.*” Yine, Mecelle'nin 852. maddesine göre “*Bir tıfla (çocuğa) ahar (başka bir) kimse bir şey hibe ettikde velisinin yahut mürebbisinin kabzı ile hibe tamam olur.*”²⁸¹

“*Tıfl*”; ergenlik çağına gelmemiş çocuk manasında kullanılmıştır. Bu çocuk mümeyyiz ya da gayr-ı mümeyyiz olabildiği gibi erkek ya da kız çocuğu da olabilir. Yani; bir çocuğa başka birisi bir şey hibe ettiğinde bu hibe geçerlidir ve çocuğun velisi veya eğiticisi gibi onu temsile yetkili ve terbiyesiyle ilgilenen kişiler tarafından hibe edilen mal kabzedildiğinde tamamlanmış olur. Veli küçük hakkında satım ve kiralama gibi akitler yapabildiğinden; küçüğün tamamen menfaatine olan hibe akdini yapmasında İslam hukukuna göre bir engel yoktur.

Madde metnindeki “*bir şey*” lafzından, hibe edilen malın aslında küçüğe faydalı olan bir mal olması gerektiği manası zımnen çıkarılabilir. Zira “*Raiyye yani tebaa üzerine tasarruf maslahata menuttur (dayanır).*”²⁸² Küçük, velisine tabi olduğuna göre; veli hibeyi kabul tasarrufunda bulunduğunda bu malın küçüğe faydalı olup olmadığını takdir ederek; eğer faydalı olacaksa hibeyi kabul ve malı kabzetmelidir. Örneğin; çocuğa bulaşıcı ve tehlikeli bir hastalığa yakalanmış bir hayvan hibe edildiğinde bunu çocuk adına kabulü hibe akdi hükümleri çerçevesinde uygun değildir.

280 Abdulkadir ŞENER; 1984, s.93-94

281 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.301, Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.30; Mustafa Fevzi Efendi; 1326; s.56

282 MECELLE; md.58

Mecelle'nin 852. maddesinde yer alan, “*kabz*” lafzı ile de hibe edilen şeyin küçüğün velisi ya da mürebbisi tarafından alınması gerektiği belirtilmiştir. Bazı durumlarda hibe edilen mal zaten velinin kabzında olabilir. Örneğin bir iş aleti çocuğun velisine kullanım amacıyla verilmiş olabilir. Bu durumda malı hibeden evvel kabzetmiş olan veli yahut mürebbi hibeyi kabul ettiğini söylediğinde kabz şartı da gerçekleştiğinden hibe tamamlanmış olur. Zira Mecelle'nin 846.maddesine göre bir kimsenin elinde olan malını vahib o kişiye hibe ettiğinde mevhubün leh “Kabul ettim.” dediğinde hibe tamamlanmış olup teslim ve kabza ihtiyaç yoktur.

“*Veli*” kavramıyla kastedilen İslam hukukunda belirli kişiler olup bunlar; küçük için baba, babanın vasisi, dedenin vasisi, ced (dede ve onun babaları), ceddin vasisi, ceddin vasisinin vasisi, hâkim, hâkimin vasisi, hâkimin vasisinin vasisidir.²⁸³ Velayette tertip sırası buna göredir. Önceki veli varken sonrakine velayet yetkisi verilemez. Örneğin bir çocuğun babası mevcutken (gaip veya ölmüş değilken) dedesine velayet yetkisi verilemez.

Mürebbinin kabzıyla da hibenin tamam olması hüküm altına alınmıştır. Çünkü çocuğun bakım ve gözetimi ile görevli olan mürebbi, çocuğun giyim, kuşam ve beslenmesi ile alakalı harcamalar yaparken, onun menfaatine olan bu tür işlemleri de kabule yetkili olmalıdır. Madde metninde “*velisinin veya mürebbisinin*” lafzının herhangi bir kayda bağlanmamasından hareketle, velisi mevcutken çocuğun mürebbisinin yine kabza yetkili olduğu sonucu çıkarılabilir. Çünkü “*Nassan (hükümde açıkça) yahut delaleten (işaretle) takyid delili bulunmadığından, mutlak itlakı (kayıtsızlık) üzere cari(geçerli) olur.*”²⁸⁴ Yine bu lafızdan çocuğun velisi veya

283 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.90; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e; s.51

284 MECELLE; md.64

mürebbisinden başkası malı kabzederse hibenin tamam olmayacağı neticesine varmak mümkündür.

Bu durumda küçüğün tamamen faydasına olan bir hukuki tasarruf söz konusu olduğundan kendisinin fiil ehliyeti tam olmasa da kanuna göre hibeyi kabulde bu yeterli görülmüştür. Yalnız bu hibenin ivazsız olması gerekir. Küçüğün malından ivaz verilerek yapılan hibe yine geçerli olmaz. Çünkü bu hükmün konuluş amacı zayıf ve tecrübesiz olan küçüğü korumaktır. Malından ivazın verilmesi onun zararına olan bir işlem olduğundan bu gibi bir hibe akdi geçerli sayılamaz.

Mecelle'nin 859/2 hükmünde yer alan “*sağır*” kavramı, anlam itibariyle anne karnındaki cenini kapsamaz. Nitekim bir kişi zevcesinin karnındaki cenine bir mal hibe etse bu hibe sahih olmaz. Çünkü cenin henüz doğup hukuki anlamda kişilik ve fiil ehliyeti kazanmamıştır. Cansız varlıklara hibede bulunmak da Mecelle kapsamında mümkün değildir. Örneğin bir eve ya da ölmüş bir kişiye hibede bulunulamaz.

Mecelle'nin 853.maddesine göre; “*Sabi-i mümeyyize (temyiz çağındaki çocuk) bir şey hibe olundukta velisi olsa bile kendisinin kabzı ile hibe tamam olur.*”²⁸⁵ Yani temyiz kudretine sahip olan bir çocuğa bir şey hibe edildiğinde bu çocuğun velisi bulunsa dahi kendi kabzı ile bağışlama tamamlanır. Bu şekilde mümeyyiz küçüğe yapılan hibelerde velisinin kabzı ve küçüğün kabzı olmak üzere iki kabz şekli ortaya çıkar.

Esasen ehliyeti sınırlı olan mümeyyiz küçüğün bu hibeyi kabul ve kabzının geçerli olması, hibenin çocuğa tamamen faydalı bir hukuki işlem olmasındandır. Temyiz, doğruyu yanlıştan ayırabilme becerisidir.²⁸⁶ Bu beceri yalnız başına kişiye tam ehliyet sağlamazken, mümeyyiz olan küçük bu kabiliyeti sayesinde hibeyi kendisi

285 Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.31; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.58

286 Kubbealtı Lugatı, Temyiz md.

kabzettiğinde hibe tamamlanmış olmaktadır. Yani bu özel durumda küçüğün akli melekelerine itibar istisna olarak kabul edilmiş denilebilir. Nitekim Mecelle'nin 852.madde hükmü gereğince mümeyyiz olmayan küçüğe yapılan hibe kendisinin kabzıyla tamam olmaz.

Ayrıca maddenin mefhum-u muhalifinden (aksi ile kanıtından) çocuğun kabul ve kabzı olmadığında yani reddettiğinde bunun da geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. Çünkü kabul ettiğinde malvarlığına bir fazlalık dâhil olmakla beraber; hibeyi reddettiğinde malvarlığında bir azalma meydana gelmemektedir. Dolayısıyla anılan hüküm gereğince hibeyi kabul ve kabza yetkili olan mümeyyiz küçük, hibeyi redde de yetkili olmaktadır. Mümeyyiz küçüğe yapılan hibeden rücu Mecelle'ye göre mümkündür. Zira mevhubün lehin ehliyetinin eksik olması rücu engellerinden değildir.

2. Vahib/Bağışlayan (Mecelle, md.833/1)

Kendi malvarlığından bir malı başka bir kişiye karşılıksız veren kişidir. Yukarıda değinildiği üzere vahibin hibeye ehil olması yani hür, akil ve baliğ olması gerekir.²⁸⁷ Vahib tam ehliyetli olmalı, hibeyi rızasıyla yapmalı²⁸⁸ ve iradesi fesada uğratılmamalıdır.²⁸⁹

3. Mevhubün Leh/ Bağışlanan (Mecelle, md.833/1)

Kendisine mal veya menfaat bağışlanan kişidir. Yukarıda geçtiği gibi, hibe bağışlanan için kazandırıcı bir işlem olduğundan; vahib için aranan şartlar aranmaz,

287 MECELLE; md.859, FETAVA-YI HİNDİYYE; s.235; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.159; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.77

288 MECELLE; 860/1; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.78

289 MECELLE; 860/2; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236

yalnız hür olması gerekir. Zira İslam Hukukunda mükatep denilen efendisiyle hürriyet anlaşması imzalamış köleler hariç kölelerin mülkiyet hakkı yoktur.²⁹⁰

4. Tarafların Rızası

Genel Olarak

Mecelle md.860'a göre, "*Hibede vahibin rızası lazımdır ve cebr (zor kullanma) ve ikrah (tehdit) ile vaki olan hibe sahih (geçerli) değildir.*"²⁹¹ Yani hibede vahibin rızası gerekir, zor kullanma veya korkutma ile yapılan hibe akdi geçerli değildir. Ancak iradesi fesada uğratılmış kişi tarafından cebir ve korkutmanın etkisi geçtikten sonra izin verilirse geçerli olur. İkrah, birisini korkutarak rızası olmadığı halde bir şeyi yapma veya yapmamaya zorlamaktır.²⁹²

Bir zorlamanın İslam hukukuna göre "*ikrah*" olabilmesi için şu şartları taşımalıdır:

-Zorlayan, korkuttuğu şeyi yerine getirmeye muktedir olmalıdır.

-Zorlanan kişi, tasarrufu korkutucu hareketten korkarak yapmış olmalıdır.

-Zorlama, ciddi olmalıdır. Yani zorlananın canına, ırzına, malına veya akrabalarından birine zarar verme niteliğinde olmalıdır.

-Zorlama haksız yere olmalıdır.²⁹³

Örneğin kişi zevcesini döverek kendisine mehrini bağışlamaya zorlasa, zevcesi de bunu kocasına bağışlasa bu hibe geçerli olmaz. Bu durum, hibe akdinin temeli ve

290 Mehmet Akif AYDIN; 2017, s.221

291 Rızayı akdin sıhhat (geçerlilik) şartı kabul eden Hanefilere göre bu hibe fasittir, rızayı akdin in'ikad (kuruluş) şartı kabul eden diğer mezheplere göre ise batıldır. Bkz. Orhan ÇEKER; 2006, s.40

292 Zorlanan kimseye "*mükreh*", zorlanan işe "*mükrehün aleyh*", kendisiyle korkutulan şeye "*mükrehün bih*", zorlayan kimseye de "*mücbir*" veya "*mükrih*" denir. Bkz. Orhan ÇEKER; a.g.e, s.38; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.159

293 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.160

yapılış amacıyla yakından ilgilidir. Teberru yani başka bir insana bir iyilik etmek amacıyla yapılan hibe akdi rıza dışı bir yolla yapılamaz. Bu hem akit hürriyetine hem de hibe akdinin mantığına uygun düşmez.

Cebir ve ikrah ile yapılan bir hibe Hanefi mezhebine göre fasit²⁹⁴ yani eksik bir akittir. Hanefilere göre ikrah, akdi fasit kıldığından bu hibe fesat yaptırımına tabidir.²⁹⁵ Bu durumda mevhubün leh, bağışlanan mala fasit (eksik) mülkiyet ile malik olur. Bu durumda ikrah kalkmazsa fasit mülkiyet devam eder. Çünkü ikrah rıza unsurunu bozmaktadır. Unsurun vasfında bir eksiklik meydana geldiği için akit fasit bir akit olur. Eğer ikrah kalkarsa rıza dışı malı hibe eden vahibin icazet vermesiyle hibe geçerli hale gelir. Hibe ikrah yapılan kısımda geçerli değildir ancak, ikrah olmayan kısımda geçerlidir. Örneğin bir kişi bölünemeyen bir malı kendisini zorlayan ya da tehdit eden birine ve başka birine hibe etse, iradesiyle hibe ettiği diğer kişi için hibe akdi geçerlidir.²⁹⁶

Rızayla ilgili başka bir özellik de hibe akdinde mevhubun miktarını tayindir. Örneğin bir kişi rızasıyla bir kişiye 50 lira vermek istese, “50 lira bağışlıyorum.” deyip aslında 100 lira vermişse, rızası dışında elinden çıkan 50 lirayı mevhubün lehten alabilir. Ancak niyeti 50 lira hibe etmek olduğu halde 100 lira hibe ederken “Bunu sana bağışlıyorum.” derse bu durumda parasını istirdat etme imkânı yoktur.²⁹⁷

294 Fasit akit İslam hukukunda yalnızca Hanefi mezhebine has bir akit türüdür. Akdin kurucu unsurlarının tamam olmasına rağmen, unsurların niteliğindeki eksiklik durumunda gündeme gelir. Bkz. Orhan ÇEKER; 2006, s.99 vd.

295 Musa PAKIR; İslâm Hukûku’nda Akidlerin Fesâd ve Butlânı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2018, s.29 vd.

296 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.158

297 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.159

Ayrıca içki ve uyuşturucu gibi akli geçici olarak zaafa uğratan maddeler etkisindeki kişi de İslam hukukuna göre hükmen akıllı kabul edilir ve bu kişinin hibesi geçerli kabul edilir.²⁹⁸

a. İcab (Mecelle, md.838)

Her akitte akdin kuruluşunu sağlayan birbirine uygun iki irade beyanı mevcuttur. Bu irade beyanı sözle veya başka şekilde dışa vurulabilir. İcab, teamülde sözle yapılan ve rızayı ifade eden irade beyanlarından ilk olarak söylenendir.²⁹⁹ Mecelle'ye göre hibe akdinde akit önerisi “bağışladım”, “hibe ettim” veya “hediye eyledim” şeklinde karşılıksız olarak bir malı başkasının mülkiyetine geçirmek anlamında kullanılan sözlerle yapılabilir.³⁰⁰ Aynı maddede hibe akdinde bağışlama önerisinin açıkça ve tek başına bağışlama anlamına gelmeyen ancak günlük dilde bağışlama anlamı çıkarılabilen sözlerle de yapılabileceğine örnek verilmektedir.³⁰¹

Hibe icabında bulunan, hibe etmek istediği kişinin kabulünden önce ikinci bir icapta bulunursa ilk icabı hükümsüz kalır. Çünkü bu durumda icapta bulunan ilk icabından vazgeçmiş olur.

Buna göre “gibi” lafzıyla maddede sayılan sözlerin örnekleme olduğu, sınırlayıcı bir kaydın olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sözler esasen iki türlü olabilir. İlk kısım kendisiyle hibe açıkça belli olan sözlerdir. “Şu malı sana hibe ettim.” gibi. İkinci kısım kendisiyle hibe örfen ya da kinaye olarak akdedilen sözlerdir. Örneğin, Türkçe’de

298 Ali Haydar EFENDİ, a.g.e, s.152, Orhan ÇEKER; 2006, s.35

299 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.49; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.75

300 Mecelle’nin ilgili maddesi aynen şöyledir: “Hibede icab, “Bağışladım.” ve “Hibe ettim.” ve “İhda (hediye) eyledim.” gibi meccanen (karşılıksız) bir malı temlik manasında müsta’mel olan (kullanılan) sözlerdir.” MECELLE; md.838/1; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.16; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.238; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.155

301 İlgili madde şu şekildedir: “Zevcin (kocanın) zevcesine (karısına) bir çift küpe yahut huliyyatdan (süs eşyalarından) diğer bir nesne verip de “Al takın.” demesi gibi meccanen temlike delalet eden ta’birler dahi hibeyi icabdır.” MECELLE; md.838; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e; s.18

kullanılan “*Caba ettim.*” cümlesi hibe etmek anlamına gelir.³⁰² Ayrıca bir kişi birine “Şu mal senin olsun ister isen.” der, o kişi de kabul ederse hibe akdi kurulmuş olur.³⁰³

“*Manasında*” ve “*meccanen temlike delalet eden*” ibarelerinden de bir kişinin birine verdiği her şeyin hibe olmadığı anlaşılır. Örneğin; bir kişi kardeşine “Şu tarlada tasarruf et.” dese; o da tasarruf etse bu hibe olmaz. Yine bir kişi birine “Al şu parayı ihtiyacına sarf et.” dese bu karz (tüketim ödüntü) akdine örnektir, hibe olmaz.³⁰⁴

Tarifte “*sözlerdir*” lafzı icaba yönelik kullanılmıştır, yoksa hibe akdi yalnızca sözler kullanılarak akdedilmez.³⁰⁵ Örneğin dilsizler işaret dili ile bu akdi yapabilirler.³⁰⁶ İcap ve kabul hiç telaffuz edilmese de karşılıklı malı verme ve alma fiilleriyle hibe akdi kurulabilir.³⁰⁷ Mecelle’nin 839. maddesine göre, “*Teati (vahibin malı vermesi mevhubun lehin de alması) ile de hibe akdedilmiş olur.*”³⁰⁸ Teati hibede esasen iki şekilde olabilir; bir mecliste teslim ve kabz yapılabilir ya da bir meclisten mal gönderilir başka bir mecliste kabz yapılır. Bununla ilgili olarak da 840.maddede irsal (gönderme) ve kabz ile bunların icap ve kabul yerine geçerek bu şekilde hibenin akdedilmiş olacağı hükme bağlanmaktadır.³⁰⁹

302 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.32

303 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.240

304 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.491; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.241

305 Bkz. Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.33

306 MECELLE; md.70

307 İBN ABİDİN; a.g.e, s.488

308 MECELLE; md.839; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.19; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.80

309 MECELLE; md.840; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e; s.20

b. Kabul (Mecelle, md.841)

Hibe akdinde kabul, sözle³¹⁰ ve fiille olmak üzere iki şekilde olur. Sözle kabul, malum olduğu üzere, “*Kabul ettim.*” ya da “*İttihab eyledim.*” gibi sözlerle olur. Bunun dışında, fiili kabul ile de akit kurulabilir. Herhangi bir söz söylemeden yalnızca mevhub kabz edilerek yapılan kabul de fiille yapılan kabuldür. Bu kabul şekli de hukuken geçerlidir, zira “*Hibede kabz bey’de kabul gibidir.*”³¹¹ Mecelle’nin 841. maddesinde, söz sarfetmeden mevhubun kabzedilmesi için “*kabul gibidir.*” ifadesinin kullanılarak, doğrudan “*kabuldür.*” kelimesinin kullanılmadığı dikkat çekmektedir. Bunun sebebi kabul ve kabzın satım akdi ile hibede hükümlerinin farklı olmasıdır. Nitekim satım akdinde meclis dışında kabul olursa akit geçerli olmazken, hibe akdinde yukarıda izah edildiği üzere bazı durumlarda meclis dışında kabz ile akit geçerli olarak kurulmuş olur.³¹²

Mecelle’ye göre; “*Vahibin icabı mesela şu malı sana hibe ettim, demesi üzerine mevhubün leh, kabul ettim yahut ittihab eyledim, demeksizin meclis-i hibede ol malı kabz etse hibe tamam olur.*”³¹³ Yani vahib malını hibe etme teklifinde bulunduğu mevhubün leh açıkça kabul etmeden malı hibe meclisinde alırsa bu hibe tamamlanmış olur. Burada Mecelle’nin hibe akdinde mevhubün lehin örtülü kabulünü de geçerli saydığını görmekteyiz. Çünkü mevhubun lehin o mecliste mevhubu kabzı hibenin varlığına delildir. Ancak bu durumda kabzın icabın yapıldığı mecliste gerçekleşmesi şarttır.

310 MECELLE; md.839

311 MECELLE; md.841/1; İBN ABİDİN; a.g.e, s.492; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.247

312 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.41

313 MECELLE; md.841/2; İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.492; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.247

Ayrıca madde metninde geçen “mal” lafzından, fiili kabz durumunun yalnız bir malın hibesinde geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Mevhub borç olursa, vahibin açıkça kabza izni olmadıkça mevhubün leh onu kabzedemez.³¹⁴ Sözle kabul ve fiille kabul arasında şu fark vardır: sözle kabulde akit kurulmuş ancak tamamlanmamıştır; ancak fiille kabulde akit hem kurulmuş hem de tamamlanmıştır. Bu şekliyle fiilen kabulün mülkiyet hakkını ispat bakımından sözle kabule göre daha güçlü olduğu söylenebilir.

c. Kabz/ Teslim

Kabz; malı gerçekten almak, alıp götürmek veya yerinden ayırmak anlamına gelir.³¹⁵ Mecelle’ye göre hibe kabz ile yani malın mevhubün lehe teslimiyle hüküm ifade eder. Kabz edilmeden vahibin öldüğü bir hibe batıl olur.³¹⁶

Mecelle’nin 842.maddesine göre “*kabzda vahibin sarahaten (açıkça) yahud delaleten (işaret veya alamet olarak) izni lazımdır.*”³¹⁷ Vahibin izni olmaksızın vaki olan kabz muteber değildir. Yukarıda zikrolunduğu üzere vahibin izni sarahaten (açıkça) ya da delaleten olabilir. Mecelle’ye göre; “*Vahibin icabı kabza delaleten izindir.*”³¹⁸ Bu izin, “Şu malı sana hibe ettim.” denildiğinde bunun arkasından vahibin “Kabzet.” veya “Al.” dememesi ancak mevhubun lehin malı kabzetmesi halinde var olduğu kabul edilen izindir.

Açıkça izin ise mevhubun hibe meclisinde hazır olup olmamasına göre farklı cümlelerle verilebilir. Mecelle’nin konuyla ilgili hükmü aynen şöyledir: “*Amma*

314 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.50

315 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.247

316 Bu konuda Mecelle’den sonra verilmiş bir fetva şöyledir: “Zeyd, “Sıhhatimde malik olduğum cemi’-i eşyam Amr’ındır.” dedikten sonra teslim ve kabzda bulunmadan fevt (ölmüş) olsa hibe-i mezbure (söz konusu hibe) batıl olur mu? El-Cevab: Olur.”(Ramazan, H.1332) Bkz.İsmail CEBECİ; Ceride-i İlmiye Fetvaları; Klasik Yayınları, İstanbul, 2009, s.63

317 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.492; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.167

318 MECELLE; md.843; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.19

sarahaten izni mevhub eğer meclis-i hibede hazır ise, bu malı sana hibe ettim, al, demek ve eğer ğaib ani'l-meclis ise, filan malı sana hibe de ettim, var al, demek gibi emr-i sarihtir.³¹⁹ Ancak izinden sonra ve kabzdan önce vahib mevhubun lehi kabzdan neyhederse ilk verdiği iznin hükmü kalmaz ve mevhubün leh malı kabzedemez.³²⁰

Mecelle'ye göre; "Vahib sarahaten kabza izin verdikte, mevhubün lehin onu gerek meclis-i hibede ve gerek ba'del iftirak kabzı sahihtir. Amma delaleten kabza izni meclis-i hibe ile takayyüd edip ba'de'l iftirak kabzı muteber olmaz."³²¹ Yine, Mecelle'ye göre; "Şu malı sana hibe ettim, deyip de mevhubun leh dahi onu ol meclisde kabzediverse sahih olur. Amma meclis-i hibeden ayrıldıktan sonra kabzetse sahih olmaz."³²² Bu maddeler uyarınca, vahib mevhubun teslim alınmasına açıkça izin verdiğinde mevhubün lehin onu hibe meclisinde veya meclisten ayrıldıktan sonra teslim alması geçerlidir. Çünkü bu halde bağışlayan mutlak bir şekilde teslime rıza göstermektedir.³²³ Ancak işaretle teslim almasına izin verdiğinde bu izin hibe meclisiyle sınırı olup ayrıldıktan sonra kabzı geçerli olmaz. Hatta bu durumda mevhubun leh vahibin malını gasp etmiş olur.³²⁴

"Kezalik (aynı şekilde) vahib filan mahaldeki malımı sana hibe ettim, deyip de var al, dememiş olsa, mevhubün lehin gidip de onu kabzetmesi sahih olmaz."³²⁵ Bu durumda da vahibin kabza izin vermemesi halinde hibe meclisi dışında bir malı

319 MECELLE; md.843; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.167

320 MECELLE; md.863; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246

321 MECELLE; md.844/1; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.245; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.20, Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.167

322 MECELLE; md.844/2; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.492; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.20

323245 Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.17

324 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.51

325 MECELLE; md.844/3; İBN ABİDİN; a.g.e, s.492

mevhubün lehin kabzetmesi durumunda bu geçerli bir kabz değildir. Mevhubün leh malı vahibe iade külfeti altına girer.³²⁶

Mecelle'nin 845. maddesinde, “*Müşteri mebi'i (satılan malı) bayi'den (satıcıdan) kabl'el-kabz (kabzdan önce) ahara (başkasına) hibe edebilir.*”³²⁷ hükmü yer alır. Buradaki hibe örneğinde aslında iki akit ve üç taraf söz konusudur. İlki satım akdi, ikincisi ise hibe akdidir. Satım akdinin alıcısı hibe akdinin vahibidir. İşbu satım akdinin alıcısı, kendisi malı kabzetmeden önce bu malı bir başkasına hibe edebilir. Yukarıda izah olunduğu şekliyle burada da mevhubun leh satılan malı kabz ettiğinde hibe tamamlanmış olur. Söz konusu malın menkul ya da akar vasfında olması hükmü değiştirmez.³²⁸

Madde metninde “*kabl'el-kabz*” ibaresi kullanıldığından, kabzdan sonra satın alınan malın başkasına hibesinin evleviyetle geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. “Ahar” ifadesi ihtirazi bir kayıt anlamı taşımaktadır. Yani vahib satın aldığı malı satıcı dışındaki herkese hibe edebilir. Bu durumda hibe hükümleri geçerli olur. Yalnız vahib satın aldığı malı satıcıya hibe ederse burada satım akdinin ikalesi (pazarlığın bozulması) söz konusu olur. Çünkü Mecelle'ye göre, “*Akitlerde itibar makasid (maksatlar) ve maaniyedir (anlamıdır), elfaz (lafızlar) ve mebaniye (söz yapısına) değildir.*”³²⁹

Diğer yandan, Mecelle'nin 850.maddesinde özel bir durum yer alır. Bu maddeye göre; “*Bir kimse kebir (yaşça küçük olmayan) ya'ni akil ve baliğ(büluğ çağına ermiş) olan oğluna bir şey hibe ettikde teslim ve kabzı lazımdır.*”³³⁰ Büyük evlada hibe yabancı

326 Delaleten izin ancak hibe konusu şeyin bir ayn olması halinde geçerlidir. Yoksa deyn(borç) hibesinde açıkça izin lazımdır, aksi takdirde hibe tamam olmaz. Bkz. Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.21

327 MECELLE; md.845

328 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.51; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.21

329 MECELLE; md.3

330 MECELLE; md.850

birine yapılan bir hibe gibi teslim ve kabzı gerektirir. Maddede genel bir ifade kullanıldığından bu evladın (oğul ya da kız farketmeksizin) babayla aynı evde yaşaması halinde de aynı durum geçerlidir. Örneğin bir baba biri küçük biri büyük iki oğluna bir ev bağışlasa bu hibe akdi eksik olur. Çünkü her ne kadar küçüğe yapılan hibede kendisi babası ve velisi sıfatıyla kabzeden olabilirse de büyüğe yapılan hibede kabz ve teslim şarttır. Bu hibe akdinde sahiplerince ortaklaşa kullanılan şey hibe edildiğinden akit eksik olur. Ancak iki büyük oğluna hibe etse geçerli olur, çünkü kabz vaktinde ortaklık yoktur.³³¹

Mecelle'nin 851.madde hükmüne göre, *“Sağirin (küçüğün) vasisi yahut mürebbisi ya'ni hicr ve terbiyesinde bulunduğu kimse gerek yedinde bulunan ve gerek diğerinin nezdinde vedia olan malını ol sağire hibe ettikde mücerred (yalnız) icab ile yani yalnız, hibe ettim, demesi ile ol sağir ana malik olup kabza muhtaç değildir.”* Yani küçüğün vasisi, mürebbisi veya eğitim ve terbiyesiyle vazifeli olan kişi kendi elindeki malını ya da başka birinde emanet olarak duran malını o küçüğe hibe ettiğinde *“Hibe ettim.”* şeklindeki icabı ile hibe tamamlanmış, mal küçük çocuğun mülkiyetine geçmiş olur. Zira yukarıda anılan kişiler küçüğün kanuni temsilcileri olduğundan küçük adına yapılan bağışları kabul etme yetkileri mevcuttur. Bu bakımdan bağışı almaya tek yetkili olan yasal temsilci temsil ettiği çocuğa bir hibede bulunduğu bu mal için ayrıca kabz şartı aranmaz.³³²

Kabzdan önce hibenin hükmü mevcut değildir.³³³ Mevhubün leh hibe edilen malda kabzdan önce tasarruf edemez. Ali Haydar Efendi'ye göre de; hibenin

331 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.76

332 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.169

333 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.246; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.171. Bu konuda bir hadis şöyledir: *“Kabz olmadan hibe caiz olmaz.”* Caiz olmaz sözüyle malın mülkiyeti geçmez anlamı kastedilmektedir. Bkz. SERAHSİ, 2008, c.12, s.85

yapıldığıнын vahib tarafından ikrarı, kabzın yapıldığına delil olmaz. Kabz için ayrıca vahibin ikrarı gerekir.³³⁴

Kabzdan önce mülkiyetin mevhubün lehe geçmemesinin bazı sonuçları vardır. Örneğin; kabzdan önce mevhubün leh ölürse hibe akdi hükümsüz olur.³³⁵ Yine bir kişi bir malı birine hibe ettikten sonra mevhubün leh malı kabzetmeden önce vahib o malı başka bir şahsa emaneten bıraksa; o şahıs da mevhubün lehe hibe akdine istinaden malı teslim etse, vahib dilerse o malın bedelini o kişiye tazmin ettirebilir.³³⁶ Özel bir durum da vekâlet durumunda söz konusudur. Hibeye vekâlette, vekilin yetkisi malın mevhubun lehe teslimini de içerir. Vahib vekile karşı vekilin teslime yetkili olmadığını öne süremez.³³⁷

Kabz, tam kabz ve eksik kabz olarak ikiye ayrılır. Şöyle ki; bağış konusu (mevhub) bir ev ise anahtarlarının teslimi tam kabzdır. Tam kabz kendi içinde, hakiki kabz ve hükmi kabz olarak sınıflandırılır. Hakiki kabz, mevhubun lehin bağışlanan malı alıp götürmesidir. Hükmi kabza ise kişinin malı gerçek anlamda kabz etmediği halde hibe meclisinde vahibin icabına karşı “Kabz eyledim.” demesi örnek verilebilir.³³⁸

Nakıs (eksik) kabz ise bölünebilen bir malı hibe etmek ancak bölüşülmeden yapılan kabzdır. Nakıs kabz hibenin tamamlanması için yeterli değildir.³³⁹ Taksimi kabil bir mal hibe olduğunda mevhub olan hisseyi ifraz ve taksimle asaleten mevhubün

334 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.23

335 Bkz. MECELLE; md.849

336 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.26

337 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.27; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.337

338 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.29

339 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.28

lehe teslim etmek gerekir.³⁴⁰ Yoksa bağışlanan hisse ile bağışlanmayan hisse beraber teslim edilirse hibe tamam olmaz.

Mecelle'ye göre, vahib icapta bulunduktan sonra mevhubun kabzı için üç ihtimal vardır:

1.ihtimal; vahibin açıkça mevhubun kabzına izin vermesidir. Bu da iki surette olabilir, ilk olarak mevhubün lehin vahibin icabını meclis-i icapta (icabın yapıldığı yer) sözle kabul etmesidir. İkinci olarak ise mevhubün lehin icaba karşılık susmasıdır. Bu durumda mevhubün lehin icabı başka bir mecliste kabul edip edemeyeceği İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır.³⁴¹

2.ihtimal; vahibin mevhubun kabzına açıkça izin vermeyip susmasıdır. Bu durumda mevhubun leh o mecliste mevhubu kabz ederse akit sahihtir, ancak başka mecliste kabul ederse sahih değildir.³⁴²

3.ihtimal; vahibin mevhubun lehi bağışlama konusu şeyi almaktan yasaklamasıdır. Bunun hükmü de Mecelle'nin 863. maddesine göre rücudur.³⁴³ Dolayısıyla bu durumda rücu nedeniyle sona erme hükümleri uygulanır.

d. Siyga (Kip)

Akdin siygası akdi yapanların içlerindeki iradenin akit yapmaya yöneldiğini gösteren ve akdin taraflarından sadır olan söz kalıbıdır.³⁴⁴ İslam hukukunda farklı icap

340 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.28

341 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.43; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.25; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.168

342 MECELLE; md.845; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.17

343 MECELLE; md.863: "Vahibin ba'del icab, mevhubün lehi kabzdan neyh etmesi rücudur." şeklindedir. Ayrıca bkz. Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.18

344 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.76

ve kabul siygaları vardır. Önemli olan siyganın bir tasarrufu gerçekleştirebilmesidir. Zira akitler ancak istek ifade eden cümlelerle yapılabilir.³⁴⁵

İslam hukukunda akitler en çok Arapça'da mazi siygası olarak bilinen geçmiş zaman ifade eden sözlerle yapılır.³⁴⁶ Yani “Verdim.”, “Hibe ettim.” gibi geçmiş zaman ifade eden kalıplar kullanılır. Her ne kadar belagat (güzel ve doğru konuşma ilmi) açısından bakıldığında bu cümleler tek başına haber ifade etse de, akit yapılırken kişi bu sözler ile geçmişte yaşadığı bir olayı haber vermeyi değil, akit yapmayı istemektedir. İstek ifade ettiği için de kalıp itibariyle haber cümlesi olan cümle inşai sayılmaktadır.³⁴⁷

Mecelle'ye göre “*Hibe-yi muzafe (gelecek bir andan itibaren hibe) sahih (geçerli) değildir.*”³⁴⁸ Örneğin, vahib “*Gelecek aybaşından itibaren sana şu malı hibe ettim.*” dese akid sahih olmaz.³⁴⁹ Bu da İslam Hukuku'nda mülkiyet geçirici akitlerin izafesinin sahih olmaması ile ilgilidir.³⁵⁰ Her ne kadar Mecelle'de akit düzenlenirken örnekler “geçmiş zaman kipiyle” verilmişse³⁵¹ de hibe akdinin bu kiple yapılma zorunluluğu yoktur. Emir kipiyle yani “Var al.”, “Al takın.” gibi sözlerle mevhubün lehin kabulü şartıyla hibe akdi kurulabildiği gibi,³⁵² isim cümlesiyle örneğin “Ben sana bu malı hibe etmekteyim.” sözıyla de akit kurulabilir.³⁵³ Ancak “gelecek zaman kipiyle” akdin kurulamayacağında İslam hukukçularının ittifakı vardır.³⁵⁴ Zira icap ve

345 Orhan ÇEKER; 2006, s.51

346 Orhan ÇEKER; 2006, s.51; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.78

347 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.52; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.78

348 MECELLE; md.854/1

349 MECELLE; md.854/2

350 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.43

351 Bkz. MECELLE; md.838/1, 841, 843, 844/2, 844/3, 851, 858

352 Bkz. MECELLE; md.838/2

353 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.78

354 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.79

kabulden sonra temlik şartı gerektiği için de gelecek zaman için hibe akdi geçerli olamaz.

5. Şekil (Mecelle, md.837)

Hanefiler'in genel kabulüne uygun olarak Mecelle'de de hibe akdi için bir şekil şartı öngörülmemiştir.³⁵⁵ Ancak şekil yerine geçen bazı işlemler vardır. Bunlar, teslim ve kabzdır. Kabz işlemi, bağış konusu malı almak veya tahliye etmek yoluyla iki şekilde gerçekleşebilir. Almak, bağışlanan malın bağışlanan tarafından alınmasıyla; tahliye ise bağışlayan tarafından taşınmaz bir malın boşaltılması veya konutun anahtarının bağış yapılamasına teslimi şeklinde olabilir.³⁵⁶

Yine yukarıda aktarıldığı üzere Mecelle'nin "*Hibe icap ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur.*"³⁵⁷ şeklindeki hükmünden belli bir şekil şartının öngörülmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hükmen teslim veya havale suretiyle yapılan hibeler de geçerlidir.³⁵⁸

6. Mevhub (Bağışlanan Şey)

Hibe akdinde mevhub mal akdin mahalli yani konusudur.³⁵⁹ İslam Hukukunda akdin konusunun şartları genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

1. Hibe konusu şey, akdin hükmünün uygulanmasına müsait olmalıdır.

Örneğin, mal dinen temiz ve kendisinden istifade edilebilir durumda olmalıdır.

2. Hibe konusu şey, mevcut olmalıdır.

355 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.77

356 Abdülkadir ŞENER, 1984, s.40

357 Bu maddenin uygulanmasıyla ilgili Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi'nin 17 Nisan 1326 (1910) tarihli ilamında mevhub malın teslim edilip edilmediğinin hibe akdinin tamam olmasında etkili olacağı hükmü bulunmaktadır. Bkz. Mecelle md.837, Abdülkadir ŞENER; a.g.e, s.42

358 MECELLE; md.846, 847, 848

359 Orhan ÇEKER; 2006, s.69

3. Hibe konusu şey, teslim edilebilir olmalıdır.

4. Hibe konusu şey, bilinebilir olmalıdır.³⁶⁰ Şimdi, bu şartları sırasıyla inceleyelim:

a. Mevhub Hibe Vaktinde Mevcut Olmalıdır

Mecelle'nin 856.maddesine göre “*mevhub hibe vaktinde mevcut olmalıdır.*”³⁶¹ Bu hibenin sıhhat şartıdır.³⁶² Zira İslam Hukuku'nda mevcut olmayan bir şeyin mülkiyeti kazanılamayacağından, onun akit yoluyla temlik de muhal olması nedeniyle mevcut olmayan şeyin hibesi batıldır.³⁶³ Hatta bu mevcut olmayan şey sonradan vücut bulduğunda akde icazet verilse bile “*Bir şey batıl olduğunda onun zımnındaki şey dahi batıl olur.*”³⁶⁴ kuralı gereğince akdin butlanı kesinlik kazandığından akde geçerlilik kazandırılmaz.

Mecelle'de, bu konu ile ilgili örnekler yer almaktadır. Mecelle'nin 856/2 maddesine göre, bir bağçenin henüz olmamış üzümünü veya dişi bir atın doğacak yavrusunu bağışlamak geçerli olmaz. Çünkü bu gibi ürün ve mallarda şüphe ve ihtimal vardır. Üzümler çürüyebilir, istenen kalitede olmayabilir. Doğacak hayvanın yavrusu sakat olabilir, hayvan ölü doğum yapabilir. Bu tarz şansa bağlı akitler İslam hukukunda caiz görülmez. Ancak olmayan şey vücuda geldikten sonra hibe akdi yenilenirse akit geçerli kabul edilir.³⁶⁵

360 Orhan ÇEKER; a.g.e, ss.70-72

361 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.153

362 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.119; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.38; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.78

363 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.119; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236, Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.159

364 MECELLE; md.52

365 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.120; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.159

b. Mevhub Mütakavvim Mal Olmalıdır

“Mütakavvim mal” ile “mal” Mecelle ve İslam hukuku açısından farklı kavramlardır. Mal, Mecelle’nin 126.maddesinde “*Tab’-ı insani (insan tabiatı) mail(meyletmiş) olup da vakt-i hacet (ihtiyaç zamanı) için iddihar(toplama, biriktirme) olunabilen şeydir ki menkule ve gayr-ı menkule şamil olur.*” şeklinde tanımlanırken; mütakavvim mal, Mecelle’nin 127.maddesine göre; iki manaya gelir. İlk manası yararlanması mübah yani dinen serbest olan şeydir. Bir malın mütakavvim olabilmesi için İslam hukukunun ondan yararlanmayı serbest bırakması gerekmektedir. İkinci manası ise elde tutulan mal demektir. Örneğin denizdeki balık o haliyle mütakavvim mal değilken avlanıp ihraz edildikten sonra mütakavvim mal haline gelir.

Hanefi mezhebine göre, bir nesnenin mal niteliği taşıması için insanların faydasını temin etme ve fiziken bir varlığının bulunması şartlarını sağlaması gerekir.³⁶⁶ Mütakavvim mal ise mal kavramından daha dar bir anlamı ifade eder. Mallardan yalnızca dinin kullanılmasına ve yararlanmasına müsaade ettiği malları kapsar. Örneğin domuz ve içki aslında birer mal iken bir Müslüman için domuz ve içki mütakavvim mal değildir. Zira bunlardan yararlanmak Kur’an ve Sünnet ile yasaklanmıştır. Dolayısıyla bir Müslüman için içki mütakavvim mal sayılmadığı için; mevhub içki olamaz. Ayrıca İslam Hukuku’nca mal olarak bile kabul edilmeyen insan ve leş gibi şeyler de mevhub olarak kabul edilmezler.³⁶⁷

366 Hasan HACAK; DİA, “Mal” md., Ankara, 2003, c.27, s.461

367 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.119; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.237; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.160

c. Mevhub Vahibin Mülkü Olmalıdır

Mevhub, vahibin mülkü olmalıdır. Vahib kendi mülkünde olmayan şeyi hibe edemez.³⁶⁸ Mevhubun vahibin malı olması gerekir, aksi halde geçerli bir hibe akdinden bahsedilemez. Zira Mecelle'ye göre de *“Bir kimsenin mülkünde anın (onun) izni olmaksızın âhar (başka) bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir.”*³⁶⁹ Böyle bir durumda mal maliki malın bedelini haksız olarak tasarruf eden vahibten alabilir.

d. Mevhub Kabzedilebilir Olmalıdır

Mevhub kabz edilebilir yani teslim alınabilir olmalıdır.³⁷⁰ Vahib hibede bulunduğu kabza imkân bulunmayan bir şeyi mevhubün lehe veremez. Dolayısıyla taksim edilebilen bir malın hibe edilen kısmının ayrılıp kabza uygun halde tutulması gerekir. Hibe akdinin yapılabilmesi için mevhubun kabzı şart değilse de akdin tamamlanması için kabz şarttır.³⁷¹ Zira Mecelle'nin 861.maddesine göre mevhubün leh, kabz ile mevhuba malik olur.

e. Mevhub Belirli veya Belirlenebilir Olmalıdır

Mevhubun ma'lum (bilinen) ve muayyen (belirli) olması lazımdır.³⁷² Zira bilinmeyen bir şeyin temliki geçerli değildir. Malın vahib tarafından bilinmesi yeterli olup mevhubün lehin bilmesine gerek yoktur. Örneğin; bir kişi bir maldaki hissesini birine hibe ettiğinde, vahibin maldaki mevcut hissesinin ne kadar olduğunu bilmesi yeterlidir, ayrıca mevhubün lehin bu hisse miktarını bilmesi şart değildir.³⁷³

368 MECELLE; md.96, 857/2; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.40; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.161

369 MECELLE; md.96

370 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.161

371 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.165

372 MECELLE; md.858/1; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.41; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.79

373 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.126

Mevhub bölünmesi mümkün bir malda ise bölünme yoluyla, ayrılabilir bir mahiyette ise ayrılarak belirlenebilir durumda olmalıdır.³⁷⁴ Bu malın başka mallarla karışmış olmaması gerekir. Hisseli malın hibesi mümkün olmakla birlikte bu malın kabz anında hisseli olmaması gerekir.³⁷⁵ Hisseli olan malda kabz tam olarak gerçekleşmediğinden hibe tamamlanmış olmadığı için mevhubün leh malik olamaz. Bölünebilir olan malda hissenin taksim edilerek mevhubün lehe verilmesi gerekir.³⁷⁶ Aksi halde hibe tamamlanmamış olur. Ancak bazı Hanefi hukukçuları bu mülkiyetin fasit olmasına rağmen, mevhubün lehin mevhubda yaptığı tasarrufu geçerli kabul etmişlerdir.³⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı izahat “muşain hibesi” başlığında verilecektir.

Mevhubun vahibin malı ile meşgul (birlikte) olmaması gerekir. Bu anlamda içinde eşya bulunan bir ev eşyası hariç olarak bağışlanamadığı gibi, hurma ağacı hurması saklı tutularak bağışlanamaz.³⁷⁸

Ayrıca malum ve muayyen olma şartı mevhubun ayn olması halinde geçerlidir. Mevhub deyn (borç) ise bu şart aranmaz. Zira borcun borçluya hibesi fikhen “*iskat*” yani borcun düşmesi hükmündedir, akitte unsuru bilmemek borcun düşmesinin geçerliliğini etkilemez.³⁷⁹

Mecelle’nin 858/2 maddesine göre “*Vahib la alet-ta’yin (belirlemeden)* “*Malımdan bir şeyi yahut şu iki attan birini hibe ettim.*” dese sahih olmaz.”³⁸⁰ Yani vahib hibede bulunurken “*Malımdan bir şeyi hibe ettim.*” diyerek hibede bulunduğunda

374 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.119; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.237; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.161

375 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.130; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.163

376 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.251

377 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.132

378 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.237; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.42

379 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.128

380 MECELLE; md.858/2

bu geçerli kabul edilmez. Çünkü bu durumda mevhub mal konusunda bilinmezlik söz konusudur. Akdin konusu olan malın bilinmemesi ya da belirlenmemesi durumunda da akit geçersiz kabul edilir.

Ancak Mecelle'nin 858/2 maddesi hükmüne göre, “*Vahib, bu iki attan hangisini dilersen senin olsun, dediği surette eğer mevhubün leh meclis-i hibede anlardan (onlardan) birini tayin eylerse sahih olur; amma meclis-i hibeden ba'd-el mufareka (ayrıldıktan sonra) tayini müfîd (faydalı) olmaz.*” Yani vahib iki atından birini mevhubün lehe hibe ettiğinde mevhubün leh hibe meclisinde bir atı seçerse mevhubun malum ve muayyen olma şartı gerçekleşeceğinden akit geçerli olarak kurulur. Ancak mevhubün leh kendisine hibe edilecek malı (örnekte atı) hibe meclisinden ayrıldıktan sonra tayin etse bu fayda etmez ve akit geçersiz olarak kurulmuş olur.

7. Hibe Akdinin Sınırlandırılması

Genel Olarak Akit Hürriyeti

İnsanlar herhangi bir borç altına girme veya bir hakkı elde etme konusunda akit serbestisine sahiptir. Kural olarak dileyen kişi dilediği ile akit yapabilir. İslam hukukunda müzayede, karaborsa durumu gibi istisnalar dışında kişilerin akdin diğer tarafını seçme hürriyeti vardır.³⁸¹ Nitekim Kur'an'da kişilerin rızası olmaksızın bir akdi yapmalarını yasaklanmaktadır.³⁸² Hibe akdini sonlandırma hürriyeti ise kabzedilme durumu hariç tek taraflı olarak mümkündür.³⁸³ Aşağıda hibe akdinde akdin konusunu belirleme hürriyetinin sınırlarını Mecelle çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

381 Recep ÖZDİREK; İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s.49; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.146

382 Bkz. Nisa Suresi; 4. ve 29. ayetler

383 Recep ÖZDİREK; a.g.e, s.191

a. Mahalle (Akit Konusuna) İlişkin Sınırlamalar

Sözleşmenin konusu, kendisi hakkında sözleşme akdedilen şeydir.³⁸⁴ Bu sebeple kendisine “Ma’kûdun Aleyh” de denilir.³⁸⁵ Satış sözleşmesinde satılan mal, kira sözleşmesinde kiralanın malın menfaati, tüketim ödöncü sözleşmesinde borç verilen para, hibe akdinde hibe edilen mal akdin mahallidir. Hibe akdinde mahalle yani akdin konusuna ilişkin bazı sınırlamalar aşğıda aktarılacaktır.

Hibe yapılan malın bir kısmı hibe akdi dışında tutulabilir. Bağışlayan, bölünmesi mümkün olan bir malı başka bir maldan ayırarak hibede bulunursa hibe ve istisna geçerlidir; ancak bölünmesi mümkün olmayan bir malı başka bir maldan ayırarak hibede bulunursa istisna geçersiz, hibe ise bütünüyle geçerli olur.³⁸⁶ Örneğin; bir kişi taşınması mümkün olan bir depoyu istisna ederek arsasını hibe ettiğinde bu hibe ve istisna geçerli olurken; hamile olan bir ineğin karnındaki buzağısını istisna ederek ineği hibe etmesinde buzağıyı istisna etmesi geçersiz, hibesi ise hem inek hem de karnındaki yavrusu ile geçerli olur.

Daha önce de değindiğimiz gibi, mevcut olmayan, mülkiyete elverişli olmayan, iktisadi değeri olmayan veya mütekavvim mal olmayan şeyler hibe akdinin konusu olamaz.³⁸⁷ Mülkiyete elverişli olmadığı için konu edilemeyen şeyler; insan ve insan bedeninin parçalarıdır. İktisadi değeri olmadığı için konu edilemeyen mallar; sakat hayvanlar, çöp vasfındaki şeyler ve olgunlaşmamış zirai mahsullerdir. Mütekavvim mal

384 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.129

385 Orhan ÇEKER; 2006, s.69

386 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.118

387 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.129; İlknur Yaşar BİLİCİOĞLU; İslam Hukukunda Nitelikleri İtibarıyla Satım Akdine Konu Olamayan Mallar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s.59 vd.

olmadığı için konu edilemeyen şeyler ise; domuz, sarhoşluk veren içkiler, zehir ve uyuşturucular, leş ve leş parçaları ile eğlence aletleridir.³⁸⁸

b. Muhayyerlik

Kelime anlamı “seçme hakkı” olan muhayyerlik İslam Hukuku’nda “*Anlaşmaya veya şer’i bir gerekçeyle dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme şıklarından birini seçme hakkına sahip olması*” anlamına gelir.³⁸⁹ Tayin (seçme), rü’yet (görme) ve şart muhayyerliği gibi kısımlara ayrılır. Fıkıh geleneğinde bu konu satış sözleşmesi bağlamında incelenmiş ve gündeme gelebileceği durumlar daha çok bu akitle olan benzerliğine göre tespit edilmiştir. Muhayyerlik kurumunun meşruluğunun dayanağı, sözleşme iradesinin mümkün olduğunca sağlıklı şekilde dışavurumunu sağlamak, tarafların aldatılması veya zarar görmesi riskini ortadan kaldırma ya da asgari seviyeye indirmektir.³⁹⁰ Bağlayıcılığı olmayan sözleşmelerde taraflardan birisinin yahut ikisinin iradesiyle sözleşmeyi feshetmesi kaidesi varken, bağlayıcılığı olan sözleşmelerde muhayyerlik hakkına dayanılarak sözleşmenin feshi yalnız sınırlı durumlarda geçerli olur. Ayrıca, bağlayıcılığı bulunmayan sözleşmelerde fesih geçmişe etki etmez; bu duruma mukabil bağlayıcı olan sözleşmelerde muhayyerlik sebebiyle fesihte sözleşme akdedilmemiş sayılır.

Şart muhayyerliği hakkın satıcının olması halinde satılan malın satıcının malvarlığından çıkmasına, ayıp muhayyerliği ise sözleşmenin bağlayıcı olmasına engel

388 İlknur Yaşar BİLİCİOĞLU; a.g.e, ss.106 vd.

389 Bkz. Yunus APAYDIN; “Muhayyerlik” md., DİA; İstanbul, 2006, c.31, ss.25-30

390 Yunus APAYDIN; a.g.e, s.26

olur.³⁹¹ Ayıp ve şart muhayyerliklerinin meşruluğu tüm mezheplerce kabul edilmişse de, diğer muhayyerliklerin meşruluğunun tartışmalı olduğu söylenebilir.³⁹²

Hibe akdinde vahib, mevhubün lehe mallarından birini seçmesi hakkını tanıdığında bu durumda mevhubün leh için “tayin muhayyerliği” söz konusu olur ve dilediğini seçer. Hibe akdi bağlayıcı bir akit olmadığı için şart muhayyerliği hibe akdi için söz konusu olamaz.³⁹³ Bu sebeple hibe eden şahıs, mevhubün lehe üç gün süre vererek muhayyerlik tanırsa, hibe geçerli olup muhayyerlik şartı geçerli değildir.

8. Hibe Akdinin Türleri

Genel Olarak

Mecelle’de hangi şekilde yapılan hibelerin geçersiz sayılacağı izah edilmiş ancak hibe türleri numerus clausus (sınırlı sayıda) bir şekilde sayılmamıştır. Genel anlamda Mecelle kapsamında yapılabilecek hibe akdi türleri şu şekilde sıralanabilir: Elden hibe, alacağın hibesi, havale, muşa’ın hibesi, meşgulün hibesi, kısa elden teslim, rücu şartıyla hibe (umra ve rukba) ve şartlı hibe. Mecelle hibe taahhüdünü hibe saymamaktadır. Ayrıca, Mecelle’de “karma bağış” kavramı düzenlenmemekle birlikte, fiiliyatta satış ve bağışlama sözleşmesi biraraya getirilerek karma bir sözleşme yapılması mümkün kılınmıştır. Şöyle ki; taraflar satış bedeli olarak bilerek akit konusunun gerçek ederinden önemli ölçüde az bir satış bedeli belirlerler ve gerçek ederi ile satış bedeli arasındaki fark alıcı için bağışlama oluşturur. Bu şekilde karma bağışlama yapılabilmektedir. Şimdi bu türleri tek tek açıklayalım.

391 İbnü’l-HÜMAM; Fethü’l Kadir, Daru’l Fikr, Beyrut, 1977, c. 5, s.498

392 Yunus APAYDIN; a.g.e, s.27

393 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.115; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.238

a. Elden Hibe (Mecelle, md.838/2)

İslam Hukuku'nda elden hibe taşınır veya taşınmaz mallarda söz konusu olabilir.³⁹⁴ Mecelle'nin 838/2 maddesinde örnek verildiği üzere, “... *Zevcin zevcesine bir çift küpe yahut huliyyatdan (süs eşyalarından) diğer bir nesne verip de, al takın, demesi gibi meccanen (karşılıksız) temlike delalet (işaret) eden ta'birler dahi hibeyi icabdır.*” Yani bu madde hükmüne göre taşınır bir malın hibesi ki madde metninde küpe örnek verilmiştir, elden bağışlama yoluyla yapılabilmektedir. Yine Mecelle'nin 841.maddesi de elden hibeyi düzenleyerek, vahibin malı hibe etme iradesini gösterdikten sonra o mecliste mevhubün lehin malı kabzetmesi yani almasıyla hibe akdinin tamamlanmış olacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca İslam Hukuku'nda tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz mallar da taşınır mallar gibi hibe akdine konu edilebilir.³⁹⁵

b. Alacağın Hibesi

Mecelle'nin 847.maddesine göre “*Bir kimse alacağını medyuna (borçluya) hibe yahut medyunu andan ibra eyleyip (borçtan kurtarıp) o dahi reddetmese sahih ve deyn (borç) hemen sakıt (düşmüş) olur.*”³⁹⁶ Yani bir kişi alacağını borcun borçlusuna hibe ettiğinde ya da borçlusunu ibra ettiğinde borçlu hibeyi veya ibrayı reddetmezse bu hibe akdi geçerli olur, borç da düşmüş olur. Bu durumda borçlunun sessiz kalmasına hukuki sonuç bağlanmıştır.³⁹⁷

394 Abdülkadir ŞENER; 1984, ss.49-50

395 Abdülkadir ŞENER; a.g.e, s.50

396 İBN ABİDİN; Redd'ul Muhtar, c.13, s.548; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.271; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.24; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.38

397 Kabulün gerektiği üç istisna vardır: Sırf bedelinden ibra, selem bedelinden ibra ve kefile hibe durumlarında kabul şarttır. Bkz. FETAVA-YI HİNDİYYE; s.271-272; İBN ABİDİN; a.g.e, s.548

Maddede geçen “*ibra*” kelimesi ile kastedilen, bu hibe edilen alacağın malum olması gerekmediği gibi *ibra* bir şarta bağlı olarak yapıldıysa o şarta uyulmasıdır.³⁹⁸

Yine aynı hükümde yer alan “*hemen*” ibaresinden anlaşıldığı üzere vahib alacaklı olduğu kişiye borcunu hibe ettiğinde borçlu reddetmezse kendisinin kabulü aranmaksızın³⁹⁹ hibe akdi kurulmuş, borç da silinmiş olur. Eski alacaklı olan vahib artık mevhubün leh olan borçlusundan borcunu talep edemez. Borçlunun hayatta olup olmaması akdin kuruluşuna etki etmez. Hatta bu konuda hükme esas fetvaya göre alacaklı borçlusunun öldüğünü duysa, onun ahirette borcu nedeniyle sıkıntı çekmemesi için alacağını beyan edildiği şekilde borçlusuna hibe etse, sonra borçlunun hayatta olduğu anlaşılsa bu durumda dahi borcunu artık isteyemez.⁴⁰⁰

Ayrıca müşterek alacaklılardan biri ya da bir kısmı alacaklarını borçluya hibe etse bu da geçerli bir hibe akdidir. Örneğin, bir kişinin başka birinde alacağı olduğu halde ölmesinden sonra bir kısım mirasçıları mirasta kendilerine düşen hisse miktarınca borçluyu borçtan *ibra* edebilirler.⁴⁰¹

Son olarak, alacaklı borçlusundaki muaccel ve müeccel alacağından az bir miktar hibe ettiğinde bu hibe iki alacağa yarı oranlanarak uygulanır. Sözelimi, bir kişinin birinden 500 kuruş muaccel, 500 kuruş da müeccel alacağı olsa, hangisine mahsuben hibeyi yaptığını söylemeden 500 kuruş borçlusuna bağışladığını beyan ederek hibede bulunduğu, bu hibe hem muaccel alacakta hem de müeccel alacakta 250 kuruş silinerek uygulanır.⁴⁰²

398 Hanefi mezhebinde hakkında ihtilaf bulunan bu mesele hakkında bkz. Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.64

399 İslam hukukunda *ibrada* borçlunun kabul etmesi şartı aranmaz. Bkz. İBN ABİDİN; a.g.e, s.548

400 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.60; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.24

401 Bkz. FETAVA-YI Ali EFENDİ; s. 626; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.273

402 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.62

Borcun kişiye bağışlanabilmesi, hibe akdindeki mal mefhumunun kapsamına uygundur. Çünkü borç, aslen alacaklının borçlunun elindeki malıdır.⁴⁰³

c. Havale

Mecelle'nin 848.maddesine göre “*Bir kimse birinin zimmetinde olan alacağını ahara (başkasına) hibe edip de, var al, deyu (diyerek) sarahaten (açıkça) kabza izin verse ve mevhubün leh dahi varıp kabz etse hibe tamam olur.*”⁴⁰⁴ Bu maddede alacağın havalesi düzenlenmiştir.

Mecelle'nin 845.maddesinde ise aynın hibe edilmesi kaleme alınmıştır. Yani bir kimse birindeki alacağını bir başkasına hibe edip mevhubün lehe “*Var al.*” şeklinde izin verdiğinde mevhubün lehin gidip hibe edilen malı vahibin borçlusundan alması durumunda hibe akdi tamamlanmış olur.

Burada kabzın özel bir şekli mevcuttur. Mevhubün lehin, vahibin bir yönüyle kabzda vekili sıfatıyla hareket ederek hibe konusu malı alması söz konusudur. Örneğin bir kişinin veresiye satış yaptığı müşterisinden olan alacağını oğluna bağışlaması, onun da gidip o alacağı tahsil etmesi halinde kabz şartı yerine geldiğinden hibe akdi de tamamlanmış olur. Borcun borçludan başkasına temlik geçerli değildir ancak borçluya temlik geçerlidir.

“*Ahara*” kaydıyla yine hibenin borçludan başkasına yapılması gerektiği belirtilmektedir. Vahibin alacağı tahsil için “*Var al.*” diyerek mevhubün lehe açıkça izin vermesi şartı aranmaktadır. Yani vahibin alacağı hibe edip kabzla ilgili bir söz söylememesi halinde mevhubün lehin mevhub alacağı gidip alma hakkı yoktur.⁴⁰⁵

403 İslam Hukuku'na göre borç da kişinin malı olduğu için belli şartlarda zekâta tabidir. Bkz. İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar; c.2, s.6

404 Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.25; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.43

405 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.71

d. Muş'a'(Hisseli mal)ın Hibesi

Muş'a'; hisseli mal demek olup, İslam hukukunda bir hamam, bir hayvan vb. bölünemeyen mallar ve konut, bağ gibi bölünebilen veya ölçülebilen mallar olarak ikiye ayrılmıştır.⁴⁰⁶ Muş'a'ın hibesinde mal ayrılamadığı veya bölünüp belirlenemediği için mevhubün leh'in malı tam manasıyla kabzı mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla muş'a olan bir malın bu şekilde teslimi Hanefiler'e göre caiz olmayıp malın ifraz ve taksim ile teslim edilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁷ Ancak bazı İslam hukukçularına göre; bir malda ortak olan iki kişiden biri hissesini diğerine hibe ederse, mal muş'a' olmasına rağmen bu hibe geçerlidir.⁴⁰⁸ Bölünemeyen malların; örneğin bir oda, bir hayvanın hibesi, hibe akdinin alanını daraltmamak amacıyla kabz tam olarak gerçekleşmese de eksik kabz yeterli görülerek geçerli kabul edilmiştir.⁴⁰⁹

Hibe anında muş'a' olup, kabzdan önce ifraz ve taksim edilen mal bu şekilde teslim edilirse bu hibe geçerli sayılmaktadır.⁴¹⁰ Yani esas olarak malın hibe anında ya da kabzdan önce muş'a' olup olmaması önemli değildir; önemli olan kabz anında muş'a' olmamasıdır.

Tartışılması gereken diğer bir mesele de bir malın iki kişiye hibe edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Bir kişi bir malı iki kişiye hibe ettiğinde aralarında şüyu (ortaklık) olup olmayacağı meselesi Hanefi mezhebinde ihtilafıdır. Şöyle ki; vahib bir malı iki kişiye hibe ederse yani mevhubün leh sıfatı iki kişide gerçekleşirse, bu hibede Ebu

406 Abdülkadir ŞENER; 1984, s.54; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.250

407 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.130; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.250

408 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.131; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.247, İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.565;

409 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.142; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.250

410 İBN ABİDİN; a.g.e, s.495

Yusuf'un ve İmam Muhammed'in görüşüne göre şüyu olmamasına karşın, Ebu Hanife'nin görüşüne göre şüyu gerçekleşmiştir, bu nedenle akit caiz değildir.⁴¹¹

İki kişinin müşterek olarak malik oldukları bir malı bir kişiye hibesinde, mevhub ikisi de vahib olan malikler tarafından hibe edildiğinden mevhubün leh onu kabz edebildiği için bu hibe geçerli sayılır.⁴¹² Bağışlayan eğer bir malı hibe ettikten sonra örneğin malın yarısını hibesinden rücu ederse; ortada yarısı hibe edilmiş diğer yarısı da vahibin mülkü olarak kalmış bir mal vardır. Bu durum sonradan ortaya çıktığından hibenin tamam olmasını engellemez.⁴¹³

Bu konuyla ilgili son olarak kişinin birbirine bitişik iki malı hibesindeki durumu Fetava-yı Hindiyye'de yer alan bir örnek üzerinden incelemek istiyoruz. Bir kişi ziraat yaptığı arsasını ve o arsa üzerindeki ekinini hibe ederse; önce arsayı sonra ekini ya da önce ekini sonra arsayı hibe ettiğinde eğer teslimde bu ikisini birlikte verirse, hibe bu ikisi için de geçerli olur. Ancak, eğer teslimde birlikteliği bozar, önce birini sonra diğerini teslim ederse bu hibe geçerli olmaz.⁴¹⁴

e. Şagilin(İşgalci) ve Meşgulün Hibesi

İslam hukukunda şagil ve meşgulün net bir tanımını yapmak, iki kavram olaya göre değiştiği için zordur. Hibeye konu malın hibe iradesinin açıklanması anında içinde veya üzerinde başka bir mal bulunduğunda; hibe iradesinde açıkça ismi geçen mal meşgul (işgal edilen); açıkça zikredilmeyen mal ise şagil olarak isimlendirilir.⁴¹⁵ Şagilin

411 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.135; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.250

412 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.138; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.251

413 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.139

414 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.256

415 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.257

yani vahibin bir malını işgal eden başka bir malın o malla birlikte hibesi geçerlidir.⁴¹⁶ Örneğin birisi evinin içerisindeki bir masayı bir kişiye hibe etse, sonrasında kabz anında evle birlikte masayı yani ikisini birlikte hibe etse bu hibe geçerli olur. (Bu durumda masa şagil, ev ise meşguldür.) Aynı şekilde hayvanın üzerindeki yükü hibe edip mevhubün lehe yükü hayvanla birlikte teslim etse bu hibe de geçerlidir.⁴¹⁷

Ancak meşgul bir malın yani vahibin malı tarafından işgal edilen bir malın hibesi geçerli değildir.⁴¹⁸ Çünkü hibe edilen mal, vahibin malı ile meşgul olduğunda müşa'nın hibesi gibi bir durum ortaya çıkar. Müşa' olanın da hibesi yukarıda izah edilen istisnalar hariç geçerli görülmediğinden meşgulün hibesi de geçerli görülmemiştir. Örneğin bir kişi, evini içinde malları bulunduğu halde başkasına hibe ve teslim etse bu akit geçerli olmaz. Ancak evin içinden mallarını tahliye ettiği takdirde bundan sonra teslim ederse geçerli olur. Zira “*mani zail olunca, memnu olan avdet eder.*”⁴¹⁹ Yine bir kişi iki oda hibe edip de yalnız birisini meşgul olarak teslim etse hiçbirinde hibe geçerli değildir.⁴²⁰

Meşgulün hibesinin istisnai olarak üç durumda geçerli olduğu söylenebilir. Bunlar; babanın çocuğa meşgul malını hibesi⁴²¹, kocanın karısıyla birlikte oturduğu evi içinde eşyasıyla birlikte karısına hibesi ve malikin başka birinin malıyla meşgul olan malını (örneğin içinde başkasına ait zahire bulunan dükkânın) hibesidir.⁴²²

416 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.145; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.256

417 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.258

418 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.145; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.256

419 MECELLE; md.24

420 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.260

421 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.297

422 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.147; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.259

f. Şartlı Hibe

Bağışlama amacıyla yapılmasına rağmen hibe akdinde şart⁴²³ koşulabilmektedir. Esasen satım sözleşmesi hükmünde olan ivazlı hibeyi⁴²⁴ düzenleyen Mecelle'nin 855. maddesine göre “*İvaz (karşılık) şartıyla olan hibe sahih (geçerli) ve şart muteberdir.*”⁴²⁵ Maddede “ivaz” lafzının mutlak olarak zikrinden anlaşıldığı üzere bunun herhangi bir şekilde ivaz olarak kabul edilebilecek bir karşılık olması yeterlidir. “Şartıyla” ibaresindeki şart takyidi şarttır. Hibede şart taliki (geciktirici) veya takyidi (kayıtlayıcı) olabilir. Taliki şartın hibede zikredilmesi hibeyi batıl kılar. İslam Hukuku'nda mülkiyet geçirici akitlerin şarta ta'liki (örneğin “Eğer iyileşirsem sendeki alacağım 10 altın sana hibem olsun.” şeklindeki hibeler) batıldır.⁴²⁶ Çünkü şartın sübutu (sabit olması) indinde (için) ona muallak (bağlı) olan şeyin sübutu lazım olur. Bu örnekteki gibi hibelerde şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olmadığından mezkûr şart hibeyi batıl kılmaktadır.

Bazı hibe akdine uygun olmayan şartlarda hibe geçerli ancak şart batıldır. Örneğin; bir kişi bir malı diğer bir kimseye hibe ve teslim ederken; onun yani mevhubün lehin de başkasına hibe veya satımını şart koşarsa; bu hibe geçerli şart ise batıldır.⁴²⁷ Aynı şekilde rücu şartıyla yapılan hibede de şart batıl hibe ise geçerlidir.⁴²⁸ Yine bir kişi diğer bir kişiye hibe olarak bir evi verip de mevhubün lehten de ivaz olarak

423 Hanefiler'e göre şart sahih, fasit ve batıl olmak üzere üç kısımdır. Şartın hükümleri için bkz. Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, ss.150-158

424 Orhan ÇEKER; 2006, s.166

425 İvazlı hibe, mukayaza (trampa) akdine çok benzemektedir. Zira ikisinde de semen ve satılan mal ayındır. Bkz. İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.543; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.32, Orhan ÇEKER; 2006, s.149,

426 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.101; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.543; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.65

427 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.311

428 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.102

o evin bir odasını istese, şart batıl, hibe ise geçerlidir.⁴²⁹ Ayrıca şart hukuka ve ahlaka aykırı olursa hibe geçersiz sayılır.⁴³⁰

Mecelle'nin 855/2 maddesine göre “*Bir kimse şu makule (tür) ivaz vermek yahut kendisinin malum'ül mikdar (miktarı bilinen) deynini (borcunu) eda etmek şartıyla birine bir şey hibe ettikde mevhubun leh ol şarta riayet ederse (uyarsa) hibe lazım (bağlayıcı) olur; etmezse vahib dahi hibesinden rücu edebilir.*”⁴³¹ Yani, bir kişi belli bir karşılık vermek ya da kendisinin belli bir miktardaki borcunu eda etmek koşuluyla birisine bir şey hibe ettiğinde lehine bağış yapılan kişi bu koşula uyarsa, hibe akdi bağlayıcı hale gelir ve bağışlayan hibesinden rücu edemez. Ancak bağışlanan kişi yukarıda zikrolunan şarta uymazsa bağışlayan da hibesinden dönebilir.⁴³²

İvaz şartıyla yapılan hibede özel bir durum babanın küçük çocuğunun malından yaptığı hibede geçerlidir. Ebu Hanife'nin ve Ebu Yusuf'un görüşüne göre, teberru niteliği taşıdığından bir baba, gerek hibe anında verilen veya sonradan verilecek olsun; çocuğunun malından ivaz şartıyla hibede bulunamaz.⁴³³ Bunun dışında, ivaz şartıyla yapılan hibede gabin (aşırı yararlanma), tağrir (aldatma) ve killet-i ivazdan (karşılığın az olmasından) dolayı hibe feshedilemez.⁴³⁴

Diğer bir hüküm, vahibin, mevhubün lehle yaptığı ölünceye kadar bakma şartlı hibe akdinde geçerlidir. Mecelle'nin 855/2 maddesine göre “*Bir kimse ölenece kendisini beslemek şartı ile mülk akarını (gelir getiren dükkân, ev vs.) birine hibe ve teslim ettikde mevhubün leh şart-ı mezkûr (zikredilen şart, yani ölene kadar bakma) üzre vahibi*

429 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.314; İBN ABİDİN; a.g.e, s.543

430 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.311

431 Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.32

432 Bkz. MECELLE; md.868; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.306

433 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.106

434 İBN ABİDİN; a.g.e, s.532; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.305

beslemeğe razı iken vahib nadim (pişman) olup da hibesinden rücu ile ol akarını istirdad edemez.”⁴³⁵ Yani, vahib bir başka kişiye kendisine ölünceye kadar bakması şartıyla bir mülkünü hibe ve teslim eder; kendisine mülk bağışlanan kişi bu şartla vahiye bakmaya razıyken vahib pişman olup rücu ederek o mülkü mevhubün lehten geri alamaz. Ancak mevhubün leh şarta uymazsa; başka bir rücu engeli de yoksa vahib elbette hibesinden rücu edebilir.

Ayrıca mevhubün leh vahib ölmeden mevhub malı mülkiyetinden çıkaramaz, zira henüz malın maliki olmamıştır.⁴³⁶ Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da; “ölünceye” kelimesi sınırlandırıcı bir kayıt olmamasıdır. “Çoğun içinde az da vardır.” kuralı gereğince belli bir seneye kadar beslemek şartıyla da bu hibe akdi yapılabilir. “Beslemeye razı iken” ibaresinden anlaşılan; mevhubün lehin mal teslim edildikten sonra ölünceye kadar bakma ödevini rızasıyla yapmasıdır. Bir teberru akdi olan hibede taraflardan birini bir şeyi yapmaya zorlamak akdin amacı ve ruhuyla bağdaşmaz.

Hükmi ivaz⁴³⁷ şartıyla olan hibelerde de şart ve akit geçerlidir. Bu ivaz hakikaten ivaz olmadığı halde evlilik birliğini devam ettirebilmek gibi bazı maslahat icabı hükmi ivaz sayılmıştır. Hükmi ivaz bir bedel (örneğin kadının mehrinin bir kısmını vermesi)⁴³⁸ karşılığında adem-i tatlik (kadını boşamamak), terk-i zulüm (kocanın karısına zulmetmeyi bırakması) ve birlikte sükna (oturma) gibi şeylerdir.⁴³⁹ Bu da “*Bi-kaderi'l*

435 MECELLE; md.855; İsmail CEBECİ; 2009; s.67

436 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.107

437 İvaz, hukuk dilinde “bedel, karşılık” manasına gelmekte olup; hükmi ivaz gerçekte bir bedel olmadığı halde onun yerine geçen karşılığa denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilal AYBAKAN; “İvaz” md., DİA; c.23, s.488

438 Kocanın bir şeyi yapması veya yapmaması şartıyla kadının mehrini bağışlaması hakkında detaylı örnekler için bkz. FETAVA-YI HİNDİYYE; ss.314-319

439 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.111; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.556; Hacı Reşid PAŞA; 1327, s.33

*imkân şûruta (şartlara) müraat (uymak) olunmak lazımdır.”*⁴⁴⁰ kaidesine uygundur. Buradaki şart sınırlayıcı şart olup, “ise” edatı kullanılarak yapılan hibeler batıldır. Örneğin; “Beni ölene kadar görüp gözetirsen mal senin olsun.” şeklinde yapılan bir hibe batıldır.⁴⁴¹ Ancak “ala”, “üzere” veya “şartıyla” edatları kullanılarak yapılan hibeler geçerlidir.⁴⁴² Örneğin “Şu arabayı bana vermen şartıyla ben de sana bu malı hibe ettim.” sözüyle yapılan hibe geçerlidir. Çünkü burada taliki (geciktirici) değil; takyidi (sınırlayıcı) bir şart vardır.

Taraflar arasında hibenin ivazlı olup olmadığı konusunda sorun çıkarsa; ivazı inkâr eden mevhubün leh olduğu için Mecelle’nin 76.maddesi gereğince kendisine yemin verilir. Ancak ivazın miktarında ihtilaf ederlerse vahib dilerse hibesinden rücu eder; dilerse mevhubün lehin söylediği miktarı kabul eder.⁴⁴³ Örneğin vahib “İvaz yirmi altın idi.” der, mevhubün leh de “Hayır, on altın idi.” derse; vahib dilerse hibesinden rücu eder, dilerse mevhubün lehin söylediği miktarı kabul eder.

Ayrıca; bir kişi malını birine hibe ettikten sonra bunu vedia olarak verdiğini iddia ederek yemin ederse malını geri alır.⁴⁴⁴ Mal hibe davasından⁴⁴⁵ önce telef olmuşsa mevhubün leh malın değerini tazmin etmek zorunda değildir, ancak mal hibe davasından sonra telef olmuşsa kendisine vedia bırakılan malın değerini tazminle mükelleftir.⁴⁴⁶

440 MECELLE; md.83

441 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.101

442 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e; s.102

443 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.111

444 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.323

445 Bu davadaki şahitliklerin hükmü için bkz. Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, ss.113-114

446 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.113

Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümü şartına bağlı olan bağışlamalarda vasiyet hükümleri uygulanır.⁴⁴⁷

Son olarak, Mecelle’de şartlı hibenin içerisinde düzenlenen mükellefiyetli yani “*yüklemeli hibe*”ye değinmek gerekir. Yüklemeli bağış, bağışlayanın bağışlanana belli bir davranışta bulunmayı emrettiği bir bağış türüdür.⁴⁴⁸ Mecelle’de hibe türleri içerisinde vasfı tayin edilerek mükellefiyetli hibeden açıkça bahsedilmese de Mecelle anlamında şartlı bağışın kapsamına dâhil olduğu söylenebilir.

g. Rücu Şartıyla Hibe

aa. Umra

Umra, bir kişiye “Şu hanemi sen hayatta oldukça sana verdim vefatından sonra bana iade edilmek üzere” yahut “Şu hanemi ben hayatta oldukça sana verdim vefatımdan sonra vereseme iade olunmak üzere” sözleriyle yapılan hibedir.⁴⁴⁹ Burada gelecek zamana izafe edilen bir hibe söz konusu değildir. İki taraftan birinin hayatta kalması üzerine yapılan bir hibe mevcuttur. Hanefi mezhebine göre, “*Her kime umra yoluyla bir şey bağışlanırsa o kendisinin ve mirasçılarınınındır.*”⁴⁵⁰ hadisi gereğince bu akitte şart yok hükmünde; sözleşme ise geçerli kabul edildiğinden mal temlik edildiğinde vahib veya mevhubün leh öldüğünde mevhub vahibe veya mirasçılarına iade edilmez, mevhubün lehin varislerine intikal eder.⁴⁵¹

447 TBK md.290/2

448 Fikret EREN; 2015, s.313

449 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.99; Abdülkadir ŞENER; 1984, s.61; İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.547

450 TAHAVİ; Hadislerle İslam Fıkhı, Çev. Beşir ERYARSOY, Kitabı Yayınevi, İstanbul, 2009, c.6, s.128

451 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.99; İBN ABİDİN; a.g.e, s.547; TAHAVİ; a.g.e, s.138

bb. Rukba

Sözlükte “beklemek, gözetlemek” anlamındaki “r-k-b” kökünden türeyen Arapça bir kelime olan “rukba”, İslam Hukuku’nda mevhubün lehin vahibden önce ölmesi halinde mevhubün kendisine dönmesi şartıyla yapılan hibeyi ifade eder.⁴⁵² Yani vahib mevhubün lehe malını hibe ederken, “Sen benden önce ölürsen hibe ettiğim mal tekrar benim olsun.” demektir. Bu hibe gelecek zamana izafe edildiğinden Ebu Yusuf şartı geçersiz akdi geçerli kabul ederken rukbanın caiz olmadığını belirten hadisi⁴⁵³ göz önüne alan Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre hibe geçerli olmayıp akit ariyet akdidir.⁴⁵⁴ Bu durumda Hanefi mezhebinde tercih edilen görüş, mevhubün leh ölünce hibe edilen malın vahibe tekrar geri dönmeyeceği, yani mevhubün lehin mirasçılara kalacağı yönündedir.⁴⁵⁵

İslam hukukuna göre, hibe edilecek malın varlığının yok olmasına yahut azalmasına neden olacak bir tehlike olmamalıdır.⁴⁵⁶ Ayrıca Mecelle’nin 854.maddesinde de hibenin gelecek bir vakte izafe edilmiş olmaması kuralı yer alır.⁴⁵⁷ Bu sebeple rukba şeklinde yapılan bir hibe geçersiz sayılmaktadır.

h. Kısa Elden Teslim

Mecelle’nin 846.maddesine göre, “*Bir kimsenin yedinde(elinde) bulunan malı sahibi ana (ona) hibe ettikde mevhubün lehin, kabul ettim, ya, ittihab eyledim,*

452 Hacı Mehmet GÜNAY, DİA, “Rukba” md., c.35, s.218; Abdülkadir ŞENER; a.g.e, s.64

453 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.544

454 Bkz. MECELLE; md.854; Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.97

455 İBN ABİDİN; a.g.e, s.544

456 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.234

457 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.234; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.156; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.31

*demesiyle hibe tamam olup müceddeden (yeniden) teslim ve kabza muhtaç değildir.”*⁴⁵⁸

Bu madde hükmünce, bir kişinin daha önce yapmış olduğu bir akit (örn.kira veya vedia akdi) kapsamında yahut başka bir surette elinde bulunan bir mal, maliki tarafından malı elinde bulunduran kişiye hibe edildiğinde mevhubün lehin “*Kabul ettim.*” ya da “*İttihab eyledim.*” demesi yeterlidir. Bu şekilde mevhubün leh bağışlanan malın mülkiyetini kazanır. Çünkü burada kabz şartı aslında hibe iradesinin açıklanmasından önce malın fiilen mevhubün lehin elinde bulunmasıyla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla ilk kabz hibenin tamam olması için gereken kabzın yerine geçtiğinden yeniden bir kabz ve teslim işlemine gerek yoktur. Ancak şöyle bir istisna mevcuttur; vahibin malını elinde bulunduran zilyed haksız bir zilyed, rehin alan veya fasit bir satım akdinin müşterisi olmamalıdır.⁴⁵⁹

Yalnız maddeden anlaşıldığı üzere mevhubün lehin açıkça “*Kabul ettim.*” demesi gerektiğinden bu durumda 841.maddedeki “*Mevhubun lehin susması ve malı kabzetmesi halinde hibenin tamam olması*” hükmü uygulanmaz.⁴⁶⁰ Çünkü kabz şartı hibeden önce gerçekleşmiştir, hibeyi açıkça kabul şartı aranmazsa mevhubün leh için rızası olmadan bir mala malik olma gibi akit hürriyetine aykırı bir vaziyet ortaya çıkar. Mecelle’de de vurgulandığı gibi hiçbir kimse başkasına onun rızası olmadıkça mülk ispat edemez.⁴⁶¹

9. Hibe Akdinde Tarafların Borçları ve Hakları

Hibe teberru akitlerinden olduğundan temelde bağış yapan ve lehine bağış yapılanların önemli bir borç veya mesuliyeti doğmaz. Mecelle’nin 837.maddesine göre

458 İBN ABİDİN; a.g.e, s.505; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.249; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.22; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.35

459 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.507; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.249; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.23

460 İBN ABİDİN; a.g.e, s.506

461 Bkz. MECELLE; md.167

bağış yapanın icap ile kabulden sonra bağış konusu şeyi bağış yapılanına teslimi yalnızca ahlaki bir ödevdir. Kabzdan önce mülkiyetin mevhubün lehe geçtiği kabul edilseydi, vahib malı mevhubün lehe vermek zorunda kalacaktı. Bir teberru akdinde zorlamanın olması bariz bir çelişkidir. Bu sebeple hibenin hükmü ancak tenfizle olur, yoksa sırf akitle bir hüküm hâsıl olmaz.⁴⁶² İvaz şartıyla olan hibede ise bağış bir tür satış hükmüne geçtiğinden, lehine bağış yapılanın edimini ifa etmesi durumunda bağış yapan için akit bağlayıcı olur. Örneğin, hibe edilen şeyin kabzı mümkün olamazsa alınmış olan karşılığın iade edilmesi ya da değerinin tazmin edilmesi gündeme gelebilir. Mevhubün lehin de hibede kendisine yüklenen şartı yerine getirmesi gerekmektedir.⁴⁶³

10. Hibe Akdinin Sona Ermesi

Genel Olarak

Bu bölümde Mecelle’de hibe akdinin sona erme şekilleri olarak sırasıyla hibeden rücu, hâkimin hibeyi fesh etmesi, ölüm sebebiyle sona erme ve aciz sebebiyle hibenin iptali incelenecektir.

a. Hibeden Rücu (Mecelle; md.862, 863, 864)

İslam hukukunda rücu yani hibeden dönme konusunda iki esas görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bağış sözleşmesiyle satış sözleşmesi arasında kıyas yaparak bağışlamanın bağlayıcı olduğunu ve hibeden dönmemenin asıl olduğunu savunmakta iken ikinci yaklaşım hibenin teberru niteliğine vurgu yapmakta ve bağlayıcı olmadığını söyleyerek hibeden dönebilmenin asıl olduğunu savunmaktadır.⁴⁶⁴ Ancak;

⁴⁶² Abdülkadir ŞENER; 1984, s.97

⁴⁶³ Bkz. MECELLE; md.855 ve md.868

⁴⁶⁴ Ayhan HIRA; “Klasik Fıkıh Kaynaklarında Hibeden Dönme Meselesine İlişkin Temel Yaklaşımlar”, The Journal of Academic Social Science Studies, sayı 58; 2017 Yaz, s.240

ahde vefa,⁴⁶⁵ amellerin iptal edilmemesi,⁴⁶⁶ hadislerde hibeden dönmenin kınanması⁴⁶⁷ ve hibeden dönmenin hibenin amacına uymaması⁴⁶⁸ ilkelerinden hareketle çoğunluğun görüşe göre hibeden dönmeme asıl, dönme ise istisna kabul edilir.⁴⁶⁹ Bu nedenle Hanefi mezhebi, dini hüküm olarak hibeden dönmenin “tahrimen (harama yakın) mekruh” olduğunu kabul etmekle⁴⁷⁰ birlikte; “Bağışlayan bir bedel almamışsa hibesinden dönebilir” hadisinden⁴⁷¹ hareketle ivazsız hibeden dönülmesinde hukuken bir engel olmadığı görüşünü benimsemiştir.⁴⁷² Mecelle, hibeden rücu ibaresiyle mevhub malı vermekten vazgeçme, bağışlama sözleşmesinden dönmeyi kastetmiştir. Bu durum kabzdan önce ve kabzdan sonra olmak üzere iki kısımda incelenecektir.

aa. Kabzdan Önce

Mecelle’nin 862.maddesinde vahibin hibe taahhüdünü yani bağışlama sözünü geri alması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Vahib kabl’el-kabz (kabzdan önce) hod be hod (kendi kendine) hibeden rücu’ edebilir.*”⁴⁷³ Yani vahib hibe iradesini açıklayıp, mevhubün leh de hibeyi kabul etmişken vahib herhangi bir şartla bağlı kalmaksızın

465 Bu ilke Maide Suresi 1.ayetten çıkmaktadır. Ayetin meali şu şekildedir: “Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin.” Bkz. Diyanet Meali, s.116

466 Bu ilke Muhammed Suresi 33. Ayette şöyle ifade edilmektedir: “Ey iman edenler! Allah’a ve Resul’e itaat edin. Amellerinizi boşa çıkarmayın.” Bkz. Diyanet Meali, s.565

467 Bu konuda en meşhur hadis şu şekildedir: “Hibeden dönen kustuğunu geri yiyen köpek gibidir.” Bkz. BUHÂRÎ, Hibe, 6; MÜSLİM, Hibât, 7-8; TİRMİZÎ, Büyû’, 52; EBÛ DÂVÛD; Büyû’, 83; NESÂÎ; Hibe’, 2 Diğer hadisler için bkz. TAHAVÎ; 2009, ss.96-11

468 Hibenin sevap kazanmak, cömertlik göstermek, yakınlık bağını güçlendirmek, muhatabın sevgisini elde etmek gibi birçok amacı vardır. Hibeden rücu bu amaçlara ulaşılmasını engeller.

469 Ayhan HIRA; 2017, s.240

470 İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.519; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.276

471 İBN MÂCE; Hibât, 6

472 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.276; Ayhan HIRA; 2017, s.240; TAHAVÎ; 2009, s.96

473 MECELLE; md.862; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.47; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.101; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

hibeden rücu edebilir. Bu dönme hibenin tamamından olabildiği gibi bir kısmından da olabilir.⁴⁷⁴

Yukarıda değindiğimiz gibi, Mecelle’ye göre mal mevhubun leh tarafından kabz edilmediği takdirde hibe henüz tamamlanmamıştır. Tamamlanmamış bir hibe akdinden rücu edebilmek de İslam hukukunun akit nazariyesi bakımından mal malikinin hakkıdır.

Rücu, sözlü veya fiili olarak yapılabilir. Sözlü rücuya örnek olarak; “Hibeyi iptal eyledim, rücu ettim, hibeyi nakzettim, mevhubu mülküne iade eyledim.” gösterilebilir.⁴⁷⁵ Bir kişinin bir malı önce bir kişiye etmesi, ancak ilk mevhubun leh malı kabzetmeden önce başka bir kişiye daha aynı malı hibe etmesi durumu da fiilen rücuya örnek olabilir. Bu durumda malı kabzetme hakkı ikinci mevhubün lehine olacaktır. Çünkü vahib ilk hibeyi yaptıktan sonra başka bir kişiye aynı malı hibe ederek aslında bağışlama iradesinin yöneldiği kişiyi tayin etmiştir. Önceki mevhubün leh ilk hibe hukukun yapılmamış gibi sayılacağından artık hibe edilen malda bir hak iddia edemez.

Mecelle’nin 863, maddesinde yer alan “*Vahibin ba’d-el icab (icaptan sonra) mevhubün lehi kabzdan nehy etmesi (yasaklaması) da rücu’dur.*”⁴⁷⁶ hükmüyle vahibin hibe yapma isteğinde bulunup sonrasında mevhubün lehi malı kabzetmekten yasaklamasının rücu gibi hukuki sonuç doğuracağı belirtilmiştir. “Nehy” kelimesi mutlak olarak zikredildiğinden kabza sarahaten ya da delaleten izin vermiş olması hükmü değiştirmez.

Her ne kadar Mecelle 843.madde hükmüne göre vahibin icabı kabza delaleten izin vermekse de “*Tasrih mukabelesinde (karşılıklı irade beyanında) delalete itibar*

474 FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

475 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.277; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.48

476 MECELLE; md.863; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.107

olunamaz”⁴⁷⁷ kuralı gereği “sarahat” yani açıklık “delalet” yani işarete üstün kabul edildiğinden bu maddeye göre açıkça kabzdan yasaklamak icaptaki delaleten verilmiş izni kaldırmış olur. Dolayısıyla mevhubün leh kabzdan menedilmiş olmakla mevhub malı bundan sonra herhangi bir yerde kabzederse gasp etmiş olur.⁴⁷⁸

Yine, akit yapıldıktan ancak mevhubun lehine malı kabzetmesinden evvel malda bir ziyade olduğunda bu ziyade vahiye ait olur.⁴⁷⁹ Bu hükümde satım akdiyle hibe akdi ayrılmaktadır; zira Mecelle 236.maddesinde satım akdi yapıldıktan sonra malda hâsıl olan ziyadenin müşteriye ait olacağı belirtilmiştir.

bb. Kabzdan Sonra

Mecelle’ye göre “*Vahib ba’d-el kabz(kabzdan sonra) mevhubün lehine rızası ile hibeden rücu’ edebilir.*”⁴⁸⁰ Yani vahib, mevhubün leh malı kabzettikten sonra mevhubün lehine rızası varsa hibeden rücu edebilir. Mecelle, kabzdan önce vahibin hibeden rücusunda mevhubün lehine rızasını aramazken, kabzdan sonra hibeden rücu etmek için mevhubün lehine rızasını aramıştır.

Mecelle’ye göre kabzdan sonra rücu iki şekilde olabilir: İlk durumda vahib, karşı tarafa malı hibe ettikten sonra mevhubün leh malı kabzedip sonrasında vahiye hibe eder, vahib de kabul edip kabzeder. Bu şekilde rücu gerçekleşmiş olur. İkinci halde ise vahib, hibeyi yapıp mevhubün lehine hibe edilen malı kabzettikten sonra vahib rücu etmek ister ve “Hibemden rücu ediyorum, malımı ver.” der, mevhubün leh de malı vahiye geri

477 MECELLE; md.13

478 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.167

479 Ali Haydar EFENDİ, a.g.e, s.162

480 MECELLE; md.864; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.49; ; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e; s.111: FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

verir. Bu durumda da rücu gerçekleşmiş olur. Ancak vahib rücu hakkından hibe esnasında vazgeçmişse, artık rücu edemez.⁴⁸¹

Mecelle'ye göre, “*Ba'd-el kabz (kabzdan sonra) vahib eğer mevhubün lehin rızası olmadan hod behod (kendi kendine) mevhubu istirdat ederse ğasıb olur. Ve bu suretde yedinde (elinde) mevhub telef (yok) ya zayı' (kayıp) olsa zamin olur.*”⁴⁸² Yani kabzdan sonra vahib mevhubün lehin rızasını almadan kendi kendine mevhubu alırsa malı gasbetmiş olur. Bu şekilde mal elindeyken yok olur ya da kaybolursa malın değerini tazmin etmek zorunda kalır.

Mecelle'de vahibin hibesinden rücu hakkı düzenlenirken herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir. Yani bu hak şartları mevcut olduğu her zaman kullanılabilir.

b. Hibeden Rücuya Mani Haller(Mecelle md.866-873)

Yukarıda aktarıldığı üzere, vahibin hibesinden rücu etmesi mümkündür. Ancak bazı özel durumlarda vahib hibesinden dönemez. Hibeden rücuya engel olan bu özel durumlar; bağışlanan şeyin helak olması, mevhubun mevhubün lehin mülkiyetinden çıkması, vahib veya mevhubün lehten birinin ölümü, mevhubda kabzdan sonra bir ziyadenin oluşması, hibeye karşılık bir ivaz alınmış olması, vahib ile mevhubün leh arasında evlilik ilişkisi olması ve vahib ile mevhubün lehin yakın akraba olması şeklinde sıralanabilir.⁴⁸³ Bu bölümde hibeden rücu manilerini incelemeye çalışacağız. Hanefî mezhebinin kitaplarında hibeden dönmeye engel olan bu durumlar akılda kalıcı olması bakımından “هق زخ دمع” şeklinde kodlanarak gösterilmiştir.⁴⁸⁴ Bu engellerin bir tablosu aşağıda verilmiştir:

481 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.175

482 MECELLE; md.865; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.334

483 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.277-280; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.173

484 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.178

1	ذ	Ziyade	Malda muttasıl(ayrıl原因) ziyadenin oluşması
2	م	Mevt	Taraflardan birinin ölümü
3	ع	İvaz	Hibeye karşılık bedel alınması
4	خ	Huruc	Malın bağışlayanın mülkiyetinden çıkması
5	ز	Zevciyyet	Tarafların evli olması
6	ق	Karabet	Tarafların yakın akraba olması
7	ه	Helak	Hibe edilen malın yok olması

aa. Yakın Akrabalık(Mecelle md.866)

Mecelle'ye göre; “*Bir kimse usul (üstsoy) ve fûruuna (altsoyuna) ya birader (erkek kardeş) ve hemşiresine (kız kardeşine) ya bunları evladına yahut peder (baba) ve maderinin (annesinin) birader ve hemşiresine bir şey hibe ettikten sonra rücu’ edemez.*”⁴⁸⁵ Yani kişi altsoyu ve üstsoyuna, erkek ve kız kardeşlerine ve erkek kardeş ile kız kardeşlerinin çocuklarına, anne ve babasının erkek kardeş ve kız kardeşine bir şey hibe ettikten sonra bu hibesinden rücu edemez. Bu yasağın kapsamına vahibin anne, baba, büyükbaba, büyükanne ve onların anne ve babaları, erkek ve kızkardeşleri, yeğenleri, dayı, teyze, amca ve halaları girmektedir.⁴⁸⁶ Bunların dışında diğer akrabalara yapılan hibeden vahib rücu edebilir. Örneğin vahib, kuzenlerine ya da amca, dayı, hala ve teyze çocuklarına yaptığı hibeden rücu edebilir. Bu rücu yasağı sünnetle sabittir.

İslam Hukuku'na göre “süt emmek” mirasçı olamama gibi istisnalar dışında aynı kan bağı gibi akrabalık meydana getirir. Bu istisnalardan biri de bu durumda söz konusudur. Kişi kan bağı ile kardeş olduğu kişiye yaptığı hibesinden rücu edemezken, süt bağı ile kardeş olduğu kişiye yaptığı hibesinden rücu edebilir.⁴⁸⁷

485 MECELLE; md.866; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.56; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.117; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.280

486 Konuyla ilgili Mecelle'den sonra verilmiş fetvalar için bkz.İsmail CEBECİ; 2009; s.71

487 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.187; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.535; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.280

Ayrıca bu rücu engelinin hüküm ifade etmesi için hibenin sahih yani geçerli olması şarttır. Çünkü maddede yapılmış olan geçerli bir hibeden sonra bu hibeden rücu etmek hali düzenlenmiştir.⁴⁸⁸

Bu hibeden rücu edilememesinin bir başka nedeni olarak şu husus akla yakın gelmektedir: Yakın akrabaya yapılan hibe ile bütün hukuk sistemlerinde teşvik edilen yakın akrabaya bakım ve gözetim yükümlülüğü yani İslam hukuku anlamında “sıla-yı rahm” denilen vazife yerine getirilmektedir. Hibe akdinde maksat hâsıl olduğu için bu akit artık bağlayıcı hale gelmiş olup rücu imkânı bulunmamaktadır.

Ayrıca madde metninde akrabaları sayarken sınırlandırıcı bir özellik sayılmadığından, sözkonusu akrabanın Müslüman ya da gayrimüslim olması fark etmemektedir. Bu akraba İslam devletinin vatandaşı olsun ya da olmasın kendisine yapılan hibeden rücu edilemez.⁴⁸⁹

bb. Evlilik (Mecelle, md.867)

Mecelle’ye göre, “Zevc (koca) ile zevceden(karıdan) biri, beynlerinde (aralarında) zevciyyet (evlilik) kaim iken (devam ediyorken) bir şey hibe ve teslim ettikten sonra artık andan (ondan) rücu’ edemez.”⁴⁹⁰ Bu hibede de yukarıda izah edildiği gibi sıla-i rahim (akrabaya yardım) amacı vardır. Ondan ötürü, bu kişiler de hibe yapıldıktan sonra hibeden rücu edemezler, çünkü amaca ulaşılmıştır. Maksat hâsıl olduğundan artık hibeden rücu edilemez.

Madde metninden anlaşılacağı üzere “beynlerinde zevciyyet kaim iken” tabiri hibe vaktindeki hukuki duruma atıftır, yoksa rücu anındaki evlilik rücu engeli değildir.

488 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.187

489 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e., s.186; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.281

490 MECELLE; md.867; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.280; İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.534; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.59; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.119 ve s.121; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.176. Konuyla ilgili fetvalar için bkz. CERİDE-İ İLMİYE FETVALARI; 2009, s.72

Nitekim bir kişi yabancı bir kadına bir mal hibe etse, sonrasında onunla evlense bu durumda hibesinden rücu etmek isterse bu durum rücu engeli değildir. Ayrıca zevç ve zevce boşandıktan sonra da birbirlerine daha önce yaptıkları hibelerden rücu edemezler; ancak onların akrabaları birbirlerine hediye verirse bu hibeden rücu edebilirler.⁴⁹¹

cc. İvaz (Mecelle, md.868)

Mecelle'ye göre hibede ivaz verilmiş olması hibeden rücu etmeye mani olur. Anılan hüküm aynen şöyledir: “*Hibeye ivaz verilip de vahibin dahi kabz etmesi mani-i rücutur.*”⁴⁹² Yani, ister hibe anında şart koşulmuş olsun, ister sonrasında olsun; hibeye karşılık vahibe mevhübün leh veya başka biri tarafından hibesine karşılık olarak bir şey verilip, vahib de bunu kabzetmiş olursa; vahib bundan sonra hibesinden rücu edemez.

Ancak ivaz hibenin tamamı için değil; bir kısmı mesela yarısı için verilmiş olursa; vahib, ivaz verilen yarısı için hibesinden dönemese de diğer yarısı için hibesinden rücu etmesine mani yoktur.⁴⁹³ Böylelikle, hibe edilen malın yarısının hibe edilmesinden vazgeçildiği için söz konusu malda mevhübün leh ve vahib müşterek malik olacaktır. Bu durumda “*İbtidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir.*”⁴⁹⁴ Bir başka deyişle, “Başlangıçta cevaz verilmeyen şey devamında caiz hale gelebilir.” kuralı uygulanır. Yani, iştirak halinde mülkiyet varsa payını bağışlaması geçersizken, bağışlanan malın bir kısmı olan hissesinde rücu edildiğinde, bağış hükümsüz olmaz ve mevhübün leh o pay hakkında ortak mülkiyet hakkını

491 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.190; İBN ABİDİN; a.g.e, s.541

492 MECELLE; md.868; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.59; İBN ABİDİN; a.g.e, s.525; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.280

493 İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.530

494 MECELLE; md.55

kullanabilir.⁴⁹⁵ Çünkü bu durum sonradan oluşmuştur. Buradaki ivaz her şey olabilir; yalnız ivazla ilgili aşağıdaki bazı şartlardan bahsedilebilir.

İlk olarak, ivaz verilirken, verilen şeyin hibeye karşılık verildiği karşı tarafa iletilmelidir. Şöyle ki; ivaz verilirken mevhubün leh “*hibene ivaz*” ya da “*hibene sevaben al.*” şeklinde sözlerle bunu açıkça hibeye karşılık verdiğini vahibe söylemelidir.⁴⁹⁶ Vahib de başka bir mana çıkmayacak şekilde alacağı şeyin yaptığı hibeye ivaz olarak aldığını bilmelidir. Madde metnindeki “ivaz olmak üzere” ibaresiyle verilen şeyin ivaz olarak verildiğinin belirtilmesi istenir. Bu sebeple vahib, mevhubün lehe bir şey hibe ettikten sonra mevhubün leh kabzedip hiçbir şey söylemese; ardından mevhubün leh de vahibe bir şey hibe etse burada karşılıklı hibe söz konusudur, ivaz verilmiş olmaz.⁴⁹⁷

İkinci olarak, ivaz, mevhubdan başka bir şey olmalıdır.⁴⁹⁸ Yani mevhub malın bir kısmı mevhubün leh tarafından vahibe ivaz olarak verildiğinde, örneğin 50 altın verilip mevhubün leh de 5 altını ivaz olarak vahibe verdiğinde bu ivaz rücuya mani değildir.⁴⁹⁹

Bir başka şart olarak da, ivaz vahibin elinden istihkak yani üstün hak sahiplerinin talebiyle çıkmamış olmalıdır. Yani ivaz, vahibin elinden başka bir hak sahibi tarafından alınırsa vahib artık hibesinden dönebilir.

Vahib ve mevhubün leh arasında ivaz şartı olup olmadığında sorun çıkarsa yani vahib “İvaz şart kılınmıştı.”, mevhub da “Hayır kılınmamıştı.” derse söz mevhubün

495 İBN ABİDİN; a.g.e, s.531

496 İBN ABİDİN; a.g.e, s.525; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.173

497 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.193; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.525

498 İBN ABİDİN; a.g.e, s.544

499 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.194

lehin olur. Mevhubün leh vakıayı inkâr ettiğinden Mecelle'nin 76.maddesi gereğince kendisine yemin verilir.⁵⁰⁰

Hibenin ivazla olduğunda iki taraf ittifak edip yalnız miktarında ihtilaf ederlerse mevhub mevcut ve ivaz da teslim alınmamış ise; vahib isterse mevhubün lehine iddia ettiği miktarı kabzeder, isterse hibeden rücu ederek hibe edilen malı geri alır. Mevhub yok olmuşsa da kıymetini karşı tarafa tazmin ettirir.⁵⁰¹

Mecelle'nin 868.maddesine göre “*Gerek mevhubün leh tarafından ve gerek diğer bir kimse canibinden (tarafından) vahibe hibesine ivaz(karşılık) olmak üzere bir şey verilip izni olsun ya da olmasın, bir başkası tarafından da vahibe hibesine karşılık bir ivaz verildiğinde vahib bu ivazı aldıktan sonra hibesinden rücu edemez.*” Aynı zamanda, mevhubün leh yerine ivaz veren diğer şahıs da ivazı vahibten talep edemez.⁵⁰² Bu ivazı vermeyi üçüncü kişiden mevhubün leh istemişse vekâlet akdi çerçevesinde ivazı ancak ondan isteyebilir.

Son olarak; ivazın hibe yapılan malın bir bedeli olmayıp, hibe karşılığında karşı tarafa verilen bir şey olduğuna dikkat çekmek istiyoruz. Eğer ivaz mevhubun bedeli olsaydı burada faiz olma ihtimali gündeme gelir ve bu hibe geçerli olmazdı.⁵⁰³

dd. Malda Oluşan Ziyade (Mecelle, md.869)

Mecelle'ye göre mevhub malda ziyade (fazlalık) olması rücuya engeldir. Şöyle ki: “*Mal-ı mevhub arz (arazi, arsa) olup da mevhubün leh anın üzerine bina ihdas*”⁵⁰⁴

500 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.200; İBN ABİDİN; a.g.e, s.542

501 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.280; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s. 538

502 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.201; İBN ABİDİN; a.g.e, s.530

503 İBN ABİDİN; a.g.e, s.528

504 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.281

yahut ağaç ğars etmek⁵⁰⁵ (dikmek) veyahut mevhub zebun (zayıf) hayvan olup da mevhubün leh yanında semizlenmek⁵⁰⁶ gibi ziyade-i muttasıla (ayrılmaz fazlalık) hâsıl oldukda veyahut buğday olup da un edilmek gibi mevhubun ismi değişecek suretde tağyir(değişme) olundukta⁵⁰⁷ hibeden rücu' sahih(geçerli) olmaz. Amma ziyade-i munfasıla (ayrılabilir fazlalık) mani-i rücu' olmaz.”⁵⁰⁸ Yani, mevhub mal bir arazi olup da mevhubün leh bu arazi üzerine bina veya ağaç dikmişse, ya da mevhub zayıf bir hayvanken hibe edildikten sonra mevhubün lehin yanında semiz bir hayvan olmuşsa burada mevhub malda ayrılamaz bir fazlalık vardır, vahib hibeden rücu edemez. Yine mevhub mal buğdayken un edilmişse yani değişime uğradıysa vahib hibeden rücu edemez. Zira rücu dolayısıyla iade istediğinde hibe edilen maldan başka bir mal kendisine geri verilemez. Ancak ayrılabilir bir fazlalık varsa burada rücu edilebilir.⁵⁰⁹ Bu istisna maddede şöyle düzenlenmiştir:

Mecelle'nin 869.maddesi, “Bir kimsenin ahara (başkasına) hibe eylediği kısarak (dişi at) hamil(e) oldukta hibeden rücu' edemez. Amma doğurduktan sonra rücu edebilir. Ve bu suretle yavrusu mevhubün lehe kalır.”⁵¹⁰ şeklindedir. Bu maddeye göre, bir kişi diğer birine dişi bir at hediye ettiğinde bu at hamile kalırsa vahib hibeden rücu edip hamile atı geri alamaz. Atın doğurmasını beklemek zorunda kalır. Doğum gerçekleştikten sonra vahib rücu ederse atın yavrusu mevhubün lehin olur, vahib yine

505 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.282

506 İsmail CEBECİ; 2009, s.72

507 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.280

508 MECELLE; md.869; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.63; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.128

509 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.176

510 MECELLE; md.869

hibe ettiği atı alır.⁵¹¹ Doğum yapıldıktan sonra rücuya mani hal ortadan kalkmış olur. Zira *mani zail oldukça memnu avdet eder*.⁵¹² Yani bir şeyin engeli kalktığında yasaklanan şey serbest kalır.

Yine, arazi örneğinde mevhubün leh mevhub olan arazi üzerine menkul bir malını koymuşsa bu da ayrılabilir bir fazlalıktır. Bu fazlalık maldan ayrılır, mal hibe edildiği şekilde vahibe iade edilir. Özel bir durum da fiyat yükselmesinde söz konusu olur. Şöyle ki; vahib mevhubün lehe 50 altın değerinde bir kumaş hibe ettikten sonra fiyatların yükselmesinden yani enflasyondan dolayı kumaşın değeri 100 altına çıkarsa bu da rücuya engel değildir.⁵¹³

ee. Mevhubün Lehin Mevhubu Mülkiyetinden Çıkarması (Mecelle, md.870)

Bağış konusunun, mevhubün lehin mülkiyetinden çıkması hibeden rücuya engeldir. Bu konuda Mecelle'nin 870.maddesi aynen şöyledir: “*Mevhubün leh mevhubu bey'(satım) ile yahut hibe ve teslim ile mülkünden ihraç eylese vahibin rücu'a selahiyyeti (yetkisi) kalmaz.*”⁵¹⁴ Yani, mevhubün leh kendisine hibe edilen malı başka birisine satarak veya hibe edip teslim ederek mülkiyetinden çıkarırsa vahib artık rücu yetkisini kullanamaz. Çünkü malın kabz ile maliki olmuş olan mevhubün leh malında dilediği gibi tasarruf yetkisini haizdir. Bu bakımdan mevhubün leh mevhubun mülkiyetini dilediğine devredebilir. Bundan dolayı ilk vahib ikinci vahib olan mevhubün lehten malını isteyemez. Çünkü “*Bir şeyde sebeb-i temellükün (mülk edinme*

511 Mecelle konuyla ilgili genel bir hüküm koymakla yavrulama zamanı ve hibeden dönülebilecek zaman ayırım yapmamıştır. Ancak Ebu Yusuf'a göre yavru süten kesilene kadar vahib hibesinden dönemez. Zira yavru annesinin sütüne muhtaçtır. Bkz. Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.212

512 MECELLE; md.24

513 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.208; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.278

514 Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.67; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.133; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.533; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.292

sebebinin) tebeddülü (değişmesi), o şeyin tebeddülü makamına kaimdir (geçer).”⁵¹⁵

Hatta mevhubün leh malı başkasına hibe ettikten sonra o şahıs sonrasında mevhubun lehe aynı malı hibe etse ilk vahibin yine rücu etme imkânı yoktur.⁵¹⁶ Yalnız bir durumda mal tekrar mevhubün lehin mülkiyetine girdiğinde ilk vahibin rücu ve malı geri alma hakkı doğar. O da şu şekilde olur; mevhubün leh yaptığı akitten rücu ederse bu rücu yeni bir akit niteliğinde değildir, bir fesihtir. Fesihten dolayı mal mevhubün lehin mülkiyetine sonrasında tekrar dâhil olursa ilk vahib hibe ettiği malını rücu hakkını kullanarak geri alabilir.⁵¹⁷

ff. Mevhubun Helak (Yok) Olması (Mecelle, md.871)

Mecelle’nin 871.maddesine göre “*Mevhubün leh yedinde mevhub müstehlek (yok) olsa rücu’a mahal kalmaz.*”⁵¹⁸ Yani mevhub mal mevhubün leh elinde yok olduğunda vahibin hibesinden rücu etme imkânı kalmaz.⁵¹⁹ Mevhub mal kabzdan sonra mevhubün lehin mülkiyetinde olduğundan, vahib malın değerini mevhubün lehten isteyemez. Malın yok olmayan kısmı varsa, o kısım için rücu imkânı vardır.⁵²⁰ Bağış konusu malın yok olma her şekilde olabilir; mevhubün leh veya başkası tarafından tüketilmek şeklinde ya da bir afette yok olmak şeklinde meydana gelebilir.

Mevhubun hibesinden sonra mal telef olsa ve bu malın aslında üçüncü bir kişiye ait olduğu ortaya çıkarsa; hak sahibi malın değerini mevhubün lehe tazmin ettirir;

515 MECELLE; md.96; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.177

516 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.292

517 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.216; İBN ABİDİN; a.g.e, s.533

518 MECELLE; md.871; Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.68; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1327; s.134; İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar s.537; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.291

519 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.177

520 İBN ABİDİN; a.g.e, s.539

mevhubün leh ödediği miktarı vahibden talep edemez.⁵²¹ Çünkü hibe bir teberru akdidir, bu akitte hibe edilen malın İslam hukukuna göre eksiklikten salim olma şartı aranmaz.⁵²²

Malın telef olup olmaması konusunda vahib ve mevhubün leh arasında ihtilaf çıkarsa; yani vahib “Mal telef olmadı.” mevhubün leh de “Mal telef oldu.” derse bu durumda “yemin teklif edilmeksizin” söz hakkı mevhubün lehindir.⁵²³ Ancak mevhub malın mevcut olduğunu iddia eden vahib malı gösterirse mevhubün lehe o malın hibe edilen mal olmadığına dair yemin verilir.⁵²⁴

gg. Vahibin veya Mevhubün Lehin Ölümü (Mecelle, md.872)

Mecelle’nin 872/1 maddesine göre “*Vahib ve mevhubun lehden birinin vefatı mani-i rücu’dur.*”⁵²⁵ Yani vahib ya da mevhubün lehden biri vefat etmişse bu bir rücu engelidir. Bu vefatın teslimden sonra olması gerekir. Teslimden önce ölümü halinde hibe zaten hükümsüz kalır.⁵²⁶ Aynı şekilde “*Mevhubün leh fevt (vefat etmiş) olsa vahib hibeden rücu edemediği gibi vahib fevt oldukça verese (mirasçıları) mevhubu istirdat edemez (geri alamaz).*”⁵²⁷ Görüldüğü üzere Mecelle rücu hakkını yalnızca vahiye tanımıştır. Vahibin mirasçıları bu hakkı kullanamazlar. Çünkü hibede bulunan sıfatı kendilerine ait değildir. Yine mevhubün leh vefat ettiğinde bu bir rücu engelidir. Zira bu durumda mevhub mal mevhubün lehin terekesine intikal etmiş olur. Mevhubün lehin

521 İBN ABİDİN; a.g.e, s.538

522 İBN ABİDİN; a.g.e, s.538

523 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.218; İBN ABİDİN; a.g.e, s.537; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.289

524 İBN ABİDİN; a.g.e, s.537

525 Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.68; ; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e, s.135; İBN ABİDİN; a.g.e, s.525; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.277

526 MECELLE; md.849; İBN ABİDİN; a.g.e, s.525; Hacı Reşid PAŞA; a.g.e, s.27; Mustafa Fevzi Efendi; a.g.e; s.48

527 MECELLE; md.872/2; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.177

mirasçıları da bu malı miras yoluyla mülk edinmiş olur. Mevhubün lehin mevhub malı edinme sebebi hibe iken mirasçılarının aynı malı edinme sebebi mirasçılıktır. Dolayısıyla “*temellük sebebi değiştiğinden o şey de değişmiş yani başka bir mal olmuş gibi kabul edilir*”⁵²⁸ ve rücu imkânı kalmaz.

hh. Alacağın Borçluya Hibe Edilmesi (Mecelle, md.873)

Mecelle’nin 873.maddesine göre “*Dayin (alacaklı) alacağını medyuna (borçluya) hibe ettikde artık andan (ondan) rücu’ edemez.*”⁵²⁹ Yani alacaklı alacağını borçluya hibe ederse sonrasında bu hibesinden yani ibrasından rücu edemez. Çünkü bu işlem İslam Hukuku anlamında “iskat” yani borcun düşmesi anlamına gelir. Madde metninde de Mecelle’nin “*Sakit olan avdet etmez.*” şeklindeki 51. maddesine atıf yapılarak düşen borcun bir hukuki işlemle yeniden canlandırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durum aslında özel bir rücu engelidir. Zira bir malın hibesinde rücu engelleri mevcut olduğu takdirde hibeden rücu edilemezken, bu madde hükmü gereğince borç borçluya alacaklı tarafından hibe edildiğinde başka bir rücu engeli aranmaksızın artık rücu imkânı verilmemektedir. Yani Mecelle aynın hibesi ve borcun hibesi arasında bu madde anlamında ayırma gitmiştir. Örneğin bir kişi sağlığında bir evini annesine bir bedel karşılığında veresiye satıp, sonrasında bu bedeli annesine hibe ettiğinde yani alacağını borçlusu olan annesine hibe ettiğinde, bundan sonra vefat ederse vahib olan ölen şahsın mirasçıları örnekteki mevhubün leh olan anneden ev bedelini isteyemedikleri gibi eve müdahale de edemezler.⁵³⁰

528 Bkz.MECELLE; md.98

529 Hacı Reşid PAŞA; 1326, s.69; ; Mustafa Fevzi Efendi; 1326; s.139; İBN ABİDİN; Reddu’l Muhtar, s.553

530 FETAVA-YI Ali EFENDİ; s.630

Ancak madde metninde geçen “*medyuna*” yani borçluya ibaresi takyidi bir lafızdır. Yani bu borç borçludan başkasına hibe edilirse bu durum borcun düşmesi yani ibra değil, bir malın başkasına temliki hükmündedir.⁵³¹ Bu halde rücuya engel teşkil etmez. Çünkü vahib hibesinden rücu ederse malı borçlusundan değil, malı borçludan kabz eden üçüncü kişi olan mevhubün lehten istirdat edebilir.

c. Hibenin Hâkim Tarafından Feshi

Kabzdan önce vahibin hibesinden rücu etmesinde yukarıda aktarılan maniler yoksa bir sorun bulunmamaktadır. Ancak kabzdan sonra rücu için vahibin tek taraflı irade beyanı yeterli değildir. Nitekim Mecelle’nin 864.maddesine göre “*Vahib kabzdan sonra mevhubün lehin rızası ile hibeden rücu’ edebilir.*” Yani mevhubün lehin rızası olmadan kabzdan sonra hibeden rücu mümkün değildir. Aynı madde hükmüne göre mevhubün leh hibeden rücuya razı olmazsa vahib hâkime müracaat eder. Hâkim rücu engeli yoksa hibeyi fesh edebilir. Ancak rücu engeli varsa hibeyi fesh edemez. Bu durumda Mecelle, kabzdan sonra hibesinden rücu etmek isteyen vahib için önce mevhubün lehin rızasını almasını, mevhubün lehin rızasını alamazsa mahkeme önünde dava açarak rücu edebilmesi hakkını tanımıştır. Hâkimin feshinden önce mevhub malın mevhubün leh elinde yok olması veya kaybolması durumunda mevhubün leh malın değerini tazminle yükümlü tutulamaz. Zira kabz gerçekleştiğinden mevhubün leh artık o malın sahibi durumundadır. Hâkim, olaya göre vahibin rücu edip etmemekte haklı olduğunu değerlendirip bu şekilde karar verir.

Madde metninde vahibin hibeden rücu ile ilgili kabul edilebilir mazeretinin neler olacağı açık değildir. Ancak Mısır Ahval-i Şahsiyye Kanunu’nda da belirtildiği üzere; mevhubün lehin vahibe karşı nankörlüğü, vahibin geçim sıkıntısına düşmesi ve hibeden önce çocuğu olmayan vahibin hibeden sonra çocuğunun olması meşru mazeretler olarak

531 Alacağı borçludan başkasına temliki Mecelle’nin 848.maddesinde düzenlenmiştir.

kabul edilebilir.⁵³² Hâkimin fesih kararından sonra mevhub mal mevhubün lehin mülkiyetinden çıkıp, onun yanında bir emanet olur ve vahib hâkimin fesih hükmünden sonra malı istediği halde mevhubün leh geri vermezse telef veya zayi durumunda malın değerini tazmin eder.⁵³³ Bu fesih hibe akdini ileriye dönük olarak sona erdirir, önceki yapılmış işlemler bundan etkilenmez.⁵³⁴ Bu sebeple fesih kararından önce malda bir fazlalık oluşmuşsa bu mevhubün lehin olacaktır.

d. Ölüm Sebebiyle Sona Erme

Mecelle'nin 849.maddesine göre “*Kabl'el-kabz (kabzdan önce) vahib yahut mevhubün leh fevt (ölmüş) olsa hibe batıl olur.*” Vahibin ölmesi durumunda vahibin malvarlığından çıkmayan mevhub mal, kendi varislerine intikal etmiş olur. Bu sebeple hibe batıl olur. Mevhubun lehin ölümünden sonra kendi mirasçıları vahibin icabını kabul edemez çünkü vahib hibe etmesi yönündeki icabını Mecelle'nin ifadesiyle fevt olan yani ölen mevhubün lehe yapmıştı. Bu meselede mevhubun lehin mirasçılarının icabı kabul etme hakları yoktur.⁵³⁵ Örneğin bir kişi ölüm hastalığında bir malını yabancı birine hibe ettikten sonra mevhubün leh malı kabzetmeden evvel vahib ölürse hibe batıl (hükümsüz) olur.⁵³⁶

e. Aciz Sebebiyle Hibenin İptali

Mecelle'nin 864.maddesinde⁵³⁷ mevhubun kabzından sonra vahibin isteğiyle hâkimin hibeyi feshedilmesi düzenlenirken fesih sebepleri düzenlenmemiştir. Ancak

532 Abdülkadir ŞENER; 1984, s.103

533 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.184

534 Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.184

535 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.75

536 İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.525

537 Bu madde “Hâkim dahi mevadd-ı atiyede (ileriki maddelerde) beyan olunacak mevani-i rücu(rücu engelleri) yoksa hibeyi fesh edebilir.” şeklindedir.

hibeden sonra vâhibin geçim sıkıntısına düşmesi veya bütün servetini kaybetmesi hâkimin hibeyi feshetmesi için herhalde bir dayanak teşkil edebilir.⁵³⁸

538 Abdülkadir ŞENER; a.g.e, s.111

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:
TÜRK BORÇLAR KANUNU (TBK)⁵³⁹ BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ
HÜKÜMLERİ

I. SÖZLEŞME KAVRAMI

Modern hukukta sözleşme, “İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını belirli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla ortaya koymalarıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁴⁰ TBK’ye göre, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”⁵⁴¹ Açık irade beyanı genelde sözle yapılırken, iradenin örtülü olarak dışı vurumunda iradenin davranışlarla ortaya konmaktadır.⁵⁴²

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

A. Tanımı ve Niteliği

Bağışlama sözleşmesi bağış yapanın hayatta iken tek taraflı olarak malvarlığı haklarında tasarruf ederek bağışlanana mülkiyeti devir amacı güden⁵⁴³ tek tarafa borç yükleyen ve iki taraflı bir sözleşmedir.⁵⁴⁴ TBK’nin 285.maddesinde bağışlama sözleşmesinin tarifi verilmiştir. Bu tarif; “*Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir*

539 Çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu için bundan sonra TBK kısaltması kullanılacaktır.

540 Bkz. Mehmet AYAN; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s.107

541 TBK md.1

542 Abdülkerim YILDIRIM; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.58

543 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.52

544 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tespit edilmiştir. Hükümden anlaşıldığı gibi bu sözleşmenin esası bağış yapanın malvarlığının eksilmesi ve lehine bağış yapılanı zenginleştirmektir. Türk Borçlar Kanunu md.285’deki düzenlemede “karşılıksız olarak” ifadesiyle zımni olarak bağış sebebi (causa donandi) ifade edilmektedir.

B. Şartları

TBK’ye göre geçerli bir bağışlama sözleşmesinden bahsedilebilmesi için ilk olarak bağışlayan tarafından borçlanılan bir kazandırma mevcut olmalıdır. Ayrıca, bu kazandırma sağlararası bir netice doğurması için yapılmalı, bağış yapanın malvarlığı haklarından gerçekleşmiş olmalı ve karşılıksız olmalıdır.⁵⁴⁵

1. Bağışlayanın Kendi Malvarlığından Yaptığı Kazandırıcı Bir Muamele Olması

Kişi malını bağışladığından malvarlığı azalmakta, lehine bağış yapılanın malvarlığı artmaktadır. Bağış iradesi farklı tarzlarda dışa vurulmaktadır. Örneğin; menkul bir malın zilyetliğinin devri, gayrimenkul malın tapuya tescili veya ibra işlemi şeklinde yapılabilmektedir. Bağış yapanın mülkiyetinde bulunmayan fakat gelecekte malvarlığına girmesi muhtemel hak veya alacaklarda bağış yapılamaz.⁵⁴⁶ Çünkü ancak malvarlığında bulunan şeyler hakkında tasarruf yetkisi kullanılabilir. Bu durum; TBK md. 285’de “*Henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek bağışlama değildir.*” açıkça düzenlenmiştir. Örneğin; TMK md. 605 ve devamında düzenlenen mirasın reddedilmesi tek taraflı iradeyle yasal süreler içinde⁵⁴⁷ davayla bu işlemin tespiti. Anılan beyanın sulh hukuk mahkemesince tespitiyle mirasçı miras bırakanın terekesini

⁵⁴⁵ Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.189

⁵⁴⁶ Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.193

⁵⁴⁷ TMK md.606/1’e göre ret süresi üç aydır. Bu süre hak düşürücü olup, mirisin ölümünden ve mirasçının kendisinin mirasçı olduğunu öğrenmesinden başlar. Bkz. Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s.413

borç ve alacaklarıyla beraber reddetmiş olur.⁵⁴⁸ Buradaki ret diğer mirasçılardan payını artırsa bile tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan bağışlama sayılmaz.⁵⁴⁹ Vakıf kurma yani muayyen malların bir gayeye hasredilmesi, vakıf kurma işlemi akitle yapılmadığından⁵⁵⁰ ve bağış iradesi olmadığından de bağışlama sayılamaz. Fakat mevcut bulunan bir vakfa muayyen bir malı verme veya kazandırma bağışlama sayılır. Modern borçlar hukukumuzda bir ayni haktan feragat, düşün gibi toplumsal olaylarda yapılan düşük değerli bağışlar, eksik borçların ifası, bir eşin diğer eşe ait malvarlığı unsuruna yaptığı katkı, anlaşmalı boşanma protokolünde eşlerden birinin diğerine bir taşınır veya taşınmaz eşyasını devretmeyi taahhüdü bağışlama değildir.⁵⁵¹ Evlenirken çocuğa verilen çeyiz ise Yargıtay uygulamasında bağışlama olarak kabul edilmiştir.⁵⁵²

2. Kazandırmanın Bağışlama Sebebi (*Causa Donandi*) ile Yapılması

Bağışlama sözleşmesinin ikinci unsuru, zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında uygun bir illiyet bağının bulunmasıdır. Uygun nedensellik bağı iradenin keyfiyetine dayanmaktadır.⁵⁵³ İrade bağışlama yönündeysen bağışlama sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Mesela; bir ahlaki görevin ifası veya toplumu ilgilendiren bir ödev ile alakalı tasarruf edilmesi halinde bağışlama iradesi bulunmadığından bağıştan söz edilemez.⁵⁵⁴ TBK 285.f.3de bu husus “*Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. O halde, bir ahlaki ödevi yerine

548 Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; a.g.e, s.411

549 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.193

550 TMK md.101; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku; Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.662

551 Mustafa Alper GÜMÜŞ; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 3.Bası, İstanbul, 2013, c.1, s.204

552 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 19.02.1997 tarih ve 2-748/74 sayılı kararı

553 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.56

554 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.193

getiren şahıs bakımından bu davranışı ifa sebebi oluştursa da bağışlama sebebi oluşturmaz.⁵⁵⁵ Örnek olarak, örf icabı hediye verilmesi,⁵⁵⁶ güçten düşmüş kişilere yardımda bulunulması durumları bağışlama sebebi olmadığından bağışlama olarak kabul edilmez.⁵⁵⁷

Eksik borçların yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz. Eksik borçlar bazı toplumsal, ekonomik ve ahlaki çekincelerden dolayı talep edilebilen fakat dava edilemeyen borçlardır.⁵⁵⁸ Kişi, bu borcu dava veya icra takibi yoluyla ifaya zorlanamaz fakat borç ifa edilirse tam bir ifa gibi kabul edilir. Bu borç ifa edildiğinde; yapılan ifa bağışlama sebebi oluşturmaz, borçlanılan şeyin ifa edilmesi veya ifa sebebi oluşturur. Taraflar sözleşmeyi bağışlama diye nitelese dahi “*causa donandi*” bulunmadığı müddetçe bağışlama sözleşmesi kurulmuş olmaz.

3. Bağışlamanın İki Taraflı Bir Sözleşme Olması

Bağışlama sözleşmesi, niteliği gereği iki taraflı bir sözleşmedir. Sözleşme öneri ve kabulün uyuşmasıyla meydana gelir. Bunlardan önce yapılane “öneri” denir.⁵⁵⁹ Kabul ise öneriye verilen olumlu cevaptır. Bağışlama sözleşmesinin ortaya çıkması için tarafların bağış hususunda anlaşması gerekir. Tarafların sözleşme yapma iradesinin bir konu üzerinde uyuşması arandığından⁵⁶⁰ bağışlama sözleşmesi bir tarafa borç yükleyen sağlararası bir sözleşme niteliğindedir.

555 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.33

556 Düğünde takılan takıların bağış olmayıp; kadına ait olduğuna ilişkin Bkz. Yargıtay 4. HD., 25.12.1989 tarih, 5919 E., 9946 K.sayılı ilamı

557 Bkz. Yargıtay 4. HD., 12.01.1965 tarih, 1031 E., 82 K.sayılı ilamı

558 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.30

559 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.61

560 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.49

4. Bağışlamanın Sağlararası Yapılmış Olması

Bağışlama sözleşmesi bağış yapanın sağlıklı iken yaptığı sözleşmedir. Dolayısıyla bağışlamada bulunan ölüme bağı bağısta bulunma taahhüdünde bulunmuşsa, o zaman bağışlama değil vasiyet hakkındaki hükümler uygulanacaktır.⁵⁶¹ TBK'nun 290. maddesinin ikinci fıkrasında bu husus “*Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağı olan bağışlamada vasiyete ilişkin hükümler uygulanır.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu maddeden; bağışlamada bağış yapanın sağlıklı iken malvarlığından bağış yapılan kazandırmada bulunması gerektiğı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca; bağışlama tam üçüncü şahıs yararına sözleşme (TBK md.126/2) veya havale (TBK md.555) yoluyla gerçekleşebilir, bu durumda da üçüncü kişı bağışlama konusuna hak kazanır.⁵⁶²

C. Bağışlamada Ehliyet

1. Bağışlama Yapma Ehliyeti

Bağışlama sözleşmesi malvarlığı üzerinde tasarruf etmek anlamına geldiğinden, bu sözleşmeyi yalnızca tam fiil ehliyetine sahip şahıslar yapabilir.⁵⁶³ Bu durum TBK md.286/1’de “*Fiil ehliyetine sahip olan herkes eşler arasındaki mal rejiminden veya miras hukukundan doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere bağışlama yapabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁶⁴ Sınırlı ehliyetsiz kişiler bağışlama sözleşmesini kural olarak kendileri yapamazlar, yalnız vasi veya velisinin izni veya onayıyla bağışlamada

561 Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; 2015, s.142

562 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.194

563 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.191; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; 2011, s.303

564 Serbestlik ilkesinin aile hukukundaki istisnaları için bkz. Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; a.g.e, ss.121-126

bulunabilirler.⁵⁶⁵ Önem arz eden bağışlamalarda⁵⁶⁶ bulunma ise; sınırlı ve tam ehliyetsizler açısından yasak işlemlerden olduğundan; bu şahıslar kendileri adına; veli veya vasileri ise onlar adına böyle bağışları yapamaz.⁵⁶⁷

2. Bağışlamayı Kabul Ehliyeti

Bağışlamayı kabulde lehine bağış yapılan kişi malvarlığı hakkında tasarruf etmediğinden ayırt etme gücü bulunanlar bağışlamaları kabul edebilirler.⁵⁶⁸ TBK'nun 287. maddesinde bu husus *“Ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse bağışlamayı kabul edebilir. Ancak; bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama ortadan kalkar.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; bağışlayanın yasal temsilcisi onun adına önemli bağış yapamasa da; onu korumak için yasada kendisine tanınan yetkiyle sözleşmeyi iptal etme ve bağışlananı bundan men etme hakkını kullanabilir.⁵⁶⁹ Dolayısıyla; kabul için yasal temsilcinin onayı aranmazken, lehine bağış yapılanın menfaatine ters düşecek bağışlamalarda yasal temsilci bunu iptal edebilmektedir. Bu durumda kısıtlı vesayet makamına TMK md.461 gereği şikâyetle bulunabilirken velayet altındaki küçüğün böyle bir hakkı yoktur.⁵⁷⁰

565 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.156; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; a.g.e, ss.328-330

566 Önemli bağış, vesayet altındaki kişinin malvarlığı, gelir durumu, yerleşik adetler, bağışlanan şeyin değeri gibi kıstaslar incelenerek her somut olayda ayrı incelenir. Sözelimi, asgari ücretle çalışan ve bir evi ile bir arabası olan kişi için araba bağışlamak önemli bir bağıştır.

567 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.191; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; a.g.e, s.333

568 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.192; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; 2011, s.333

569 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.192; Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; 2011, s.323

570 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.192

3. Başışlamada Tasarruf Yetkisi

TBK md.286 gereği “*Herkes, eşler arasındaki mal rejiminden veya miras hukukundan doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere başışlama yapabilir.*” Bu madde Anayasa md.48’de ve Borçlar Kanunu md.26’da düzenlenen sözleşme özgürlüğü prensibinin bir istisnasıdır. Konumuzla alakalı diğer bir sınırlandırıcı hüküm olan TBK md.286/1’ de “*Başışlamayı izleyen bir yıl içerisinde başlatılmış olunan bir yargılama sonucunda başışlayanın, savurganlığı yüzünden kısıtlanmasına karar verilirse, o başışlama mahkemece iptal edilebilir.*” şeklinde bir kayda yer verilmiştir. Ancak, mahkeme hükmüyle savurganlık nedeniyle kısıtlanan kişilerin iyiniyetli üçüncü kişilere ilandan önce yapılmış olan başışlama geçerli olup tüm hukuksal sonuçlarını doğurur.⁵⁷¹

Kişi, başışlamada tasarruf yetkisini yukarıda aktarılan kurallar ve sınırlamalar saklı kalarak serbest bir şekilde kullanıp bir başkasına başışlamada bulunabilir.⁵⁷² Ayrıca; TBK md.27/1 gereği; emredici hükümlere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan sözleşmeler hükümsüz olduğundan; örneğın belli bir miktarda eroinin (emredici hükümlere aykırılık) veya ileride edinilecek bütün malvarlığının (kişilik haklarına aykırılık) başışlanmasını konu edinen bir başışlama sözleşmesi yapılamaz, yapılırsa kesin hükümsüz yaptırımına tabi olur.

D. Başışlamanın Türleri

1. Başışlama Sözü Verme

Başışlama sözü vermede başış yapan birisine gelecekte malvarlığından bir başışlamada bulunacağını taahhüt etmektedir. Bu durumda henüz başışlama gerçekleşmemiş olup, kişinin malvarlığında bir tasarruf da söz konusu değildir. Bu şekilde malvarlığının pasifini yani borç kısmını artıran işlemlere “borçlandırıcı işlem”

571 Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; a.g.e, s.331

572 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.191

denmektedir.⁵⁷³ Bağışlama sözü verme halinde; bağış yapan kişi devir borcu altına girmekte ve bu borç bağışlama sebebi teşkil etmektedir. Dolayısıyla, bağışlama sözü verme borçlandırııcı bir işlem olup, bağışlama yapma tasarruf işlemi olmaktadır.

Borçlar Kanunu genel olarak şekil serbestisini öngörmesine rağmen⁵⁷⁴; bağışlama sözü verme durumunda yasa koyucu bir şekil belirlemiştir. Bu tercihle taraf menfaatlerini ve kamu düzenini korumak, ispatı kolaylaştırmak, tarafların sözleşmeyi iyice düşünmesini ve sözleşme hükümlerinin doğru yorumlanmasını sağlamak amaçlanmıştır.⁵⁷⁵ Öngörülen kanuni şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.⁵⁷⁶

TBK. md.288 ve Noterlik Kanunu md.60/3 ve md.89 gereğince bağışlama taahhüdünün taşınmazlar ve benzer nitelikteki mallar için resmi şekilde yapılması zorunludur. Taşınmaz dışındakilerde ise sözleşmenin yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Bu hususta TBK’nun 288. maddesinin 1. fıkrası *“Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.”* şeklindedir. TBK’nun 288.maddesinin 2. fıkrası gereğince *“Bir taşınmazın ve taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Yani; taşınmazlar için Tapu Kanunu md.26 ve TBK md.288/2 hükümleri gereği bağışlama vaadinin resmi yazılı şekilde yapılması gereklidir.⁵⁷⁷ Burada borçlandırııcı işlem geçersiz olduğundan sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemi de geçersiz olur ve mülkiyet alıcıya geçmez.⁵⁷⁸ Taşınmazlar

573 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.54

574 TBK, md.12/1

575 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.75; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.196

576 TBK md.12/2

577 Bkz. Yargıtay 16. HD., 31.10.1991 tarih ;4007 E., 14127 K. ve Yargıtay 5. HD 26.09.2012 tarih 12342 E., 17633 K. sayılı ilamları

578 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.56; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.196

haricinde kalan diğer mallar için sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunlu olup konuyla ilgili pek çok Yargıtay ilamı vardır.⁵⁷⁹

Bağışlama vaadi gereken şekle uyulmaz ise hüküm ve netice doğuramaz. Fakat TBK'nun 288.maddesinin 3. fıkrasında hususi bir hüküm yer alır. İlgili madde; “*Şekle uyulmaması sebebi ile geçersiz olan bağışlama sözü verme; bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde elden bağışlama hükmündedir.*” şeklindedir. Bu halde şekle uyulmaması nedeniyle bağışlama vaadi geçersiz sayılmayarak; tahvil yöntemiyle elden bağış olarak kabul edilmiştir.⁵⁸⁰ Aynı maddede “*Ancak geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.*” hükmüyle de taşınmazlarda zorunlu olan resmi şekil şartına aykırılık halinde yasal tahvilin uygulanamayacağı yani sözleşmenin geçersiz olacağı belirtilmiştir.⁵⁸¹

2. Elden Bağışlama

“*Elden bağışlama; bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesi ile kurulmuş olur.*”(TBK md.289) Madde metninden anlaşıldığı gibi elden bağışlama yalnızca taşınır ve benzer nitelikteki mallar hakkında söz konusudur. Elden bağışlama taşınırlarda TMK md.977 ve devamı maddeleri gereğince zilyetliğin geçirilmesiyle

579 Mehir senedi bakımından bir Yargıtay Kararı şöyledir: Medeni Kanun, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaat edip bir süre ertelemesini yasaklamamıştır. Bu nedenle, eski hükümlere göre kurulmuş mehir, Medeni Kanun tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olarak kabul edilemez. (02.12.1959 günlü,14/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesi). Mehir sözleşmeleri bugün için de geçerlidir. (Yargıtay 2. HD 25.10.1965,4557/5028 sayılı kararı) Mehr-i müeccel, ileriye yönelik bir bağışlama vaadidir. Koca dışında üçüncü bir kişinin de bağışlama vaadi geçerlidir. Ancak, bu durum, Borçlar Kanunu'nun 110.(TBK 128) maddesinde yazılı üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, Borçlar Kanunu'nun 238 (TBK 288) maddesinde düzenlenmiş bağışlama vaadidir. Bağışlama vaadinin geçerliliği, yazılı olma koşuluna bağlıdır. Esasen taşınmazın sicil kaydı (mülkiyeti) da davalıya intikal ettirilmiştir. Bu durumda değinilen ilkeler çerçevesinde iddia ve buna ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde anılan belgeye değer verileceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru değildir.”(Yargıtay 1.HD; 13.10.2010 tarih,9242 e./10342 k. Sayılı ilamından)

580 Tahvil; butlanla sakat olan bir sözleşmenin, benzer amaç güden başka bir işlemin koşullarını sağlaması durumunda bu işleme dönüştürülmesidir. Bkz. Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.88

581 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.196

gerçekleşir. Alacaklarda alacağın temliki, haklardaysa taşınmaz üzerindeki aynı haklardaki tescil şartı saklı kalmak üzere hakkın devriyle tamamlanır.⁵⁸² Elden bağışlama kural olarak taşınmazlarda tatbik edilemez. Taşınmazlarda tapuya tescil tasarruf işlemi olup, tescil işleminin de hukuksal bir sebebe dayanması zorunlu olduğundan sözleşmenin tapuya tescili zorunludur.⁵⁸³ Yargıtay uygulamasında tapusuz taşınmazlar taşınır hükümlerine tabi olduğundan; bu mallar elden bağışlanabilir.

Son olarak bu başlıkta alacağın devrine değinmek gerekir. Alacak hakkı devreden kişiyle devir alan kişi arasında akdedilen bir anlaşmayla devredilebilir.⁵⁸⁴ TBK md. 183 gereği; *“Kanun, sözleşme ve işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın da alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.”* Bu sözleşme ivazsız yapıldığında; devreden ya da evvelki alacaklı, alacağın mevcudiyetinden ve borçlunun ödeyebilme gücünden mesul olmaz.⁵⁸⁵

3. Şartlı Bağışlama

Genellikle sözleşmelerde; beklenen hüküm ve sonuçların doğması sözleşmenin kuruluşuyla gerçekleşir. Ancak bazen taraflar kararlaştırdıkları bazı koşulların ortaya çıkması durumunda sözleşmelerinin hüküm ve netice doğurması hususunda anlaşabilmektedir.⁵⁸⁶ Böyle bir durumda; sözleşme kurulmuştur, lakin sözleşmenin hüküm ve netice doğurması şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur.⁵⁸⁷ Böyle bir şart ihtiva eden bağış sözleşmelerine şartlı bağışlama sözleşmesi denilir. Şart geciktirici

582 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.195

583 Tapu Kanunu; md.26

584 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.377

585 TBK md.191/2 hükmü uyarınca.

586 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.197

587 Gayrimenkul bağışında geciktirici şartın geçerli olduğuna ilişkin bkz. YHGK 18.02.1987,20/109 sayılı ilamı

veya bozucu nitelikte olabilir. Başışlama sözleşmesinde de başış yapan sözleşmede şart koşabilir. Aşağıda başışlamaya konu olabilecek belli başlı şart türleri incelenecektir.

a. Başışlayanın Ölümüne Bağı Olan Başışlamalar

Başışlamada bulunan ölmesi durumunda başışlamanın hüküm ve sonuçlarını doğuracağını sözleşmede şart koşabilir.⁵⁸⁸ Başışlamada bulunan bu şekilde eceline ya da ölümüne bağı olan bir koşul ekleyerek başışlamada bulunabilir. Yalnız, ölüm gerçekteşmesi kesin bir olay olduğından; bu şart geçerli olup ifa ancak başışlayanın ölümünden sonra talep edilebilir.⁵⁸⁹ Doktrinde savunulan görüşe göre, bu tür başışlama sözleşmelerinin miras sözleşmesi veya vasiyet olarak yapılması gerekir.⁵⁹⁰

b. Başışlayana Dönme Şartı İle Yapılan Başışlamalar

Başışlamada bulunanın bağış yapılanı malvarlığından kazandırmada bulunması, fakat bağış yapılanın kendinden evvel ölümü durumunda verdiğı şeyi geri alma hakkına sahip olması şartıyla da sözleşme yapılabilir.⁵⁹¹ Başışlamada bulunan; bağış konusunun yalnızca bağış yapılan tarafından kullanılmasını arzu etmekte ve bu şartla bağış yapılanın varislerinin o malı kazanmasına mani olmaktadır. TBK md. 292/1’de “Başışlayan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde bağışlanılan şeyin kendisine dönmesini şart edebilir.” şeklinde bu şartlı bağış hükme bağlanmıştır. TBK md.292/2’de ise “Bağışlama konusu, taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki bir ayni hakka ilişkin ise, bağışlayana dönme koşulu tapu siciline şerh verilebilir.” hükmü bağışlamada bulunana dönme şartının taşınmaz bir mal hakkında olması durumunda bu hakkın tapu siciline şerh edilebileceğini ve taşınmazın sonraki sahiplerine karşı da öne

588 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.199

589 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.199

590 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.200; Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; a.g.e, s.411

591 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.201

sürülebileceğini belirtmiştir.⁵⁹² Bu durumda aslında tapu siciline şerh edilip güçlendirilen bir hak söz konusu olup bir nevi eşyaya bağlı borç ilişkisi ortaya çıkarmaktadır.

Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verilen bir Yargıtay kararı aynen şöyledir: *BK 242.maddesi, ölüme bağlı olan bağışlamanın özel bir türünü oluşturmaktadır. Burada, bozucu koşula bağlı elden bağışlama söz konusudur. Diğer bir anlatımla, bağışın devamlılığı bir olaya (lehine bağış yapılanın ölümüne bağlanmış olmaktadır. Hal böyle olunca da; koşulun gerçekleşmesi halinde de bağışa konu olan şeyin iadeten temlikine veya teslimine hacet kalmaksızın malın veya şeyin mülkiyeti kendiliğinden avdet eder. Çünkü bozucu koşulla askıda bulunan tasarruflı işlem, koşulun gerçekleşmesi ile hükümsüz hale gelir ve bağışlananın üzerinde kalan tapu kaydı da illetten ve sebepten yoksun, yolsuz bir tescil niteliğini alır. Bunun doğal sonucu olarak, hükümsüz hale gelen işlem ve tescil, zamanın geçmesi ile yeniden geçerlilik kazanamaz.*⁵⁹³ Görüldüğü gibi Yargıtay bu kararında, konusu taşınmaz mülkiyetinin devri olan ve bozucu bir koşula bağlanan bağışlama sözleşmesinin ifa edilmiş ve tapu devredilmiş olmasına karşın, bozucu koşulun gerçekleşmesi ile sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi sebebiyle tescilin de yolsuz bir nitelik kazanacağını hüküm altına almıştır.

c. Yükleli (mükellefiyetli) Bağışlamalar

Bağışlamada bulunanın birisine malvarlığından bir şey bağışladığı ve bağış yapıldan da belirli bir şeyi yapmasını veya yapmamasını beklediği bağışlamalara “yükleli bağışlamalar” denir.⁵⁹⁴ TBK md.291 f.1’de bu durum “*Bağışlayan bağışlamasına yüklemeler koyabilir*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bir edimde bulunulması veya bulunulmaması bağışlamada bulunca talep edildiğinden bu talep

592 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.201

593 Yargıtay 1. HD; 28.12.1988 tarih; 9690 E. 13087 K.sayılı ilamı

594 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.191

hukuki olarak bir edim değil, bir mükellefiyet olmaktadır.⁵⁹⁵ Bağışlamada bulunan, lehine bağış yapılanın bir şeyi yerine getirmesini amaçlamaktadır.⁵⁹⁶ Örneğin; bir okul yapılması için arsa bağışlamak veya bir vakfa para bağışlayıp bunun geliriyle ihtiyaç sahiplerine yardım edilmesini şart koşmakta bağışlayan bağışına mükellefiyet koymaktadır.

Yüklemeli bağışlamada mükellefiyet bağışlama sözleşmesinin içerisine konulabilir veya başka bir sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bağışlamada bulunan malvarlığından bağış yapılan kişiye kazandırma yapmazsa mükellefiyeti yerine getirmesini isteyemez. Bağış yapılan kişi bağış tamamlandığı halde mükellefiyeti ifa etmezse bu hususun dava yoluyla istenmesi mümkündür.⁵⁹⁷ Bağışlamada bulunan, bağışlayan ölmüşse mirasçılar, yetkili merciler, mükellefiyetten faydalanacaklar yüklemenin bağışlananca ifa edilmesini talep edebilirler.⁵⁹⁸ Ek olarak, TBK md. 291/3 hükmü “*Kamu yararına olarak bağışlamaya konulmuş olan bir yüklemenin yerine getirilmesini isteme yetkisi, bağışlayanın ölümünden sonra ilgili kamu kurumuna geçer.*” şeklindedir. Bu maddede geçen “ilgili kamu kurumu” ifadesinden yüklemenin gayesi ile ilintili kamu kurum ve kuruluşları anlaşılır.

Bu konuda bir Yargıtay kararı aynen şöyledir: *Bağışlamada, bağışlayana bir yükümü yerine getirmek ödevi yüklenebilir. Yüküm bağışlamaya eklenen bir yan (fer'i) kayıttır ki, bununla kendisine bağışlama yapılan kimse, belli bir amaç için edimde bulunmak zorunluluğu altına sokulur. Şu da var ki; bu yüküm bir denk karşı edim değildir. Çünkü bağışlanana bir denk karşı edim yüklenebilmesi, bağışlayanın niteliği ile bağdaşmaz. Yükümde, bağışlayanın belli bir amacın gerçekleşmesi uğruna*

595 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.197

596 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.198

597 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.199

598 Bkz. TBK md.291 vd.

bağışlanana bir edimde bulunması ödevinin yüklenmesi söz konusudur. Değişik bir söyleyişle yüküm, bağışlanan için bir bir edimde bulunma ödevi doğurmasına rağmen; bağışlamanın karşılıksız(ıvazsız) oluşunu etkilemez ve dolayısı ile bir karşı edim sayılmaz. Koşullu bağışlamada, koşulun şartın biçime uygun olarak saptanması gerektiği halde, yükümlü bağışlamada, bağışlananın yüküm altına girmesine biçim zorunluluğu uygulanmaz. Çünkü bağışlamada biçim, bağışlayanı korumak amacına yöneliktir. Şu var ki; yükümün bağlayıcı olabilmesi için, bağışlananın yükümlü olarak bağışlamayı kabul etmesi gerekir. Burada bağışlananın susması, zımni olarak kabul ettiği yolunda değerlendirilemez.”⁵⁹⁹ TBK md.291 son fıkrası gereğince de “Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir.”

*Yüklemenin ifası ile bağış konusunun değeri arasında orantısızlık mevcutsa, dürüstlük kuralı gereği bağışlanandan yüklemenin ifası beklenemez. Bu durumda bağış yapılan kişi yüklemenin ifası için bağış konusunun değerini aşan masraflar kendisine ödenmezse yüklemeyi ifa etmekten kaçınabilir.*⁶⁰⁰

Bu konuda diğer bir Yargıtay kararı aynen şöyledir: Taliki şarta bağlı bir bağışlama taahhüdü bulunmaktadır. Şart yerine getirildiğine göre bağışlama taahhüdünde bulunan davalı idare sözleşme hükümlerine göre borcunu yerine getirmeye zorunludur. BK 244/3 maddesi gereğince bağışlamayı sınırlandıran mükellefiyetin yerine getirilmemesi haklı bir nedene dayanmadıkça bağışlamadan dönülemez.”⁶⁰¹

599 Bkz. YHGK, 31.03.2004 tarih, 199 Esas, 187 Karar sayılı ilamı

600 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.199

601 Bkz. YHGK’nun 30.06.1976 tarih, 687 E. ve 2453 K. sayılı ilamı

4. Karma Bağış

Hukukumuzda “karma bağışlama” ismiyle bilinen bir bağışlama çeşidi daha mevcuttur. Bu bağışlama türünü örnek vererek açıklamak gerekirse; X ile Y arasında akdedilen bir satım sözleşmesinde 22 ayarlık kolyenin piyasası 20.000 lira olduğu halde, X bu kolyeyi Y kişisine 10.000 liraya satmıştır. Aradaki değer farkı bağışlama olur; 10.000 lira bedelin ödenmiş olması ise ifa sebebi oluşturur. X bu olayda Y’ye 10.000 lirayı bağışlamıştır. Böyle değerinden çok aşağıda fiyat kararlaştırılmış olan satışlarda karma bağışlamadan söz edilir.

E. Bağışlamanın Hükümleri ve Bağışlayan İle Bağışlananın Sorumluluğu

Bağışlamada bulunan borcu ifa etmezse; mümkün olması şartıyla; lehine bağış yapılan geciken ifayı talep edebilir. Zira bu sözleşmenin asli edim yükümlülüğüdür. Asli edim yükümlülüklerinin doğrudan doğruya ifası istenebilir.⁶⁰² Bağışlamada bulunan; zarara ağır kusuruyla neden olmamışsa, bağıştan doğmuş zarardan bağışlanana karşı sorumlu olmaz.⁶⁰³ İfa, bağışlamada bulunanın kusuruyla imkânsız olmuşsa; lehine bağış yapılan müspet zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bağışlamada bulunanın kastı veya ağır kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Bağışlamada bulunan ayrıca taahhüt etmemiş ise; ayıp ve zapttan ötürü sorumlu olmaz.⁶⁰⁴ Bağışlama vaadinde; bağışlamada bulunan sözünü yerine getirmediği takdirde lehine bağış yapılan “Aynen ifa davası” açmak suretiyle bağışlamanın ifasını talep edebilir. Ayrıca, bağışlama bir para borcuna ilişkin ise gecikme faizi; dava açılış tarihinden başlar.⁶⁰⁵ Bağışlamada bulunanın ayıptan sorumluluğunun söz konusu

602 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.23

603 TBK md.294

604 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.50; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.203

605 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.203

olabilmesi için ağır kusurlu olması gerekir. TBK md.294/1’de bu durum “*Bağışlayan bağışlamadan doğan zararlardan bu zarara ağır kusuru ile sebep olmadıkça bağışlanana karşı sorumlu değildir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Yasadaki bu hükümler, bağışlama sözleşmesinin bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve lehine bağış yapılanın bağışlamada bulunana karşı yükleme dışında herhangi bir borcu olmamasından kaynaklanmaktadır.

F. Bağışlamanın Sona Ermesi

1. Bağışlayanın Ölümü

Bağışlama vaadinde; bağışlamada bulunan sözü yerine getiremeden ölürse vaadin ifa edilmesi mirasçılara geçer. İfanın belli zaman dilimine yayıldığı hallerdeyse bağışlamada bulunanın ölmesiyle bağışlama sözleşmesi de nihayet bulur.⁶⁰⁶ Bu durum TBK m.298 de “*Dönemsel edimleri içeren bağışlama, bağışlayanın ölümüyle sona erer.*” şeklinde ifade edilmiştir.

2. Bağışlamanın Bağışlayan Tarafından Geri Alınması

Bağışlamada bulunan bağışladığı şeyi bir sene zarfında geri isteyebilir. Geri alma beyanı karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Bu durum TBK md.297/1’ de “*Bağışlayan geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içerisinde bağışlamayı geri alabilir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bağışlamanın bağışlamada bulununca geri alındığında taraflar arasındaki bağışlama sebebi ortadan kalktığından ötürü sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bağışlanmış olan şeyin tekrar bağış yapana iadesi talep edilebilir.⁶⁰⁷

TBK md. 295 “*Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse elden bağışlamayı veya bağışladığı şeyi geri alabilir veya bağışlamanın istem tarihindeki*

606 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.206

607 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; a.g.e, s.204

zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir.” şeklindedir.

Madde kapsamından belirlenen nedenler şu şekildedir:

“a)Bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi,⁶⁰⁸

b) Bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması,⁶⁰⁹

c) Bağışlananın, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmadan yüklemeyi yerine getirmemesi⁶¹⁰

Yukarıdaki durumların ortaya çıkması halinde bağışlayan bu sebeplerin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bağışlamayı geri alabilir.” Bu süre hak

608 Bu konuda bir Yargıtay kararı aynen şöyledir: “Davacı baba, davalı ise oğuldur. İleri yaşlarda bulunan davacı baba,27.10.1960 tarih ve 6 numaralı tapu ile kayden maliki olduğu dava konusu taşınmazdaki 1/4 payını 27.10.1960 tarihinde oğlu davalıya koşulsuz olarak bağış yolu ile temlik etmiştir. Davacı, davalının kendisini dövmesi nedeni ile bağıştan dönmeyi içeren işbu iptal davasını açmıştır. Çağdaş toplumlarda olduğu gibi, Türk toplumunda da sosyal düzenin temelini ailenin oluşturduğu bir gerçektir. Baba ve annenin çocukları üzerinde yasal birçok hakları olmasına karşın; çocuklar reşit olsalar bile anne ve babaya karşı mutlak saygı ile yükümlüdürler. Türk Toplumunun genel ahlak yargısı böyle olduğu gibi, hukuk düzeni de bundan farklı değildir. Türk Yurttaşlar Yasası'nın mirastan yoksun bırakmayı düzenleyen 457.maddesinin 2.bendine ilişkin tüm bilimsel açıklamalar; BK 244.maddesinin ikinci bendi için de doğru sayılmalıdır. Hal böyle olunca; davalı oğulun tutum ve eylemi, daha çirkin ve daha kınama nitelikte bulunduğundan davanın kabulü zorunludur.”(Yargıtay 1. HD, 02.07.1981, 8566/8841 K. Sayılı ilamından)

609 Bu konuda bir Yargıtay kararı aynen şöyledir: “Davacı 1499 parsel sayılı taşınmazını koşulsuz olarak oğlu ve gelini davalılara bağışladığını, ancak gelini Ayşe'nin kocasını aldatarak başka biriyle zina yaptığını ileri sürmüştü, BK'nun 244/2'nci maddesi gereğince tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davalı Metin davayı kabul ettiğini bildirmiş, diğer davalı Ayşe ise, bağışın karşılıklı olduğundan bahisle davanın reddini savunmuştur. Davalılardan Metin Öztürk davacının oğlu, diğer davalı Ayşe ise gelinidir. Davacı dava konusu taşınmazı, davalılar arasındaki evlilik birliğinin devam ettiği dönemde 1/2 pay üzerinden davalılara bağışlamıştır. Davalılardan Metin'in açtığı zina nedeni ile zina sebebi ile boşanma davası zinanın kanıtlanması nedeni ile boşanma ile sonuçlanmış ve karar kesinleşmiştir. Tarafların Türk ve İslam geleneklerinin egemen bulunduğu kuşkusuz olan bir toplumda yaşadıkları nazara alındığında, bağışlanan Ayşe'nin işlediği hükmen sabit olan zina fiilinin, bağışlayana ve ailesi kavramına giren oğlu davalı Metin'e karşı mükellef olduğu vazifelere ehemmiyetli surette riayetsizlik olarak değerlendirilmesi gerekir. Hal böyle olunca; mahkemece BK 244/2.maddesinde öngörülen koşulun gerçekleştiği cihetle davanın kabul edilmesi gerekirken, vazih olduğu üzere reddedilmesi isabetsizdir.”(Yargıtay 1.HD, 13.12.1984; 13159/13471 K. sayılı ilamından)

610 TBK md. 295/3

düşürücü süre olup ve kendiliğinden gözetilmek zorundadır. Ancak bu hak bağışlamanın bağışlanan kişi tarafından henüz kabul edilmemiş olması halinde kullanılabilir.⁶¹¹

3. Bağışlayan Tarafından Bağışlama Sözü Vermesinin Geri Alınması

TBK'nun 296.maddesinin 1.fıkrası gereğince “Bağışlayan eğer elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden birisi varsa, mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse ve bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa; (borçlandırıcı bir işlem olan) bağışlama sözü vermeyi geri alabilir.”

4. Bağışlayanın Mirasçılarının Bağışlamayı Geri Alması

TBK md. 297 “Mirasçılar aşağıdaki durumlarda ve şartlarla bağışlamayı geri alabilir.”⁶¹²

Bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkı mirasçılarına geçer ve mirasçılar bu sürenin sona ermesine kadar bu hakkı kullanabilirler. Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebini öğrenmemişse, mirasçılar ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilirler. Bu durumda bağışlayan sağlığında geri alma sebebini öğrenmemişse bağışlayanın geri alma hakkını ölümünden sonra mirasçılar kullanabilirler.” şeklinde olup mirasçıların bağışlamayı geri alma hakkını düzenlemiştir.

Söz konusu hüküm kapsamında son olarak bağışlayanın bağışlananı öldürmesi durumuna değinmek istiyoruz. Lehine bağış yapılan, bağışlamada bulunan kasten ve hukuka aykırı şekilde öldürürse ya da bağış yapanın geri alma hakkını kullanmasına engel olursa, mirasçılar yine bağışlamayı geri alabilirler.

611 Bkz.Bu yönde, Yargıtay 11.HD 23.11.1976 tarih;1058 E., 1532 K. sayılı ilamı

612 Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; 2015, s.133

5. Başışlamayı İfa Yüklümlülüğü'nün Ortadan Kalkması

TBK md. 296/son “Başışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yüklümlülüğü ortadan kalkar.” şeklindedir. Aslında bu halde başışlamada bulunanın maddi durumu başışlama konusunu veremeyecek hale gelmekte ve bu şartlarda ifa yüklümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu, 6183 sayılı yasa ve başka yasalarda başışta ifa mükellefiyetinin ortadan kalkması hakkında hususi hükümler mevcuttur.⁶¹³

6. Başışlamanın Muvazaa Sebebiyle İptal Edilmesi

Muvazaa, tarafların bilerek ve isteyerek iradeleri ile beyanları arasında uygunsuzluk yaratması olup mutlak ve nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılır.⁶¹⁴ Mutlak muvazaa tarafların aslında hiçbir işlem yapmamasına karşın üçüncü kişilere karşı sanki bir hukuki işlem yapmış gibi görünmeleri olup; nisbi muvazaada ise ek olarak gizli işlem vardır.⁶¹⁵

Uygulamada “muris muvazaası” olarak adlandırılan nisbi bir muvazaa türünde; muris aslında bir mirasçısına veya başkasına bir malını başışlamak istemesine rağmen; işlemi tapuda satış gibi gösterip devralandan bedel almayarak bu kişi adına tescilini yaptırır.⁶¹⁶ Satış; mirasçılarını yanıltmak amacıyla yapılan görünürdeki işlemdir, başış ise gizli işlemdir. Bu durumda; satış sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uymadığı için,(bedel satış sözleşmesinin esaslı unsuru olup, olayda bedel verilmediğinden) başış sözleşmesi de taşınmaz başışının şekli şartlarını sağlamaması sebebiyle batıldır.⁶¹⁷ Bu

613 Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI; 2012, s.206

614 Abdülkerim YILDIRIM; 2014, s.121

615 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.121

616 Yargıtay 1.HD; 2016/7451 E., 2019/5178 K. sayılı ilamı

617 Abdülkerim YILDIRIM; a.g.e, s.123

sebeple; TMK md.1023 hükmü saklı kalmak kaydıyla, mirasçılar dava açarak her türlü delille muvazaayı ispatlayıp bağışlamayı iptal ettirebilirler.⁶¹⁸

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU VE MECELLE KAPSAMINDA HİBE AKDİNİN KARŞILAŞTIRMASI

1- Mecelle'ye göre geçerli bir hibe akdinin kurulabilmesinin birtakım şartları vardır. Bunlar; hibenin rüknüne yani esaslı unsurlarına ilişkin şartlar, vahibe ilişkin şartlar ve mevhuba ilişkin şartlardır.⁶¹⁹ TBK'ye göre ise bağışlama sözleşmesinin şartları şu şekildedir: bağışlayan tarafından borçlanılan bir kazandırma mevcut olmalı, bu kazandırma sağlararası bir netice doğurması amacıyla bağışlayanın mülkiyetinden gerçekleşmiş olmalı ve kazandırmada karşılık bulunmamalıdır.

2- Mecelle ölüm hastasının yaptığı hibenin vasiyet gibi murisin üçte bir malıyla geçerli olduğunu kabul etmiştir.⁶²⁰ TBK da “Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır.” şeklindeki 290.maddesiyle ölüme bağlı tasarruf gibi yapılan bağışlamaların vasiyet hükümlerine tabi olduğunu hükme bağlamıştır.

3- Mecelle'nin 837. maddesine göre hibenin esaslı unsurları icap ve kabulden ibarettir.⁶²¹ Bu sebeple hibe taahhüdü yani bağışlama sözü hibe sayılmaz. Zira hibe taahhüdünde mevhubün lehin kabulü mevcut değildir. Ancak TBK'nin “Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.” (TBK md.288/1) hükmü gereğince bağışlama sözü yazılı şekil şartına uymak şartıyla hibe sayılır.

618 Mustafa DURAL/ Turgut ÖZ; 2015, ss.131-133

619 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.159

620 MECELLE; md.879

621 Bu konuda bazı İslam hukukçuları hibenin rüknünün yalnızca vahibin icabı olduğunu öne sürerler. Tartışma için bkz. Ali Haydar EFENDİ; 1330, ss.19-20; Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, c.6, s.154-155

4- Modern hukukumuzda bağışlama sözleşmesi tek taraflı yani bağışlayan için borç doğuran bir sözleşme iken⁶²²; İslam Hukuku'nda farklı görüşler olmakla birlikte çoğunluğa göre vahib mevhubün lehe karşı bir borç altına girmez.

5-Hibe akdi modern hukukumuzda da İslam hukukunda da bir malvarlığı değerini diğerinin mülkiyetine geçirimi ile gerçekleşen bir kazandırma ve sağlararası bir sözleşme olarak kabul edilir.⁶²³ Bu sebeple kişinin emeği ile başkası lehine yaptığı karşılıksız kazandırmalar (örn.ivazsız vekâlet) veya mamelekin devrini içermeyen, salt kullanımın devrine dönük kazandırmalar (örn.tüketim öduncü) bağışlama sayılmaz.⁶²⁴

6- Mecelle'ye göre hibe akdi yalnızca sözler kullanılarak akdedilmez.⁶²⁵ Örneğin dilsizler işaret dili ile bu akdi yapabilirler.⁶²⁶ İcap ve kabul hiç telaffuz edilmese de karşılıklı malı verme ve alma fiilleriyle hibe akdi kurulabilir.⁶²⁷ Modern hukukumuzda da hibe akdinde önerinin açık veya örtülü olabileceği kabul edilmektedir.⁶²⁸ Mecelle'nin 839. maddesine göre, *“Teati” ile (vahibin malı vermesi mevhubün lehin de alması ile) de hibe akdedilmiş olur.*⁶²⁹ Teati hibede esasen iki şekilde olabilir; bir mecliste teslim ve kabz yapılabilir ya da bir meclisten mal gönderilir başka bir mecliste kabz yapılır. Bununla ilgili olarak da 840.maddede irsal (gönderme) ve kabz ile bunların

622 Fikret EREN; 2015, s.302; Mustafa Alper GÜMÜŞ, 2013, c.1, s.204

623 Fikret EREN; a.g.e, s.302; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.486

624 Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.204

625 Bkz. Ali Haydar EFENDİ; a.g.e, s.33

626 MECELLE; md.70

627 İBN ABİDİN; a.g.e, s.488

628 Fikret EREN; 2015, s.306

629 MECELLE; md.839; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.80

icap ve kabul yerine geçerek bu şekilde hibenin akdedilmiş olacağı hükme bağlanmaktadır.⁶³⁰

7- Elden hibe durumunda Mecelle'ye göre vahibin “Şu malı sana hibe ettim.” şeklindeki icabı üzerine mevhubün leh, kabul ettim yahut ittihad eyledim, demeksizin meclis-i hibede o malı kabz etse hibe tamam olur.⁶³¹ Buna göre, vahib malını hibe etme teklifinde bulunduğu mevhubün leh açıkça kabul etmeden malı hibe meclisinde alırsa bu hibe tamamlanmış olur. Mevhubun lehin o mecliste mevhubu kabzı hibenin varlığına delil olabilmesi için kabzın icabın yapıldığı mecliste gerçekleşmesi şarttır. Burada Mecelle'nin hibe akdinde mevhubün lehin örtülü kabulünü de geçerli saydığını görmekteyiz. Aynı durum modern hukukumuzda da geçerlidir. TBK da hibe akdinin özelliğini esas alarak TBK md.6'ya uygun olarak örtülü kabulü geçerli saymaktadır.⁶³²

8- Yine yukarıda aktarıldığı üzere Mecelle'nin 837.maddesine göre hibe akdinde belli bir şekil şartı öngörülmemiştir. TBK'ye göre ise taşınır ve hakların bağışlanmasında yazılı şekil, taşınmazların bağışlanmasında da tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar müstesna resmi şekil gerekmektedir.⁶³³

9- İslam Hukuku'nda mevcut olmayan bir şeyin mülkiyeti kazanılamayacağından, onun akit yoluyla temlik de muhal olması nedeniyle mevcut olmayan şeyin hibesi batıldır.⁶³⁴ Hatta bu mevcut olmayan şey sonradan vücut bulduğunda akde icazet verilse bile “Bir şey batıl olduğunda onun zımnındaki şey dahi batıl olur.”⁶³⁵ kaidesi gereğince akdin butlanı kesinlik kazandığından akde geçerlilik

630 MECELLE; md.840

631 MECELLE; md.841/2; İBN ABİDİN; Reddu'l Muhtar, s.492; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.247

632 Fikret EREN; a.g.e, s.307

633 Fikret EREN; a.g.e, s.309

634 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.119; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.236

635 MECELLE; md.52

kazandırılmaz. Modern edinilmemiş bir haktan feragat etme bağış sayılmamaktadır.⁶³⁶ Çünkü bu hak henüz bağışlamada bulunanın malvarlığına girmemiştir. Malvarlığına girmeyen bir şey de bağışlamaya konu edilemez. Aynı durum henüz bağışlayanın malvarlığında mevcut olmayan ancak ileride kuvvetle muhtemel malvarlığına dâhil olacak hak ve alacaklar için de söz konusudur.⁶³⁷

10- Mecelle'ye göre; hibe akdine “mal” konu edilebilirken; modern hukukumuzda da doktrindeki hâkim görüşe göre mal olmayan şeyler (örneğin bir hizmet edimi) bağışlandığında malvarlığında bir eksilme meydana gelmediğinden bunlar bağışlamaya konu edilemez.⁶³⁸ Bu anlamda bir avukatın bir arkadaşının hukuki işlerini takip etmesi durumunda gündeme gelen ücretsiz vekâlet sözleşmesine bağışlama hükümleri değil; TBK md.502'de ayrıca düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.

11- Mecelle'de ve modern hukukumuzda ortak olarak bağışlama konusu malın bağışta bulunan kişi hayattayken malvarlığından çıkması şartı kabul edilmektedir.⁶³⁹ Bir kazandırma ona yönelik irade açıklamasında bulunan kişinin sağlığında hukuki sonuç doğuruyorsa sağlararası bir işlemken, kişi öldükten sonra hukuki sonuç doğuruyorsa ölüme bağlı tasarruf kabul edilir. Yine mirasın reddini bağışlama saymayan TBK md.285/2 hükmü de mirasçının mirası reddetmesiyle hiçbir zaman malik olmadığı bir şeyi başkasına yani diğer mirasçılara terk etmesini bağışlama saymamaktadır. Çünkü burada diğer mirasçıların kazandığı miras payının kaynağı bizzat muristir. Murisin bıraktığı mirastan kendi payına düşen kısmını reddeden kişi; hukuken bir hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla bu hakkı kullanmak, biri veya birileri lehine bağışlama

636 TBK md.285/2

637 Ezgi KUTLUAY; Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.26

638 Ezgi KUTLUAY; 2016, s.24

639 Ezgi KUTLUAY; a.g.e, s.21

anlamı taşımaz. Ayrıca bağışlama bir sözleşme iken; mirası reddetmek tek taraflı bir hukuki işlemdir ve özel kurallara tabidir.⁶⁴⁰

12- Mecelle'ye göre mevhubun vahibin malı olması şarttır. Zira “*Bir kimsenin mülkünde anın (onun) izni olmaksızın âhar (başka) bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir.*”⁶⁴¹ Aynı şart Borçlar Kanunu'nun 285. maddesi gereği modern borçlar hukukumuzda da aranır.

13- İslam Hukukuna göre hak ehliyeti kişinin hak ve borçlara ehil olmasıdır. Vücub ehliyetine sahip olmada insan olmak yeterlidir.⁶⁴² Vücub ehliyeti tam ve eksik olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. İslam hukukunda ceninin ve kölenin ehliyeti eksik vücub ehliyeti olarak kabul edilir.⁶⁴³ Sağ ve hür doğan kimseler ise tam vücub ehliyetine sahiptir. Eda ehliyeti kişinin kendisi için hak ve borçlar doğuran hukuki işlemleri yapabilme yetkisidir.⁶⁴⁴ İslam hukukunda “İnsanın; sorumlu olacak şekilde Şer'an(dinen) muteber bazı fiiller işlemesi ve kendisinden bir kısım ilzam edici (borçlandırıcı) meşru tasarruflar sâdır (çıkış) olması selâhiyetidir.” şeklinde tarif edilir.⁶⁴⁵ İslam hukukunda eda ehliyeti belli özelliklere göre ehliyetsiz olanlar, ehliyetli olanlar ve eksik ehliyetli olanlar şeklinde üç kısma ayrılır. Bunlar; reşit olarak bülüğa eren kimsenin ehliyeti olan tam eda ehliyeti ile ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kısıtlanan borçluların, kölelerin, ölüm hastası kişilerin, sara gibi geçici akıl hastalarının ve bunamışların ehliyeti olan sınırlı eda ehliyetidir. Ayırt etme gücü olmayan küçüklerin eda ehliyetleri olmadığından bütün hukuki tasarrufları hükümsüzdür. Modern

640 Ezgi KUTLUAY; a.g.e, s.27

641 MECELLE; md.96

642 Orhan ÇEKER; 2006, s.16; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.92

643 Mehmet Akif AYDIN, 2017, s.209

644 Orhan ÇEKER; a.g.e, s.16

645 Vehbe ez-ZUHAYLİ; a.g.e, s.95

hukukumuzda ise fiil ehliyeti kişilere göre tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve tam ehliyetli olarak dört kısma ayrılır.⁶⁴⁶

14- İslam hukukunda hibede bulunmak için kişinin temyiz kudretine sahip olması gereklidir. TBK'ya göre de “*Fiil ehliyetine sahip olan herkes, eşler arasındaki mal rejiminden veya miras hukukundan doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere, bağışlama yapabilir.*”⁶⁴⁷ Yani bağışlamada bulunma ehliyeti tam fiil ehliyetini şart kılar. Bu durumdan TMK ve diğer kanunlarda öngörülen fiil ehliyeti veya tasarruf yetkisi sınırlamaları (Örn. TMK md.194'deki aile konutu) da ayrıca saklıdır.⁶⁴⁸

15- İslam hukukuna göre küçük, deli, bunak ve köle olan kişiler asla hibe akdi yapamazlar. Veli veya vasileri de bu kişilerin malvarlığında hibe ve benzeri tasarruflarda bulunamazlar.⁶⁴⁹ Modern hukukumuzda da Mecelle ile paralel bir şekilde vasinin vesayet altındaki kişi adına, velinin de velayeti altındaki kişi adına önemli bağışlama yapamayacağı genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁵⁰

16- Mecelle'nin 859/2 maddesine göre “*Sağır (küçük) ve mecnun (deli) ve ma'tuhun (bunamışın) hibesi hükümsüz olsa da bunlara yapılan hibe geçerlidir.*” Modern hukukumuzda da fiil ehliyeti olmayan kişilere yapılan bağışlamalar bu kişilerin yasal temsilcilerinin kabulü şartıyla geçerlidir.⁶⁵¹ TBK'ya göre, “*Fiil ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse, bağışlamayı kabul edebilirse de; bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya*

646 Haluk N. NOMER, 2011, s.45

647 TBK md.286/1

648 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.205

649 Abdülkadir ŞENER; 1984, s.84

650 TMK md.449, TMK md.342/3; Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.206

651 Fikret EREN; 2015, s.308

*bağışlanılan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama ortadan kalkar.*⁶⁵² Çünkü bugünkü hukukumuzda olduğu gibi İslam Hukuku'nda da kişinin birşeye malik olabilmesi için mutlaka ehliyet şart değildir.⁶⁵³

17- Savurganlık durumunda olan kişinin kısıtlanması ve tasarruflarının iptal edilip edilemeyeceği İslam Hukuku'nda tartışmalı olup Türk Medeni Kanunu'na göre; *“Savurganlığı kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan kişiler kısıtlanır.”*⁶⁵⁴ Modern hukukumuzda savurganlığı mahkeme kararıyla ispat edilen kişilerin belli bir süreye kadar yapmış oldukları bağışlamalar iptal edilebilmektedir. TBK'nın konuyu düzenleyen md.286/2 hükmü aynen şöyledir: *“Bağışlamayı izleyen bir yıl içinde başlatılmış bir yargılama sonucunda bağışlayanın, savurganlığı yüzünden kısıtlanmasına karar verilirse, o bağışlama mahkemece iptal edilebilir.”* Dolayısıyla bağışlamayı takip eden bir sene içinde başlatılma şartıyla, savurganlık sebebiyle kısıtlanan bir kişinin yaptığı bağışlama iptal edilebilir.⁶⁵⁵ Mevcut durumda bu gibi kısıtlama işlerine vesayet makamı olarak bakan sulh hukuk mahkemesi tarafından anılan bağışlama iptal edilebilir.

18- Mecelle'de düzenlenmemiş olan kendisine yasal danışman atanmış kişilerin yaptığı bağışlamalar; TMK'ya göre oy danışmanının izin veya icazeti ile geçerli olur.⁶⁵⁶ TMK md.345'e dayalı küçüğe kayyım tayini gerektiren haller bunun dışındadır.⁶⁵⁷

19- Mecelle'ye göre; kendisine hibe yapılan, reşit ve mümeyyiz olursa hibeyi kendisi veya velisi teslim alabilir.⁶⁵⁸ Mümeyyiz küçük veya bunak durumunda olanlar

652 TBK md. 287

653 Abdulkadir ŞENER; a.g.e, s.93; Fikret EREN; a.g.e, s.308

654 TMK md.406

655 Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.207

656TMK md.429/1, b.7

657 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.206

veli veya vasilerinin iznine gerek kalmaksızın hibeyi kabul ve kabzetme yetkisine sahiptirler.⁶⁵⁹ Ancak vasi veya velilerinin de onlar adına hibeyi kabul ve kabzetme yetkileri vardır.⁶⁶⁰ Lehine hibe yapılan tam ehliyetsiz ise bu durumda; Mecelle'ye göre ve TMK md. 15 gereği hibe akdi herhangi bir hüküm doğurmaz. Sınırlı ehliyetsizler için ise ayrı bir durum vardır. TBK md.287/1' göre "*Füil ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse bağışlamayı kabul edebilir.*" Buna göre sınırlı ehliyetsizler karşılıksız bir kazandırma olarak kendilerine yapılan bağışlamaları kanuni temsilcilerinin rızası olmasa da kabul edebilir. TMK md.16/1 hükmüyle ise sınırlı ehliyetsizlerin bütün karşılıksız kazanımlarında yasal temsilcilerinin rızasının aranmayacağı ifade edilmektedir. Yalnız, TBK md.287/2 hükmü gereğince "*Bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse bağışlama ortadan kalkar.*" Kanunla sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisine tanınan bu veto hakkı eğer bağışlama henüz yapılmamışsa bağışlamayı ehliyetsizlik sebebiyle batıl kılarken; eğer ifa edilmemiş bir bağışlama sözü verme söz konusu ise veto hakkı dönme hakkı niteliğinde yenilik doğuran bir hak olup bağışlama sözü verme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.⁶⁶¹

20- Mevcut olmayan, mülkiyete elverişli olmayan, iktisadi değeri bulunmayan veya İslam Hukukuna göre mütekavvim mal sayılmayan şeyler hibe akdine konu olamaz.⁶⁶² İslam hukukunda insan bedeninin parçaları ile ekonomik bir değer arzetmeyen mallar (örneğin, sakat hayvanlar, çöp vasfındaki şeyler ve olgunlaşmamış

658 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.299

659 Aynı yönde bkz. TMK md.16

660 MECELLE; md.853; TMK md.448; TBK md.287/1

661 Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.208

662 Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, s.129; İlknur Yaşar BİLİCİOĞLU; 2009, s.59 vd.

zirai ürünler) ile mütekavvim mal olmadığı için konu edilemeyen şeylerdir.⁶⁶³ TMK ve TBK'ya göre ise; mütekavvim mal gibi bir ayrım olmadığından; hukuken mal sayılabilecek her şey TBK md.27 hükmü saklı kalmak üzere hibe akdine konu edilebilir.

21- Genel anlamda Mecelle kapsamında yapılabilecek hibe akdi türleri, elden hibe, alacağın hibesi, havale, muşa'ın hibesi, meşgulün hibesi, kısa elden teslim, rücu şartıyla hibe (umra ve rukba) ve şartlı hibe olarak sıralanabilir. TBK anlamında bağışlama türleri ise bağışlama sözü verme, elden bağışlama, şartlı bağışlama, mükellefiyetli bağışlama, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama ve bağışlayana dönme şartlı bağışlama şeklindedir.⁶⁶⁴ Burada önemli olan nokta, TBK bağışlama sözü vermeyi bağışlama olarak görürken,⁶⁶⁵ Mecelle hibe taahhüdünü hibe saymamaktadır.

22- Hem Mecelle'de hem de TBK'de "karma bağış" kavramı düzenlenmemekle birlikte fiiliyatta satış ve bağışlama sözleşmesi biraraya getirilerek karma bir sözleşme yapılması mümkün olduğundan karma bağış İslam Hukukunca ve modern hukukta geçerlidir.

23- Elden bağışlama hem Mecelle hem de TBK tarafından düzenlenmiştir. Mecelle'nin 838/2 maddesinde verilen örnekte, taşınır malların bağışlanma icabının yapıldığı anda zilyetliğin geçirilmesi ile elden bağış yapılabileceği kabul edilmiştir. Öğretideki hâkim görüşe göre bağışlama sözleşmesinin kurulmasının ve ifasının eş zamanlı gerçekleştiği bağışlama olup modern hukukumuzda göre hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi yoluyla yapılabilir.

663 İlknur Yaşar BİLİCİOĞLU; a.g.e, s.106 vd.

664 Fikret EREN; 2015, ss.311-316

665 TBK md.288

24- Bağışlama amacıyla yapılmasına rağmen hibe akdinde şart koşulabilmektedir. Esasen satım sözleşmesi hükmünde olan ivazlı hibeyi⁶⁶⁶ düzenleyen Mecelle'nin 855. maddesine göre karşılık şartıyla olan hibe ve şart geçerlidir. Hibede şart geciktirici veya sınırlandırıcı olabilir. Geciktirici şartın hibede zikredilmesi hibeyi batıl kılar. Modern hukukumuzda bağışlama ve kıyasen bağışlama vaadi geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabilirken,⁶⁶⁷ İslam Hukuku'nda mülkiyet geçirici akitlerin şarta ta'liki batıldır.⁶⁶⁸ Ayrıca şart hukuka ve ahlaka aykırı olursa hibe Mecelle'ye göre modern hukukta olduğu gibi geçersiz sayılır.⁶⁶⁹

25- Mecelle'de hibe türleri içerisinde vasfı tayin edilerek mükellefiyetli hibeden açıkça bahsedilmese de, modern hukukumuzda yüklemeli bağışlama olarak kabul edilen hibelerin Mecelle anlamında şartlı bağışın kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Yüklemeli bağış, bağışlayanın bağışlanana belli bir davranışta bulunmayı emrettiği bir bağış türüdür.⁶⁷⁰ Yükleme, yan anlaşma niteliğindeki yükleme anlaşmasına dayalı olarak tanınan, sözleşmesel yükümlülük oluşturmayan özel türde bir külfet olduğundan sadece bağışlama sözü verme ile olur.⁶⁷¹ TBK'ye göre ise; *“Bağışlayan bağışlamasına yüklemeler koyabilir.”*⁶⁷² ve *“Bağışlayan, bağışlanan tarafından kabul edilmiş olan yüklemelerin yerine getirilmesini bir ifa davası açarak isteyebilir.”*⁶⁷³ *“Kamu yararına olarak bağışlamaya konulmuş olan bir yüklemenin yerine getirilmesini isteme yetkisi,*

666 Orhan ÇEKER; 2006, s.166

667 Fikret EREN; a.g.e, s.312

668 Ali Haydar EFENDİ; 1330, s.101

669 Fikret EREN; a.g.e, s.312; FETAVA-YI HİNDİYYE; s.311

670 Fikret EREN; a.g.e, s.313

671 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.213

672 TBK md.291/1

673 TBK md.291/2; Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.213

bağışlayanın ölümünden sonra, ilgili kamu kurumuna geçer.”⁶⁷⁴ Yani kamu yararı için bağışlamaya bir yükleme konulmuşsa, bu yükleme yerine getirilmediğinde bağışlayan eğer hayatta değilse bağışlamadaki yükleme konusu ile ilgili kamu kurumu ifa davası açabilir. Bağışlanan yüklemeyi yerine getirmedeği takdirde bağışlayana tanınan diğer bir hak da bağışlamayı geri almadır.⁶⁷⁵ Yine, “*Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir.*”⁶⁷⁶ Buradaki yüklemeyi yerine getirmekten kaçınma teknik anlamda bir def’idir ve sadece TBK md.291’e dayalı olarak açılan yüklemenin ifası davasında ileri sürülebilir.⁶⁷⁷ Şartlı bağışlamada gelecekte olacağı belirsiz bir olaya hibenin hükmü bağlanırken, yüklemeli bağışlamada bağışlayan açıkça bağışlanana bir işi yapmayı veya yapmamayı yüklemektedir.

26- Mecelle’nin 854.maddesine göre hibe gelecek bir vakte izafe edilmiş olmamalıdır.⁶⁷⁸ Bu sebeple rukba şeklinde yapılan bir hibe geçersiz sayılmaktadır. Modern hukukumuzda ise rukba (bağışlayana dönme koşullu bağışlama)yı düzenleyen TBK 292. maddesi hükmüne göre; “*Bağışlayan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi durumunda, bağışlama konusunun kendisine dönmesi koşulunu koyabilir ve bağışlama konusu, taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki bir ayni hakka ilişkin ise, bağışlayana dönme koşulu tapu siciline şerh verilebilir.*” Yani, Mecelle’nin rukbayı gelecek zamana ilişkin olması nedeniyle geçerli kabul etmemesine karşın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bir nev’i rukba niteliği taşıyan bağışlayana dönme koşullu bağışlamayı geçerli kabul etmektedir. Ayrıca maddenin 2. fıkrası bu “*Bağışlamanın taşınmaza veya*

674 TBK md.291/3

675 TBK md.295/b.3

676 TBK md.291/4

677 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.214

678 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.234; Vehbe ez-ZUHAYLİ; 2015, c.6, s.156

taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin olması durumunda bu koşulun tapu siciline şerh verilebileceği”ni düzenlemekle, bağışlayanın şahsi hakkını üçüncü kişilere karşı da koruma ve iyi niyetin ortadan kaldırılması imkânı getirmektedir.

27- Hibe akdi Mecelle’ye göre teberru grubunda yer alan akitlerden sayıldığı için tarafların borç ve sorumlulukları bulunmamaktadır. Yalnız ivaz şartıyla olan hibede bağışlananın borcunu ifa etmesi durumunda bağışlamada bulunan için akit bağlayıcı bir hale gelir.⁶⁷⁹ Modern hukukumuzda ise; bağışlama sözleşmesinde yer alan bağışlama konusu bir taşınır eşya ise bağışlayanın borcu bu eşyanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretmektir.⁶⁸⁰ TBK’ye göre “*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir.*”⁶⁸¹ Dolayısıyla TBK da Mecelle’ye yakın bir şekilde kural olarak bağışlayanın hibeden dolayı bağışlanana karşı sorumlu tutulmamasını kabul etmiş, yalnız bağışlayanın ağır kusuruyla ve kastıyla doğmasına sebep olduğu zararı istisna etmiştir. Diğer bir deyişle, bağışlayan bağışlamadan doğan zararda hafif kusurlu ise bağışlanana karşı sorumlu olmaz. Ek olarak yine TBK, “Bağışlayan, bağışlanılan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olur.”⁶⁸² diyerek bağışlayanın hibe dışında bir de bağışlama garantisi vermişse bununla sorumlu olacağını düzenlemiştir. Burada bağışlayanın bağışlanana karşı bir tekeffül sorumluluğu söz konusu olup ayıplı ifa ve zapta karşı tekeffül sorumluluğunu kapsamaktadır.⁶⁸³ Her ne kadar bağışlama sözleşmesi tamamlanamadığı takdirde bağışlayan bunu yapmaya zorlanamasa da,

679 Bkz. MECELLE; md.855 ve md.868

680 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.216

681 TBK md. 294/1

682 TBK md. 294/2

683 Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, s.217

garanti sözü teminat yükümlülüğü doğurduğundan bağışlayanın bu durumda sorumlu tutulması hukuka uygun olur.

28- Mecelle’de hibe akdinin sona erme şekilleri hibeden rücu, hâkimin hibeyi fesh etmesi, ölüm sebebiyle sona erme ve aciz sebebiyle hibenin iptalidir. Modern hukukumuzda ise bağışlama sözleşmesinin sona erme şekilleri, İ kale (iki tarafın anlaşması), dönemsel edimli bağışlamalarda bağışlayanın ölümü, icra edilmiş veya edilmemiş bir bağışlama sözü vermenin geri alınması, bağışlayanın aciz vesikası alması veya iflası şeklinde düzenlenmiştir.⁶⁸⁴

29- Mecelle’nin 862.maddesine göre vahib hibe iradesini açık etmiş, mevhubün leh de kabul etmişken vahib herhangi bir şartla bağlı kalmaksızın hibeden rücu edebilir.⁶⁸⁵ Bu dönme hibenin tamamından olabildiği gibi bir kısmından da olabilir.⁶⁸⁶ Oysa TBK’ya göre “*Bağışlayan ancak; elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa, mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse, bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa veya bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse*” bağışlama sözünü geri alabilir.

30- Mecelle’ye göre vahib, mevhubün leh malı kabzettikten sonra mevhubün lehine rızası varsa hibeden rücu edebilir.⁶⁸⁷ Yani Mecelle, kabzdan önce vahibin hibeden rücusunda mevhubün lehine rızasını aramazken, kabzdan sonra hibeden rücu etmek için mevhubün lehine rızasını aramıştır. TBK’ye göre ise “*Bağışlanan, bağışlayana veya*

684 Bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ; a.g.e, ss.218-224; Merve YILMAZ; Bağışlayanın Sona Ermesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss.57-149

685 MECELLE; md.862; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

686 FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

687 MECELLE; md.864; FETAVA-YI HİNDİYYE; a.g.e, s.276

yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse; bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa veya bağışlanan, haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse geri alabilir.” Yukarıda sayılan şartlar olsa bile bağışlamanın istenmesi bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsüyle sınırlıdır.⁶⁸⁸

31- Mecelle’de vahibin hibesinden rücu hakkı düzenlenirken herhangi bir süre sınırı getirilmemiş iken, TBK’ye göre ise bağışlayan, bağışlamayı geri alma sebebini öğrendiği andan itibaren 1 yıl içinde bağışlamasını geri alabilir.⁶⁸⁹ *“Ancak bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkı mirasçılara geçer ve mirasçılar bu sürenin sona ermesine kadar bu hakkı kullanabilirler.”*⁶⁹⁰ Aynı şekilde *“Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebini öğrenememişse, mirasçılar, ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilirler.”*⁶⁹¹ Son olarak TBK’ye göre; *“Bağışlanan, bağışlayana kasten ve hukuka aykırı olarak öldürür veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçılar bağışlamayı geri alabilirler.”*⁶⁹²

32- Mecelle’nin 849.maddesine göre kabzdan önce vahib yahut mevhubün leh ölürse hibe konusu mal vahibin malvarlığından çıkmayıp varislerine intikal ettiğinden hibe batıl olur. Vahibin mirasçılar vahibin ölümünden sonra hibe edilen malı mevhubün lehe verseler bile hibe tamam olmaz. Mevhubun lehin ölümünden sonra kendi mirasçılar vahibin icabını kabul edemez. TBK’ye göre ise *“Aksi kararlaştırılmamışsa, dönemsel edimleri içeren bağışlama, bağışlayanın ölümüyle sona erer.”*⁶⁹³

688 TBK md. 295/1

689 TBK md.297/1

690 TBK md.297/2

691 TBK md.297/3

692 TBK md.297/4

693 TBK md.298

33- Mecelle'nin 864.maddesinde hâkimin hibeyi feshetmesi düzenlenirken fesih sebepleri düzenlenmemiştir ancak; hibeden sonra vahibin geçim sıkıntısına düşmesi veya bütün servetini kaybetmesi hâkimin hibeyi feshetmesi için herhalde bir dayanak teşkil edebilir.⁶⁹⁴ Bu konuda TBK md.296/2 hükmü ise şöyledir: “Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse ifa yükümlülüğü ortadan kalkar.” Bu durumda bağışlayanın borcunu ödeme güçsüzlüğü aciz vesikası ile belgelenirse bağışlama sözü verme kendiliğinden sona ermektedir.⁶⁹⁵

34- Mecelle'ye göre vahib hibe taahhüdünde bulunduğunu ancak mevhubün lehine bunu kabul etmediğini öne sürdüğünde mevhubün lehine delil getiremezse söz vahibindir.⁶⁹⁶ Çünkü delili bir hakkı olduğunu iddia eden getirir, yemini de akdi inkâr eden verir.⁶⁹⁷ TBK'ye göre ise bağışlama sözünün geçerli kabul edilmesi için bu sözleşmenin yazılı yapılması gerektiğinden; yazılı sözleşme yoksa ortada geçerli bir sözleşme olmayacağı için başkaca delile itibar edilmeyecektir.

694 Abdülkadir ŞENER; 1984, s.111

695 Mustafa Alper GÜMÜŞ; 2013, s.224

696 FETAVA-YI HİNDİYYE; s.323

697 MECELLE md. 76: “Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir.”

SONUÇ

Sosyal bir varlık olan insanın fitratında var olan yardımseverlik ve cömertlik hislerinden beslenen hibenin tarihi insanlık tarihinin başlarına kadar uzanmaktadır. Hibe, toplumdan topluma farklı isim ve şekiller altında olsa da her toplumda hukuki düzenlemelere konu edilmiştir. Sosyolojik araştırmalara göre hibe, ilkel toplumlarda mübadelenin çok mühim bir şeklini oluşturmaktadır.

Hibe akdi, karşı tarafa karşılıksız bir şey kazandırma amacıyla yapılır. Roma hukukunda “causa donandi” olarak bilinen bu sebep, farklı hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Hamburabi Kanunu, Mişna, İran hukuku ve Hint hukukunda da karşılıksız olarak birine bir şey kazandırma olan bağışlama aynı zamanda dini bir öneme de sahip olmuştur. Bu eski hukuk sistemleri dışında, hem Kara Avrupası hukukunda hem de Anglo-Sakson hukukta mal ve hakların bağışlamaya konu olabileceği kabul edilir.

Mecelle’ye göre, müstakil yani bağımsız bir teberru akdi olan hibe akdi; ayni, mülkiyet geçirici, ivazsız, gayri lazım/ caiz, ani edimli ve geciktirici şartı kabul etmeyen rızai bir akit olup, elden hibe, alacağın hibesi, havale, muşa’ın hibesi, meşgulün hibesi, kısa elden teslim ve şartlı hibe şeklinde yapılabilmektedir.

İslam hukukunda akitlerde şekil serbestliği hâkim olduğundan hibe akdinde hibe eden tarafın malını karşılıksız olarak karşı tarafa temlik ettiği anlamını veren her lafızla akit kurulmuş olur. Üç Hanefi imamına ve İmam Malik’in görüşüne göre hibe akdinin zorunlu unsuru bağışlayanın icabıdır; karşı tarafın kabul ve teslim alması hibenin sonuç doğurması için gereklidir. Hibe akdinde; bağışlanan malın hibe vaktinde vahibin mülkü olması, var olması, bilinen, belirli ve mütekavvim olması ve paylı bir mal olmaması, hibe edenin malı ile birlikte olmama şartları aranır. Sahabe ve tabiinden birçok fakihin, Hanefi, Şafii, Hanbeli ve Caferi mezheplerine göre, hibe edilen mal icap ve kabul ile vahibin mülkiyetinden çıkmış olmaz. Kabzdan sonra hibe tamamlanır ve malın mülkiyeti karşı tarafa geçmiş olur.

Hibenin şartsız ve karşılıksız olması esas olup, Zahiri mezhebine göre ve Şafii mezhebindeki bir içtihadı göre şartlı hibe caiz olmaz. Buna mukabil bağışlanana herhangi bir yükleme getiren şart İslam hukukçularının çoğunluğuna göre geçerli görülmüştür. Hibe akdinde tarafların önemli bir borç ya da sorumluluğu doğmaz. Bağışlayanın icap ve kabulden sonra bağışladığı şeyi karşı tarafa teslimi yalnızca ahlaki bir borç niteliği taşımaktadır. İvaz şartıyla birlikte hibe tür nevi satım hükmüne geçtiğinden, bağışlananın borcunu ifa etmesi durumunda bağışlamada bulunan için akit bağlayıcı bir hale gelir.

Hibede rücu, hükümsüzlük ve fesih sona erme sebepleridir. Vahibin, kabzdan sonra hibeden rücu edip edemeyeceği ve hangi şartlarla rücu edebileceği konusu tartışmalıdır. Hibeden dönmeyi uygun görmeyen hadisler olduğu gibi, hibeden dönülebileceğini belirten hadislerin de bulunması, fakihlerin farklı içtihatlar geliştirmesine neden olmuştur. Hanefi ve Zeydi mezhebine göre bağışlayanın hibesinden dönebilmesi aslolanıdır, fakat manileri mevcutsa o durumda hibeden dönemez.

Mecelle'ye göre; kan hısımlığı, sıhriyet, vahibin, yaptığı hibeye karşılık bir ivaz alması, bağışlanan malın tüketilmesi veya yok olması, bağışlanan malda ayrılmaz bir ziyade olması, vahib ya da mevhubun lehin ölümü, bağışlanan malın bağışlananın mülkiyetinden çıkması, hibenin sevap kazanma gayesiyle yapılması ve hibenin bir borcun ibrası şeklinde yapılması hibe akdinde rücu engelleri olarak görülmektedir.

Mecelle ve Türk Borçlar Kanunu'nun hibe ile ilgili hükümleri karşılaştırıldığında akdin her iki kanundaki düzenlenişinin bazı detaylar haricinde büyük oranda benzerlik gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin; Mecelle, hibe taahhüdünü hibe saymamış, Türk Borçlar Kanunu ise bunu hibe türü olarak düzenlemiştir. Geciktirici şarta bağlı olan hibeleri Mecelle'nin İslam hukuk mantığı gereğince geçersiz görmesine karşın, Türk Borçlar Kanunu sonradan bağışlayana dönme koşullu

bağışlamaları geçerli kabul etmiştir. Kanun tekniği bakımından Mecelle'nin hibe akdini detaylı bir şekilde düzenlediği, fetva kitaplarındaki içtihatları norm haline getirdiği görülmektedir. Maddelerin detaylı açıklanması ve bazı maddelerde örneklemelerin bulunması da İslam hukukunun meselecî karakterinin bir yansımasıdır. Türk Borçlar Kanunu da millî bir kanun olarak hazırlanmasıyla birlikte Kara Avrupası hukukunun özelliği olan meseleleri bir norma indirgeme yönteminden ayrılmamış, İsviçre'den alınan Eski Borçlar Kanunu'nda madde 234 ila 247 arasında düzenlenen hibe akdinin düzenlenişinden farklı bir yenilik getirmemiştir. Bu bağlamda yeni kanunun eski kanunun dilini sadeleştirdiği söylenebilir.

Mecelle, hukukun laikleşmesi sürecinde bir geçiş sürecini temsil eder. Zira yeni usule göre yargılama yapacak Nizamiye Mahkemeleri için hazırlanan bu kanun, içtihatlar arasında seçim olanağını ortadan kaldırmış ve her mesele için belirli normlar koymuştur. Eski devirlerdeki bilgi birikimine sahip müçtehitler gibi hukukçuların yetişmemesinin de o zamanki kanun yapıcılarının bu yolu tercih etmeye zorladığı anlaşılmaktadır. Her kanun kendi devrinin ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlar. Mecelle, hızlı ve keskin bir şekilde değişen Osmanlı toplumunun o zamanki güncel sorunlarına çözüm getirmek amacıyla en uygulanabilir içtihatları seçerek kanunu uygulayan hâkimlere yardımcı olmayı amaçlamıştır. Aynı şekilde bir meselede farklı içtihatlarla hüküm vermeyi de yasaklayarak hukukta uygulama birliğini sağlamayı gaye edinmiştir. Laik karakterdeki yeni Türkiye Cumhuriyeti bir imparatorluk varisi olarak eski sorunları devraldığından, gayrimüslim vatandaşların bağlı olacağı medenî ve borçlar hukuku kurallarını yine kendi rejimine uygun bir şekilde çözmek durumunda kalmıştır. Devletin önünde Müslüman Türk vatandaşları için ayrı bir kanun, gayrimüslim Türk vatandaşları için ise ayrı bir kanun yapmak veya tüm medenî hukuku laikleştirmek dışında bir yol kalmamıştır. Yeni devletin kurucu iradesi tercihini ikinci yoldan yana kullanmış ve medenî hukuk laikleşmiştir. Biri ilahî, diğeri ise genel anlamda seküler bir hukuk

sistemi olan İslam Hukuku ve Kara Avrupası hukukunun hibe akdi özelinde koyduğu hükümleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan meselelerin benzer olduğu, kanun tekniği farklı olsa da norm sistematığının büyük oranda benzeştiği görülmektedir. Bu durum da, devir değişse de; insanın bazı ihtiyaçlarının, yaşadığı sorunların ve sorunlara getirdiği çözümlerin değişmeyebileceği tezini güçlendirmektedir.

Yukarıda farklı hukuk sistemlerinde hibe akdinin tarihi seyri ve düzenlenişi ve çalışmanın son bölümünde Mecelle ve Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun sözleşmeye ve ehliyeteye ilişkin genel hükümleri ile bağışlama sözleşmesinin özel hükümleri karşılaştırmalı olarak incelendiğinde görülüyor ki; tarih boyunca insanların ruhunda iyilik yapma hissi hep var olmuştur. Bu his, çalışmamız kapsamında hibede bulunmak yani bağışlama yapmak şeklinde farklı zaman ve mekânlarda benzer şekillerde tezahür etmiştir. Mecelle; hibe akdi hükümleri ile insanoğlunun uzun tarih yürüyüşünde 19.asırda Osmanlı hukukçularının Dünya hukuk müktesebatına kazandırdığı müstesna bir eserdir. Âcizane kanaatimizce; dinamik olan hayatı hukuk arkadan takip eder ve belirli davranış kalıpları zamanla kanun normu olarak toplum hayatına girse de; insanın hukuki hayatta ihtiyaçları çoğunlukla aynı kalmaktadır. Buna; Hammurabi kanunlarının, Roma hukukunun, İslam hukukunun ve dünyadaki modern ülke hukuklarının özel hukuk alanında benzerliğinin yüksek olması en büyük delildir.

Külli kaideleri sadece hukukçular tarafından değil, ilgili herkesçe ezberlenen, sehl-i mümteni tarzını hukuk diline getiren ve geniş bir coğrafyada uzun yıllar uygulanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye mazinin hukuk hayatını günümüze taşımaya devam etmektedir. Zaman değişmekte, hükümler değişmekte ancak şu kaide hep sabit kalmaktadır:

“Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz.”⁶⁹⁸

698 “Zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr edilemez.” MECELLE; md.39

Yaptığımız çalışma sonunda, Mecelle’de düzenlenen hibe akdi ile şu anda uygulamakta olduğumuz Türk Borçlar kanununda düzenlenen bağış sözleşmesi arasında yaptığımız karşılaştırma sonunda gözlemlediğimiz benzerlik ve farklılıklar aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Ömer; Osmanlı Modernleşmesi, İstanbul, 2008

AHMED B. HANBEL; Müsned, Ter: Rıfat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya, 2004

AHMET CEVDET PAŞA; Ma'ruzat, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980

-----; Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991

AKGÜNDÜZ, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1990

-----; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, c.3

-----; “Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri”, Ahmet Cevdet Paşa (1823-1895) Sempozyum 9-11 Haziran 1995, TDV., Ankara

-----; “Dürerü’l-Hükkâm”, DİA

-----; “Fetâvâ-yı Ankaravî”, DİA

AKINCI, Şahin; Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2017

AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya; Borçlar Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016

Jale G. AKİPEK/ Turgut AKINTÜRK/ Derya Ateş KARAMAN; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku; Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011

AKYILDIZ, Ali; “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye”, DİA, c. XXVIII

Ali EFENDİ, Çatalcalı; Fetâvâ-yı Ali Efendi, İstanbul 1324, I-II.

Ali AKYILDIZ; Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006

ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade; Dürerü’l Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, İstanbul, 1330

ANSAY, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

APAYDIN, Yunus; “Muhayyerlik”, DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, c.31.

-----, “Hezl”, DİA, c.XVII

-----, “İhtiyar”, DİA, c.XXI

-----, “İrade”, DİA, c.XXII

-----, “İrade Beyanı”, DİA, c.XXII

ARAL Fahrettin / Hasan AYRANCI; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

ARMAĞAN, Servet; İslâm Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004.

-----; “İslam Hukukunda Akitlerin Sınıflandırılması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c.XVII, 1988, s.51-64.

ARSAL, Sadri Maksudi; Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, 1947

ARSEBÜK, Esat; “Hususi Akit Tipleri Üzerinde İncelemeler: Bağışlama”, A.Ü.H.F.Dergisi,1948, c.v, S. 1-4.

ATAAY, Aytekin; “Neden İsviçre Medeni Kanunu”, Medeni Kanunun 50. Yılı Sempozyumu, İstanbul 1978.

ATAR, Fahrettin; Fıkıh Usûlü, İstanbul, 1992.

-----; “Fetva”, DİA, c. XII

-----, “Şürut” md., DİA, İstanbul 2010, c.XXXVIII

ATASOY, Samed; “*Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı)* ”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2019, s. 107-135;

ATIF BEY, Kuyucaklızade; Mecelle İzahı, Mahmud Bey Matbaası

AVCI, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Atlas Yayınları, Konya, 2017

AYAN, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2007

AYBAKAN, Bilal; “İvaz” md., DİA; c.XXIII

AYDIN, Mehmet Akif; Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları, c.IX, İstanbul, 1989

-----; Türk Hukuk Tarihi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017

-----; “Osmanlı’da Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, (Editör:Ekmeleddin İhsanoğlu), İstanbul, 1994.

-----; İslam Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.

-----; İslam ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları, İstanbul 1996

-----; “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, DİA, c. XXVIII.

-----; “Mahkeme”, DİA, c. XXVII.

-----; “Ali Haydar Efendi, Küçük”, DİA, c.II

-----; “Arazi Kanunnamesi”, DİA, İstanbul,1991, c. III.

-----; “Batılılaşma”, DİA, c. V

-----; “Kanun-ı Esasi”, DİA, c. XXIV

-----; “Kitabu’l Vedia” Osmanlı Araştırmaları, XIII [1993]

-----; DİA, “Gasp” md., İstanbul, 1996, c.13

-----; DİA, “Arazi Kanunnamesi” md., c.3

AYDIN, Mehmet Akif/ HALAÇOĞLU, Yusuf; “Cevdet Paşa” md., DİA, Ankara, 1993, c.7

AYİTER; Kudret; Roma Özel Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1983

AYVERDİ; İlhan Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2011

AZAK, Ülkü; “Tanzimat’tan Sonra Resepsiyon”, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: III., İstanbul, 1985

BADR, Gamal Moursi; Islâmic Law: Its Relation to Other Legal Systems, The American Journal of Comparative Law, sayı: 26, 1977-1978

BAKKAL, Ali; “Maraz-ı Mevt” md., DİA, Ankara, 2003, c.28

BAKTIR, Mustafa; “İslâm Hukukunun Genel Prensipleri”, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 34, 2008

-----; “Kaide”, DİA, c.XXIV

-----; “Eşbâh ve’n-Nezâir”, DİA, c.XI

BARKAN, Ömer Lütfi; “Kanunnâme”md., İA, Milli Eğitim Bakanlığı

-----; “*Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer’iliği Meselesi*,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XI, (1945)

BARDAKOĞLU, Ali; “Ferağ”, DİA, c.XII

-----; “Fesih”, DİA, c.XII

-----; “İkrah”, DİA, c.XXII

-----; “Hanefî Mezhebi”, DİA, c.XVI

-----; “Hibe”, DİA, c.XVII

BEGOVİĆ, Mehmed; “Similarities between the Mecelle and the General Proprietary Code of Montenegro”, POF, c. XXXVI, 1987

BELGESAY, Mustafa Reşit; Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, c.XVII

BELEN, İbrahim; Şartlı ve Mükellefiyetli Bağışlama, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

BERKES, Niyazi; Türkiye’de Çağdaşlaşma, Dogu-Batı Yayınları, İstanbul, 1988

BERKİ, Ali Himmet; Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.

-----; “Hibenin Şart ve Mükellefiyetlerle Takyidi”, AD Ocak 1970, Cilt. LXI, S. 1, ss. 1-4

BEYAZAL, Aynur; “Tanzimat Sonrası Türkiye’sinde Medeni Hukuk Sahasında Yapılan Kanunlaştırmalarda Laiklik–Sekülerlik Sorunu”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1998

BİLGE, Necip; Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 1996

BİLGİLİ, İsmail; “İslam Hukuku’nda Ma’dum’un Satışı”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 8, 2006, ss.211-238

İlknur Yaşar BİLİCİOĞLU; İslam Hukukunda Nitelikleri İtibarıyla Satım Akdine Konu Olamayan Mallar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009

BİLMEN, Ömer Nasuhi; Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970

BİNGÖL, Sedat; Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu, Eskişehir 2004

BLACK'S LAW DICTIONARY; 7th Ed., Editor: B.A Garner, Minnesota, 1999

BOZKURT, Gülnihâl; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996, Ankara

-----; “*Tanzimat ve Hukuk*”, Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu (31 Ekim-3 Kasım 1989) Ankara, 1990

-----; “*Mahmut Esat Bozkurt'un Laik Hukuka Geçiş Katkıları*”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1994, c.2

-----; 1839-1914 Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989

BOZKURT, Mahmut Esat; “*Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?*”, Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü için, İstanbul, 1944.

BUHARİ; Sahih-i Buhari, Ter: Mehmed Sofuoğlu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1990

BÜYÜK ALİ HAYDAR, Nasûhîzâde; Usul-i Fıkıh Dersleri, İstanbul, 1966.

CANAN, İbrahim; Kütüb-i Sitte Ansiklopedisi, Hibe Bölümü, Akçay Yay., İstanbul, 2016

CEBECİ, İsmail; Ceride-i İlmiye Fetvaları; Klasik Yayınları, İstanbul, 2009

CELAL NURİ; Havaic-i Kanuniyemiz, İstanbul, 1331.

CERİDE-İ İLMİYYE; c. II, sayı: 20–21; c. III, sy. 28, 29, 30

CEYLAN, Seldağ Güneş; “*Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 7, sayı:2, 2004

CEZÎRÎ, Abdurrahman; Kitâbü'l-Fıkh 'Ale'l-Mezahibi'l-Erba'a, Kahire, 1997

-----; Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı, Çev.Mehmet KESKİN, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1994 c.5

- CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.
- CİN, Halil – Sevgi Gül AKYILMAZ; Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2008
- CİN, Halil; “*Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri*”, 150. Yılında Tanzimat, (Yayına Hazırlayan: Hakkı Dursun Yıldız), Ankara, 1992
- ÇALIŞ, Halit; “*İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, Dini Araştırmalar, c.VII, Sayı: 19 ss.269-296
- ÇEKER, Orhan; İslam Hukukunda Akidler, İttifak Holding A.Ş. Yayını, Konya, 1999
- ; Fıkıh Dersleri, İstanbul, 1994
- ÇOBAN, Ayşegül; Mecelle’nin Tadil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008
- DANIŞMEND, İsmail Hâmi; İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, Türkiye Yayınları, İstanbul, 1972
- DAVİSON, Roderic H.; Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform, Papirüs yay, İstanbul, 1997
- DEMİR, Abdullah; Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2006
- ; Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle, Katre Yayınları, İzmir, 2008
- DEVELLİOĞLU, Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara, 1999
- DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI KUR’AN MEALİ, Haz.Halil ALTUNTAŞ, Muzaffer ŞAHİN; Yenigün Matbaacılık, 12. Baskı, Ankara, 2011
- Di MARZO, Salvatore; Roma Hukuku, Çev. Ziya UMUR, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi; “*İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler*”, İLAM Araştırma Dergisi, c.1, s.1, 1996
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015
- DURSUNÜST, Elif; “*Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi*”, Usûl Dergisi, c.12, yıl:2010, sayı:1

DÜNDAR, Hamit; “(Hibe) Bağışlama ve Çeşitleri Üzerine Bir İnceleme”, AD 1985, c. LXXVI, Eylül-Ekim, S. 5, s. 19-40.

DÜSTUR, İkinci Tertip, c.VI

DÜZDAĞ, Mehmet Ertuğrul; Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16.Asır Türk Hayatı, İstanbul, 1972

EBU DAVUD, Süleyman b. Eşar; Sünen-i Ebu Davud, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2007

EBUSSUUD EFENDİ; Maruzat, Haz.Pehlül Düzenli, İstanbul, 2013

EBÛ ZEHRA, Muhammed; Ebû Hanife, Çev; Osman Keskioglu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 1997

-----; İslam’da Fıkhi mezhepler Tarihi, Çev; Dr. Abdülkadir Şener, Hisar Yayınevi, İstanbul, 1976

EKİNCİ, Ekrem Buğra; İslam Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2016

-----; İslam Hukuk Tarihi, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2006

-----, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul 2004

-----; Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008

-----; “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi S. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999,

ELLEK, Hasan; “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.3, S.6, 2014, s.119-159.

ENGELHARDT, Edouard, P.; Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye’nin Tarih-i Islahatı 1826–1882, (trc. Ali Reşad), İstanbul, 1328.

-----; Tanzimat ve Türkiye, Çev. Ali REŞAD, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999

ERDEM, Sami; Türkçede Mecelle Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, c. III, sayı: 5, (2005), ss. 674- 690

ERDOĞAN, Mehmet; Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 2005.

-----; Fıkıh İlmine Giriş, Dem Yayınları, İstanbul, 2009

- ERDOĞMUŞ, Belgin; Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ERGİN, Osman; Türkiye Maarif Tarihi, I-II, İstanbul, 1977
- ERYILMAZ, Bilal; Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme, İşaret yay., İstanbul, 1992
- ESİRGİN, Seda ÖRSTEN; “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, ADALET DERGİSİ, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Aralık 2019, Yıl:146, Dönem:VI sayı: 62-63
- ; “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırmaları Merkezi Dergisi, 2011, Bahar
- FETÂVÂ-YI HİNDİYYE; Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, 1984-1988, I-XVI cilt
- FENDOĞLU, H.Tahsin; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2000
- FEVZİ, Mustafa; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’den Kitabu’l Hibe Şerhi, Matbaa-i Hukukiyye, Dersaadet, 1328
- FÎRUZÂBÂDÎ, Ebû’t-Tâhir; el-Okyanûsü’l-basît fî tercemeti’l Kâmûsil-Muhît (trc. Âsım Efendi), İstanbul 1304 – 1305, I – IV.
- GAIUS; Institutiones, Borçlar Kısım, Çev.: Türkân Rado, Doğan Kardeş Basımevi, İstanbul, 1953
- GAYRETLİ, Mehmet; Tanzimat Sonrasında Cumhuriyet’e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008
- GENÇ, Mehmet; “İltizam” md., DİA; c.XXII
- GOD; Franko; “Mecelle ve Usul-ü Muhakeme”, Hukuki Bilgiler Mecmuası, yıl 1926, sayı 2.
- ; “Mecelle ve Usul-ü Muhakeme”, Hukuki Bilgiler Mecmuası, yıl 1927, sayı 5
- GÖZLER, Kemal; Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 2017
- GÜLSOY; Ufuk; DİA; Islahat Fermanı md., c.XVIII

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

GÜNAY, H. Mehmet; “*Son Devir Osmanlı Hukukçusu, Küçük Ali Haydar Efendi*”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2006

-----, DİA, “Rukba” md., c.XXXV

GÜR, A. Refik; Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1993

HACAK, Hasan; “Mülkiyet”, DİA, c.31, s.546-552

-----, “Mal” md., DİA, Ankara, 2003, c.27

HACI REŞİD PAŞA; Ruhu'l-Mecelle, Darul-Hilafeti'l-Aliyye, 1326

HAÇKALI, Abdurrahman; “*Haneî Mezhebinin İçtihat Geleneğinin Tümdengelimci Yönü Üzerine*”, İslâmi Araştırmalar, cilt: 15/2, 2002

HALEBÎ, İbrahim; İzahlı Mültekâ El-Ebhur Tercümesi, Tercüme: Mustafa Uysal, 1969

HAMİDULLAH, Muhammed; İmam-ı Âzam ve Eseri, Çev; Kemal Kuşçu, Beyan Yayınları, İstanbul, 2004

-----; İslam Hukuku Etüdleri, Çev; Kemal Kuşçu, Bir Yayınları, İstanbul, 1984

HAS, Şükrü Selim; “Mülteka'l-Ebhur”maddesi, DİA, c.XXXI

HATEMÎ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015

HAUGHTON, Graves Chamney; Manava Dharma Sastra or The Institutes Of Manu, Edited by Rev.P. PERCIVAL, J.Jetley Publishing, Gian Offset Printers, New Delhi, 1982

HEYD, Uriel; “*Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şariat*”, (terc. Selahattin Eroğlu), AÜİFD, c. XXVI, 1983.

HILL, Enid; “*Mukayeseli Hukuku Bilimi, Modern Bir Kanunlaştırma Bilimi'nin Gelişmesinde Bir Kaynak Olarak İslâm Hukuku*”, Sosyal ve Tarihi Bağlamında İslâm Hukuku İçinde, Editör: Aziz el-Azme, çev: Fethi Gedikli, İstanbul, tsz.

HIRA, Ayhan; “*Klasik Fıkıh Kaynaklarında Hibeden Dönme Meselesine İlişkin Temel Yaklaşımlar*”, The Journal of Academic Social Science Studies, sayı 58; 2017 Yaz

HÜSEYİN KAZIM; “*Mecelle ve Usul-ü Muhakeme*”, Hukuki Bilgiler Mecmuası, yıl: 1927, sayı 6, s. 341–342.

IMBER, Colin; Şeriattan Kanuna Ebussuûd ve Osmanlı’da İslamî Hukuk, Çev; Murteza Bedir, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004

IUSTİNİANUS, Institutiones, Çev.: Ziya Umur, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1955

İBN ABİDİN; Reddül-Muhtar Ale’d-Dürri’l-Muhtar, Tercüme: Mazhar Taşkesenlioğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1986

İBN ÂŞÛR, Muhammed Tâhir; Mekâsıdu’s-şerî’atı’l-İslâmiyye (trc. Vecdi Akyüz – Mehmet Erdoğan), İstanbul, 1996

İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed; el-Muhalla, Kahire ts., I-XI

İBN’ÜL HÜMAM; Fethu’l Kadir, Daru’l Fikr, Beyrut, 1977, c. 5, s.498

İBN MACE; Sünen-i İbn Mace, Ter: Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982.

İBN NUCEYM; el-Eşbâh ve’n-nezâir, Kahire, 1968

-----; el-Bahru’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik, Kahire 1333, I – VIII

İBN RÜŞD, el-Hafid; Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid, Tercüme: Ahmet Meylani, Düzenleyen: Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul, 1991

İBRAHİM, Abdulazim; “*Mecelle’nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri*”, Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi, c.1, s.1, 2017

İHSANOĞLU, Ekmeleddin, “Osmanlı Bilimi Literatürü”, Osmanlı Medeniyeti Tarihi, İstanbul, 1999

İLMİYE SALNÂMESİ, Osmanlı İlmiye Teşkilatı ve Şeyhülislam, Yay. Haz., Seyit Ali Kahraman, Ahmet Nezih Galitekin, Cevdet Dadaş, İşaret Yayınları, İstanbul, 1998

İNALCIK, Halil; Devlet-i Aliyye, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2009

-----; Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren Yayınları, İstanbul, 2005

-----; “*Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c.XIII/2, 1958, s.102-126.

-----; “Kanun”. DİA, XXIV, ss. 323-327. (2013).

-----;“Tanzimat Nedir?”. Tanzimat. (Editörler: Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu) Türkiye İş Bankası Yayınları İstanbul, 2011)

İPŞİRLİ; Mehmet / ÇELEBİ, İlyas; DİA, “Hasan Fehmi Efendi” md., c.16

İZGÖER, Zeki; Ahmet Cevdet Paşa, Şule Yay., İstanbul, 1999

JENKS, Edward; “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, çev: Mukbil Özyörük, AÜHFD, c: 7, sayı:2, 1950

JORGA, Nicolae; Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, İstanbul, 2012

KALLEK, Cengiz; “Fetâvâ-yı Ali Efendi”, DİA, c.XII

-----;“Fetâvâ-yı Feyziyye”, DİA, c.XII

-----; “Fetâvâ’l-Hayriyye”, DİA, c.XII

-----; “el-Hidâye”, DİA, c.XVII

KANDEMİR, M. Yaşar, Hadis maddesi, DİA, c.XV

KARADENİZ, Özcan; Roma Hukuku, Ankara, 1974

KARAL, Enver Ziya; Osmanlı Tarihi, c. V, TTK yay., 5. Baskı, Ankara, 1999

KARAMAN, Hayreddin; Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009

-----; İslam Işığında Günün Meseleleri, İz Yayınları, İstanbul, 2003

-----; Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, Nesil Yayınları, İstanbul, t.y.,

-----; “Fıkıh”md., DİA, c.XIII

-----; “Akid” md.; DİA, c.2

KARAYALÇIN, Yaşar/ MUMCU, Ahmet; Türk Hukuk Bibliyografyası, Türk Harflerinin Kabulüne Kadar Yayınlanmış Kitap ve Makaleler, 1727-1928, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara, 1972

KAŞIKÇI, Osman; İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997

KAVAKÇI, Yusuf Ziya; Suriye-Roma Kodu ve İslâm Hukuku, Ankara, 1975

KENANOĞLU, Macit; Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus, Ankara, 2005

-----; Osmanlı Millet Sistemi, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004

KESKİOĞLU, Osman; Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara, ts

-----; “Ahmed Cevdet Paşa Hayatı ve Eserleri”, A.Ü.İ.F.D, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967

KILIÇ, Muhammed Tayyip; Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2011, c.10, sayı:1-2

KIZILKAYA, Necmettin; Hanefî Mezhebi Bağlamında Külli Kaideler, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013

KIZILTAN, Yılmaz; “*1.Meşrutiyet’in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı*”, Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, c.26

KOCA, Ferhat; el- Fetâvâ’t- Tatarhâniyye maddesi, DİA, c.XII

-----; el- Fetâvâl-Velvâliciyye maddesi, DİA, c.XII

-----; Mezhep maddesi, DİA, c.XXVIII

-----; Molla Hüsrev maddesi, DİA, c.XXX

-----; “İkrar”, DİA, XXII, 38–40. c.XXII

-----; “el-Muhtasâr”, DİA, c.XXXI

KORUCU, Yasemin; İslam Hukukunda Telfik (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010

KOSCHAKER, Paul; “*Mukayeseli Hukuk Tarihi*”, çev: Kudret Ayiter, AÜHFD, cilt:11, sayı:12,1954

-----; Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, çev: Kudret Ayiter, Ankara, 1950

KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, 2008

KÖPRÜLÜ, M. Fuad; “Fıkıh”, İA, Milli Eğitim Bakanlığı, c. IV, s.221

KÖSE, Saffet; İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile, İstanbul 1996.

-----; “Hiyel”, DİA, c.XVIII

- KUDÛRÎ; Ahmed b. Muhammed (428/1037), el-Kitab Mea'l-Lübâb ts.
- KUTLUAY, Ezgi; Bağıslama Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- KÜÇÜK, Cevdet; DİA, “Abdülaziz” md., c.1
- LEWİS, Bernard; Modern Türkiye'nin Doğuşu, 8. baskı, TTK yay., Ankara, 2000
- KÜÇÜK ALİ HAYDAR; b. Mehmed Emin (ö. 1936), “Kitâbü'l-Muvâzaa ve'l-İstiğlâl”, el-Mecmûatü'l-cedide fi kütübi'l-erbaa, İstanbul, 1316
- MAHMUTOĞLU, Yakup; “İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.I, 2012, s.131-151.
- MALİK B. ENES; el-Muvatta, Mısır, 1951
- MALKAÇ, Mehmet; Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle İle İlgili Bibliyografik Çalışma, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, Sakarya, 2001
- MARDİN, Ebul'ula; Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996
- ; “Kadı”, İA, c.VI.
- ; “Mecelle”, İA, c. VII
- KOÇAK, Muhsin/ DALGIN Nihat; Fıkıh Usulü, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2013
- MARDİN, Şerif; “Mecellenin Kaynakları Üzerine Açıklayıcı Notlar”, Türk Modernleşmesi, 17. Baskı, (Çeviren: Yusuf Bayraktutan), İstanbul, 2007
- MAUSS, Marcel; Hibe, Arkaik Cemiyetlerde Mübadelenin Şekilleri ve sebepleri, (Çev. Sadri Ertem), A. Sait Matbaası, İstanbul 1934,
- MAVSİLÎ, Ebu'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd; el-İhtiyâr li ta'lîli'l- Muhtâr, c.I-V İstanbul, 1987,
- MECELLE-İ AHKÂM-İ ADLİYE; Terakki Kütüphanesi, Dersaadet, 1389
- MECELLE-İ AHKÂM-İ ADLİYE; (haz. Ali Himmet Berki), İstanbul, 1982
- MES'UD EFENDİ; Mir'at-ı Mecelle, İstanbul, 1302
- MEYDAN, Ahmet; İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

- MOSSMAN, Mary Jane/ FLANAGAN, William; Property Law-Cases and Commentary, Emond Montgomery Publications, Toronto, 1998
- MUSTAFA FEVZİ; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeden Kitabu'l-Emânât ve Kitabu'l-Hibe Şerhi, İstanbul, 1306
- MÜSLİM; Sahih-i Müslim, Ter: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977.
- NADOLSKI, Dora Glidewell; “*Ottoman and Secular Civil Law*”, International Journal of Middle East Studies, 1977, sy. 8.
- NAMLI, Tuncer; Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslam Âlimlerinin Aldığı Tavrı ve Bunun Neticeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Ü. SBE.), Kayseri, 1988
- NARİN, İsmail; Ali Haydar Efendi'nin İlmî Şahsiyeti ve Eserleri, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001
- NESÂİ; Sünen-i Nesâi, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2005
- NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2014
- OĞUZ, Arzu; “*Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü*”, AÜHFD, c: 55, sayı: 1-2, 2006
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- OKIÇ, M. Tayyib; Osman Öztürk-Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle Tanıtım Yazısı, İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, cilt: VI, sayı: 1-2, 1975
- OKUMUŞ, Ejder/ CİHAN, Ahmet/ AVCI, Mustafa; Osmanlı Devletinde Eğitim, Hukuk ve Modernleşme, İstanbul, 2006
- ONAR, Sıddık Sami; “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification’u, Mecelle”, İÜHFD, c. XX/1-4, s.57-85.
- ORTAYLI, İlber; “Kadı”, DİA, c. XXIV.
- ; “*Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine*”, Ü. Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, c. I, İstanbul 1982
- ; Tarihimiz ve Biz, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011
- ; “Osmanlı Devletinde Laiklik ve Hukukun Romanizasyonu”, Erdem, Aydın Sayılı Özel Sayısı, Ocak 1997, c. 9, sy. 27, s. 1201-1208

OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan; “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, c.29, 2011, s.93-124.

OTACI, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey yay., İstanbul, 2004

ÖĞÜT, Salim; “Ebû Yusuf”, DİA, c.X

ÖZCAN, Tahsin; “Mehmed Emin Efendi, Ankaravî”, DİA, c.XXVIII

-----; “Ömer Hulusi Efendi” md., DİA, İstanbul, 2007, c.34

ÖZDİREK, Recep; İslam Hukukunda Akdin Sınırları, Yedirenk Yayınları, İstanbul, 2010

PAKIR, Musa; İslâm Hukûku’nda Akidlerin Fesâd ve Butlânı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2018

Recep ÖZDİREK; İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004

ÖZEL, Ahmet; “el-Âlemgîriyye” maddesi, DİA, c.II

-----; “Bezzâzî” maddesi, DİA, c.VI

-----; “Haskefî” maddesi, DİA, c.XVI

-----; “İbn Âbidîn” maddesi, DİA, c.XVIII

-----; “İbn Âbidînzâde” maddesi, DİA, c. XVIII

-----; “İbn Nüceym, Zeynüddin” maddesi, DİA, c.XX

-----; Behçetü’l-Fetâvâ maddesi, DİA, c.V

-----; Fıkıh maddesi, DİA, c.XIII

-----; Mâlik b. Enes maddesi, DİA, XXVII

ÖZEN, Şükrü; “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, TALİD, 3/5, 2005

ÖZKORKUT, Nevin Ünal; Hukuk Devleti Düşüncesinin Osmanlı Devlet Yapısına Etkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2000

ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

ÖZTUNA, Yılmaz; Büyük Türkiye Tarihi, I-XIV, İstanbul 1978

-----; Osmanlı Devleti Tarihi, Medeniyet Tarihi, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2004

ÖZTÜRK, Osman; Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973

-----; “*Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı:100, 15 Kasım 1998

PARLATIR, İsmail; Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, Yargı Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara, 2009

RADO, Türkan; Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992

REHBER-İ TÂLİBÂN-I MECELLE; Mahmut Bey Matbaası, İstanbul, 1305

SARKİS, Karakoç; Külliyyât-ı Kavânin, Cilt: I., Fihrist-i Tarihî 16 Muharrem 855-3 Şaban 1293 (1451-1876), (Yayına Hazırlayanlar: Mehmet Akif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem Buğra Ekinci, Mustafa Macit Kenanoğlu), Ankara 2006

SCHWARZ, Andreas; Medeni Hukuka Giriş, (terc. Hıfzı Veldet), Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1942

SERAHSÎ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed; Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008

SEVİĞ, Vasfi Raşit; “Borçlar Hukuku ve İktisat”, AÜHF Dergisi, c.7, S.3–4, 1950.

-----; “Hukuk Mukayesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.IV, ss.1–4, 1947

SEYDİŞEHİRİ, Mahmud Esad; Telhîs-i Usûl-i Fıkıh, İzmir 1313

SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet; Tanzimat Devrinde Meclis-i Vela (1838-1868), Ankara TTK, 1996

SEYYİD NESİB; “Mecelle’nin Islahına Doğru”, Darulfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı: I/4, ss. 405-425

SOYLU, İlhan; İslam Hukukunda ve Mer’i Hukukta Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bingöl, 2018

ŞABAN, Zekiyüddin; İslam Hukuk İlminin Esasları, Tercüme: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2009

ŞÂFÎÎ, Muhammed b. İdris; el- Umm, Beyrut, 1973

ŞAHİN, Hidayet; İslâm Hukukunda İftâ Usûlü, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Konya, 1995

ŞAHİN, Mustafa; İslâm Hukukunda Fetva ve Osmanlı Dönemi Fetva, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 2000

ŞAHİN, Osman; İslâm Hukukunda Fetva Usûlü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, Samsun, 2002

ŞEN, Murat; “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Osmanlı Ansiklopedisi, Yeni Türkiye Yay., c. VI (Teşkilat), Ankara 1999

ŞENER, Abdulkadir; İslam Hukukunda Hibe (Doçentlik Tezi), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Matbaası, 1984

ŞİMŞİRGİL, Ahmet/ EKİNCİ, Ekrem Buğra; Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2008

TAHAVİ; Hadislerle İslam Fıkhı, Çev. Beşir ERYARSOY, Kitabı Yayınevi, İstanbul, 2009, c.6

TAHİROĞLU, Bülent; Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2012

-----; “Tanzimat’tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri”, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: III., İstanbul 1985

TİRMİZİ; Sünen-i Tirmizi, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2004

TURAN, Ömer; “1926 Hukuk İnkılabının Fikri Temelleri”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, sy. 32, c. XI, Temmuz 1995

TOSUN, Mebrure/ YALVAÇ, Kadriye; Sümer, Bâbil, Asur Kanunları ve Amm-i Şaduqa Fermanı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1975

TÜFEKÇİ, İbrahim; “İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 20, Ekim 2012, s.11-42.

TÜRCAN, Talip; “Fıkıhdan İslâm Hukukuna”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi,6/2005

- ; “*Hukukî Merkezileşme ve Fıkıh*”, İslâmiyat, 8/1, 2005
- ; (Editör), İslâm Hukuku, Grafiker Yay., Ankara, 2012
- TÜRK HUKUKU LÛGATI; (Türk Hukuk kurumu tarafından hazırlanmış), Başbakanlık Mevzuâtı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991
- TÜRKZÂDE, Ziyaeddin; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi, İstanbul, 1312
- UÇAROL, Rifat; Doğuştan Günümüze Büyük Osmanlı Tarihi, (redaktör: Hakkı Dursun Yıldız), c. XI, İstanbul, 1989
- ULUSAN, M. İlhan; “*Türk Medeni Kanununun Dünyü ve Bugünü*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.1, S.1-2, 2002, ss.153-172.
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı; Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1977
- UZUNPOSTALCI, Mustafa; “Ebû Hanife”, DİA, c.X
- ÜÇOK, Coşkun- MUMCU, Ahmet -BOZKURT, Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- ÜÇOK, Coşkun; “İslâm Hukukunun Temel Kurallarından “İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez””, İmran Öktem’e Armağan İçinde, Ankara, 1970
- ; “Medeni Kanunumuz ve Türkiye’nin Hukukî Bünyesi”, AÜHFD, c: 8, sayı: 34, 1951
- Vakanüvis Ahmed Lütfi EFENDİ; Vakayiname, Yayına Hazırlayan: Münir AKTEPE, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989
- Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU; Türk Medeni Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959
- ; “*İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*”, Fikret Arık’a Armağan İçinde, Ankara, 1973
- ; “Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat” Tanzimat c. I, İstanbul, 1999.
- ; “*Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluluğu*”, Ankara Barosu Dergisi Staj Konferansı Eki, yıl 1972, sayı 6.
- ; “*Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer’î Hukuktan Laik Hukuka Geçiş*”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, 1968

- Von Tuhr, Andreas; “İsviçre Borçlar Kanununun Hibe Hükümleri Hakkında Düşünceler” (Çev: Şakir Ansay), Adliye Ceridesi 1936, S. 19, s. 1717-1729 (Hibe)
- YAVUZ, Hulusi; “Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle’nin Tedvini”, Ahmet Cevdet Paşa (1823-1895) Sempozyum 9-11 Haziran 1995, TDV., Ankara, 1997
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014.
- YAZMAN, İrfan; “Mecelle Hukukunda Selem Akdi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 1964, s.281-306.
- YAZIR, Elmalılı Hamdi Yazır; İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1997
- YILDIRIM, Abdülkerim; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- YILDIRIM, Mustafa; Mecelle’nin Külli Kaideleri, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, İzmir 2009
- YILMAZ, Ahmet Yusuf; Osmanlı Hukukunda Batılılaşma Süreci (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016
- YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
- YILMAZ, Merve; Bağışlamanın Sona Ermesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014
- ZEYDAN, Abdülkerim; el-Veciz fi Usuli’l-Fıkh, Müesseseti’r Risaleti’n Naşirun, Beyrut, 1436
- ; İslam Hukukuna Giriş çev.: Ali ŞAFAK, İstanbul, 2008
- ZIFF, Bruce; Principles of Property Law, 2.nd Ed., Toronto, 1996
- ZUHAYLİ, Vehbe; el-Fıkhü’l-İslami ve Edilletühu, Dımaşk, 1984

İnternet Kaynakları:

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>

<https://zuniclaw.com/en/deed-gift/>

<https://mevzuat.gov.tr/>

<http://ktp.isam.org.tr/>

<http://adaletdergisi.adalet.gov.tr/index.html#portfolio>

<https://islamansiklopedisi.org.tr/>

EKLER

EK 1: Mecelle Ve Türk Borçlar Kanununa Göre Hibe (Bağışlama) Hükümlerinin

Karşılaştırma Tablosu

ÖZELLİK	MECELLE	TBK
Bağışlanan bir mal olmalıdır.	EVET	EVET
Bağışlanan mütekavvim mal olmalıdır.	EVET	ŞART DEĞİL.
Bağışlanan belirli ve bilinen olmalıdır.	EVET	EVET
Bağışlanan mevcut olmalıdır.	EVET	EVET
Bağışlanan vahibin mülkü olmalıdır.	EVET	EVET
Rukba geçerlidir.	HAYIR	EVET
Umra geçerlidir.	EVET	HÜKÜM YOK.
Vahibin mülkiyeti geçirme borcu vardır.	HAYIR	EVET
Karma bağış mümkündür.	EVET	EVET
Mülkiyet kabzla geçer.	EVET	EVET(Şekil şartı yoksa)
Hibeden rücu etmek mümkündür.	EVET	EVET
Rücu engelleri vardır.	EVET	HAYIR
Vahib kabzdan önce hibeden sebepsiz dönebilir.	EVET	Sınırlı hallerde dönebilir.
Vahib tüzel kişi olabilir.	HÜKÜM YOK	EVET
Bağışlamayı geri almada hak düşürücü süre mevcuttur.	HAYIR	EVET(1YILLIK HAK DÜŞÜREN SÜRE)
Şekil şartı vardır.(Elden bağış hariç)	HAYIR	EVET
Hibe meclisi kabul ve kabzda önemlidir.	EVET	HAYIR
Hisseli malın hibesi geçerlidir.	HAYIR	EVET
Şağilin hibesi geçerlidir.	EVET	EVET
Meşgulün hibesi geçerlidir.	HAYIR	EVET
Tarekesi borca batık olan kişinin hibesinde alacaklılarının rızası gerekir.	EVET	EVET
Vahibin zapta karşı tekeffül sorumluluğu vardır.	HAYIR	EVET
Vahibin ayıplı ifa sorumluluğu vardır.	HAYIR	EVET
Yükleme yerine getirilmezse ifa davası açılabilir.	HÜKÜM YOK ANCAK AÇILABİLİR.	EVET
Vahibi ifaya zorlamak mümkündür.	HAYIR	EVET
Sağlararası bir işlemdir.	EVET	EVET
Alacak hakkının hibesi mümkündür.	EVET	EVET
Hibeyi örtülü kabul mümkündür.	EVET	EVET
Gelecek zamana izafe edilen hibe geçerlidir.	HAYIR	EVET

Geciktirici şartla yapılan hibe geçerlidir.	HAYIR	EVET
Yasal temsilci sınırlı ehliyetliler adına önemli olmayan bağış yapabilir.	EVET	EVET
Yasal temsilci sınırlı ehliyetsizler adına ivazlı bağış kabul edebilir.	HAYIR	HAYIR
İvazlı hibe yapmak mümkündür.	EVET	EVET
Hibe havale, kısa elden teslim veya hükmen teslim yoluyla yapılabilir.	EVET	EVET
Kabzdan önce vahibin ölümü hibeyi sona erdirir.	EVET	HAYIR
Tenfizi vahibin ölümüne bağlı hibenin sınırı	Hibe eden murisin terekesinin üçte biri	Murisin saklı paylar haricindeki terekesi
Tam ehliyetsizin hibe yapma ve kabul ehliyeti	YOKTUR	YOKTUR
Sınırlı ehliyetsizin hibe yapma ve kabul ehliyeti	Hibe yapma ehliyeti yok. Kabul ehliyeti	Hibe yapma ehliyeti yok. Kabul ehliyeti
Sınırlı ehliyetlinin hibe yapma ve kabul ehliyeti	Hibe yapma temsilci izniyle var. Kabul ehliyeti var.	Hibe yapma temsilci izniyle var. Kabul ehliyeti var.
Tam ehliyetlinin hibe yapma ve kabul ehliyeti	VARDIR	VARDIR
Hibenin hâkim tarafından feshi mümkündür.	EVET	EVET
Ahlaki ödevin ifası, mirası ret ve edinilmemiş bir haktan feragat hibe sayılmaz.	EVET	EVET
Çeyiz hibe sayılır.	EVET	EVET
Hibe taahhüdü hibe sayılır.	HAYIR	EVET
Aciz sebebiyle hibenin iptali mümkündür.	HÜKÜM YOK. FESİHTE HÂKİMCE GÖZETİLİR.	EVET
Siyga şartı vardır.	EVET	HAYIR
Ölüm hastasının hibesi ayrı düzenlenmiştir.	EVET	HAYIR
Savurganlık sebebiyle hibenin geçmişe dönük iptali mümkündür.	EVET	EVET
Zorla ve tehditle yapılan hibenin hükmü	FASİD (İPTAL EDİLEBİLİR)	İPTAL EDİLEBİLİR

ÖZET

Osmanlı Devleti'nin son devrinin siyasi, hukuki ve iktisadi şartları muvacehesinde ortaya çıkan medeni kanun ihtiyacı, kanunun mehazi ile alakalı muhtelif fikirlerin öne sürülmesine sebep olmuştur. Code Civil'in (Fransız Medeni Kanunu) alınması veya fıkha dayanan bir kanun hazırlanması konusunda fikir ayrılığı oluşmuş, neticede Ahmet Cevdet Paşa'nın temsil ettiği görüş olan ikincisi tercih edilmiş ve böylece Türk hukuk tarihinin ilk medeni ve Borçlar Kanunu olan Mecelle hazırlanmıştır. 19.asırda Osmanlı hukukçularının Hanefi fikhının içtihadlarından tedvin ettiği bir kanun çalışması olan Mecelle; bir mukaddime ve 16 kitaptan oluşmaktadır.

Hibe akdi Mecelle'nin 833-880 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hibe akdinin amacı karşılıksız kazandırmada bulunmaktır. Tarafları bağışlayan ve bağışlanandır. Bağışlama konusu malın karşı tarafa geçmesi akdin hüküm ifade etmesi için gereklidir. Malın belirli, bilinen, meşru ve bağışlayanın mülkiyetinde olması şarttır. Kural olarak tam ehliyetliler bağışlama yapabilir. Sınırlı ehliyetliler yasal temsilcilerinin rızasıyla bağışlama yapabilirken; sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsizler bağışlamada bulunamazlar. Mecelle'ye göre hibe akdi; elden hibe, alacağın hibesi, havale, muş'a'n hibesi, meşgulün hibesi, kısa elden teslim ve şartlı hibe şeklinde yapılabilmektedir.

Hibede rücu, hükümsüzlük ve fesih esas olarak sona erme sebepleridir. Hibe tek taraflı kazandırıcı bir işlem olduğu için kabz öncesi veya sonrası sona erdirilebilme ihtimali vardır. Mecelle'ye göre; kan hısımlığı, sıhriyet, vahibin yaptığı hibeye karşılık bir ivaz alması, bağışlanan malın tüketilmesi veya yok olması, bağışlanan malda ayrılmaz bir ziyade olması, vahib ya da mevhubun lehin ölümü, bağışlanan malın bağışlananın mülkiyetinden çıkması, hibenin sevap kazanma gayesiyle yapılması ve hibenin bir borcun ibrası şeklinde yapılması hibe akdinde rücu engelleri olarak görülmektedir.

Tezin gayesi, Mecelle'de hibe akdini Türk Borçlar Kanunu ile mukayeseli bir şekilde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Medeni Hukuk, Mecelle, Kanunlaştırma, Fıkıh, Hibe.

ABSTRACT

The necessity for a civil code, that appeared from the political, legal and economic stipulations of the Ottoman Empire in last century, caused to varied views about the basis of the code. The diverse of the idea was on if adopt Code Civil or not to legislate a new law based on fiqh. Eventually, the opinion represented by Ahmet Cevdet Pasha was adopted, and Medjelle, the first civil code and code of obligations in Turkish legal history, was prepared. This nineteenth-century Ottoman code of laws known as Mecelle is often stated to be product of the judicial evolution of the Ottoman Empire. And based Islamic Law especially fiqh of *Hanefi*. This code consists of a prelude and sixteen books. Deed of gift drew up inter 833-880 articles of Medjelle. Cause of action of deed of gift is to do a settlement. Contracting parties of this contract are donor and donee. Delivering ownership of commodity to donee is required for privity of contract. The commodity must be specific, known, legal and be a part of property of donor. Only fully competent can do deed of gift in principle. As partial competent can do this contract with approval of legal representatives; partial disabled and fully disabled persons can not. In regard of Medjelle, the deed of gift can be make is as below: voluntary gift, gift of claim, money order, gift of commodity that under coownership, gift of commodity that together other things, short delivery and challenge grant.

For deed of gift; recovery, invalidity and abrogation are reasons of consummation. As for deed of gift a acquisitive transaction ex parte; it can be ended before or after collect conceivably. For Medjelle; there are some restraints in case of recovery. These are is as below: cognation, marriage, keeping donor a quid pro quo, consuming or perishing of gift, being an inseparable outgrowth with gift, death of donor or donee, disappropriate of commodity by donee, make deed of gift for acquire merit and conclude a contract in the form of release agreement.

The goal of this thesis is to examine the deed of gift in Medjelle collate with Turkish Code of Obligations.

Key Words: Civil Law, Medjelle, Codification, Fiqh, Deed of gift