

T.C.  
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA  
(DONATIO MORTIS CAUSA)

VE  
TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

**DOKTORA TEZİ**

Danışman: Prof. Dr. BÜLENT TAHİROĞLU

**EMİNE MINDİZ**

**0710110005**

İstanbul, 2013

## İÇİNDEKİLER

|                                                                                                                                                  |          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>İÇİNDEKİLER .....</b>                                                                                                                         | <b>I</b> |
| <b>KISALTMALAR.....</b>                                                                                                                          | <b>V</b> |
| <b>GİRİŞ .....</b>                                                                                                                               | <b>1</b> |
| <b>BİRİNCİ BÖLÜM.....</b>                                                                                                                        | <b>3</b> |
| <b>KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA<br/>(DONATIO MORTIS CAUSA) .....</b>                                                        | <b>3</b> |
| I.GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA KAVRAMI .....                                                                                               | 3        |
| II.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN HUKUKÎ NİTELİĞİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR<br>(SAĞLARARASI MUAMELE-ÖLÜME BAĞLI TASARRUF KAVRAMLARI AÇISINDAN) ..          | 21       |
| III.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR ÇERÇEVESİNDE<br>ELE ALINMASI.....                                                           | 48       |
| A.Donatio Mortis Causa'ya Başvurulan Haller .....                                                                                                | 48       |
| B.Mortis Causa Capiu Olarak Donatio Mortis Causa.....                                                                                            | 64       |
| C.Üçüncü Kişinin Ölümüne Bağlı Bağışlama .....                                                                                                   | 70       |
| IV.DONATIO MORTIS CAUSA'NIN TESTAMENTUM İLE AYNI KURALLARA TÂBİ<br>TUTULMASI.....                                                                | 73       |
| A.Genel Olarak .....                                                                                                                             | 73       |
| B.Lex Furia ve Lex Voconia .....                                                                                                                 | 77       |
| C.Donatio Mortis Causa Neticesinde İktisapta Bulunma Ehliyetine Getirilen<br>Kısıtlamalar .....                                                  | 82       |
| 1.Lex Iulia et Papia .....                                                                                                                       | 82       |
| 2.Lex Iunia Norbana ve Yabancı Kimselerin Durumu .....                                                                                           | 85       |
| D.Pars Legitima (Quarta Legitima - Portio Debita).....                                                                                           | 89       |
| 1.Portio debita patrono'nun Korunması .....                                                                                                      | 89       |
| 2.Lex Falcidia.....                                                                                                                              | 95       |
| 3.Querela inofficiosae donationis.....                                                                                                           | 101      |
| V.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA'NIN TÜRLERİ .....                                                                                                        | 108      |
| A.Donatio Mortis Causa Periculo Imminente ve Donatio Mortis Causa Sola<br>Cogitatione Mortalitatis Kavramlarının Genel Olarak Ele Alınması ..... | 108      |
| B.Donatio Mortis Causa Sola Cogitatione Mortalitatis'in Klasik Hukuk<br>Dönemindeki Varlığına İlişkin Tartışmalar .....                          | 112      |
| C.Donatio Mortis Causa Sola Cogitatione Mortalitatis'in Klasik Hukuk<br>Dönemindeki Görünümü.....                                                | 122      |
| VI.BAĞIŞLAYANIN İSTİRDAT HAKKI .....                                                                                                             | 126      |
| A.İstirdat Hakkının Varlığının Muamelenin Esaslı Unsuru Niteliğinde Olup<br>Olmadığı Hususunda İleri Sürülen Görüşler.....                       | 126      |
| B.Bağışlayanın İyileşmesi veya Bağışlananın Bağışlayandan Önce Ölmesi<br>Halinde İstirdat Hakkı .....                                            | 138      |
| C.İstirdat Talebinin İleri Sürülebileceği Hallerden Birinin Gerçekleşmesinin<br>Yarattığı Sonuçlar.....                                          | 141      |
| D.Donatio Mortis Causa ve Donatio Inter Vivos'un İstirdat Hakkının Varlığı<br>Açısından Karşılaştırılması .....                                  | 143      |
| VII.GENEL NİTELİKTEKİ CAYMA HAKKININ KLASİK HUKUK DÖNEMİNDEKİ VARLIĞI<br>.....                                                                   | 149      |
| A.Genel Olarak .....                                                                                                                             | 149      |
| B.Genel Nitelikteki Cayma Hakkının Lex Cincia Açısından Değerlendirilmesi                                                                        |          |

|                                                                                                                                              |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| .....                                                                                                                                        | 160        |
| C.Genel Niteliğe Cayma Hakkından Söz Eden Kaynaklar .....                                                                                    | 164        |
| 1.D.39.6.15, D.39.6.16 ve D. 39.6.30 .....                                                                                                   | 166        |
| 2.D.40.1.15.....                                                                                                                             | 169        |
| 3.D.24.1.13.1 ve D.24.1.22 .....                                                                                                             | 171        |
| VIII.İSTİRDAT HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİNİ SAĞLAYAN HUKUKÎ VASITALAR ....                                                                      | 176        |
| A.İstirdat Hakkının Conductio Vasıtasıyla İleri Sürülmesi.....                                                                               | 176        |
| B.Fiducia'nın İstirdat Hakkının Tesisi İçin Kullanılması .....                                                                               | 179        |
| C.İadeye İlişkin Stipulatio.....                                                                                                             | 182        |
| D.Collectio'nun Özel Durumları.....                                                                                                          | 183        |
| E.Rei Vindicatio .....                                                                                                                       | 193        |
| 1.Şarta Bağlı Traditio Muamelesine Başvurulmak Suretiyle İfa Edilen<br>Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Varlığı .....       | 193        |
| 2.Şarta Bağlı Traditio Muamelesine Başvurulmak Suretiyle İfa Edilen<br>Donatio Mortis Causa'nın Talî Konumu .....                            | 197        |
| IX.BAĞIŞLAMA KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN YAPISI                                                                            | 199        |
| A.Klasik Hukuk Döneminde Donatio Kavramı .....                                                                                               | 199        |
| B.Sebebe Bağlı Hukukî İlişki.....                                                                                                            | 210        |
| 1.İcra İşlemleri Işığında Bağışlama Sebebi (Causa Donationis).....                                                                           | 210        |
| 2.Bağışlayanın Capitis Deminutio Neticesinde Status'unda Meydana Gelen<br>Değişikliğin Donatio Mortis Causa Muamelesi Üzerindeki Etkisi..... | 214        |
| 3.Bağışlayanın İflas Etmesinin Donatio Mortis Causa Muamelesi Üzerindeki<br>Etkisi .....                                                     | 216        |
| 4.İade Borcunun Kapsamı .....                                                                                                                | 220        |
| C.İcraî Muamele.....                                                                                                                         | 224        |
| 1. Aynî muamele Olarak Donatio Mortis Causa .....                                                                                            | 224        |
| 2.Donatio Mortis Causa'nın Kurulması .....                                                                                                   | 228        |
| D.Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Yapısı .....                                                                             | 231        |
| E.Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Yapısının Klasik<br>Sonrası Hukuk Devri ve Bizans Hukuku Devrinde Yorumlanması .....     | 234        |
| X.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN TAMAMLANMASI VE ASKIDA OLMASI HALLERİ VE<br>ASKIDA OLMA DURUMUNUN YARATTIĞI SONUÇLAR .....                        | 239        |
| A.Ölüme Bağlı Bağışlamanın Tamamlanması ve Askıda Olması Halleri .....                                                                       | 239        |
| B.Askıda Olma Durumunun Yarattığı Sonuçlar.....                                                                                              | 241        |
| <b>İKİNCİ BÖLÜM .....</b>                                                                                                                    | <b>249</b> |
| <b>TÜRK HUKUKUNDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA .....</b>                                                                                            | <b>249</b> |
| I.GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR .....                                                                                                 | 249        |
| A.Ölüme Bağlı Tasarruf (Mortis Causa İşlem) Kavramı .....                                                                                    | 249        |
| B.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma .....                                                                                     | 252        |
| 1.Genel Olarak .....                                                                                                                         | 252        |
| 2.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma Açısından Vade ve Şart<br>Kavramlarının İşlevi.....                                       | 253        |
| 3.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırmayı Amaçlayan<br>Muamelelerin Hangi Hükümlere Tâbi Tutulacağı Meselesi .....                | 256        |
| II.YERİNE GETİRİLMESİ BAĞIŞLAYANIN ÖLÜMÜNE BAĞLI BAĞIŞLAMA KAVRAMI<br>(ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA-DONATIO MORTIS CAUSA).....                      | 258        |
| A.Genel Olarak .....                                                                                                                         | 258        |
| B.Dar Anlamda Ölüme Bağlı Bağışlamanın Hukukî Niteliği Çerçevesinde<br>Muameleye Uygulanacak Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Hükümlerin     |            |

|                                                                                                            |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Kapsamı.....                                                                                               | 261        |
| III.GENİŞ ANLAMDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA (RÜCU ŞARTLI –BAĞIŞLAYANA<br>DÖNME KOŞULLU BAĞIŞLAMA) KAVRAMI..... | 267        |
| <b>SONUÇ.....</b>                                                                                          | <b>272</b> |
| <b>KAYNAKÇA.....</b>                                                                                       | <b>278</b> |
| <b>YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR .....</b>                                                                  | <b>291</b> |

## KISALTMALAR

|               |                                                   |
|---------------|---------------------------------------------------|
| Abs.:         | Absatz (fıkra)                                    |
| Am. L. Reg.:  | The American Law Register                         |
| Art.:         | Artikel                                           |
| AÜHFD:        | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi       |
| BGB :         | Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)     |
| BGE:          | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BK :          | Borçlar Kanunu                                    |
| Bkz., bkz.:   | Bakınız                                           |
| Bd.:          | Band                                              |
| C.:           | Codex Iustinianus                                 |
| C. Th.:       | Codex Theodosianus                                |
| c.:           | cilt                                              |
| CLJ:          | Cambridge Law Journal                             |
| çev.:         | çeviren                                           |
| D.:           | Digesta                                           |
| DEÜHFD:       | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  |
| dn.:          | dip notu                                          |
| E.:           | Esas                                              |
| Ed.:          | Edictum                                           |
| EÜHFD:        | Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi     |
| Fr. Vat.:     | Fragmenta Vaticana                                |
| Gai. I.:      | Gaius Institutiones                               |
| GÜHFD:        | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi         |
| I.:           | Iustiniani Institutiones                          |
| İÜHFM:        | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası    |
| K.:           | Karar                                             |
| krş.:         | karşılaştırınız                                   |
| MK:           | Medeni Kanun                                      |
| m.:           | madde                                             |
| Nov.:         | Novellae Iustiniani                               |
| OR:           | Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)        |
| Paulus Sent.: | Pauli Sententiae                                  |

|               |                                                                                   |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| pp.:          | Pages (Sayfalar)                                                                  |
| pr.:          | Principium                                                                        |
| S.:           | Sayı                                                                              |
| s.:           | Sayfa                                                                             |
| SZ :          | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,<br>Romanistische Abteilung |
| TR:           | Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis                                               |
| Tul. L. Rev.: | Tulane Law Review                                                                 |
| vd.:          | ve devamı                                                                         |
| Vol., V.:     | Volume (Cilt)                                                                     |
| Y.:           | Yıl                                                                               |
| Yarg.:        | Yargıtay                                                                          |
| ZGB:          | Schweizerisches Zivilgesetzbuch                                                   |
| Ziff.:        | Ziffer (Numaralı bend)                                                            |
| zkr.:         | Zikreden                                                                          |

## GİRİŞ

Sağlararası işlem aracılığıyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı sunan *donatio mortis causa* (ölüme bağlı bağışlama), Roma hukuk sisteminde, olağan bağışlama ile vasiyetname arasında yer alan bir muameleydi. *Donatio mortis causa*, yaşayanlar arasında yapılan bir hukukî muamele (*inter vivos*) olmakla birlikte, ölüme bağlı tasarruf muamelesi (*mortis causa*) niteliğini de haizdi.

*Donatio mortis causa* muamelesinde bağışlayan, gerçekleşmesi muhtemel veya muhakkak olan bir korkudan dolayı ölümünü göz önünde bulundurarak, başka bir deyişle somut ve yakın bir ölüm tehlikesi içerisinde bulunduğu için veya böyle bir tehlike söz konusu olmaksızın, sadece günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle bağışlamada bulunmaktadır. *Donatio mortis causa*, bozucu şarta bağlı olarak bağışlayan henüz hayattayken ifa edilebileceği gibi; bağışlananın, bağışlayanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına da bağlanabilirdi.

Roma hukukunda kişilerin son iradelerini ortaya koyan, tek taraflı ve şekle tâbi bir muamele olan vasiyetnamenin (*testamentum*) aksine, *donatio mortis causa*, iki taraflı bir muamele olup vasiyetname için gerekli olan şekil kurallarına tâbi değildi. Keza, vasiyetnameye ilişkin diğer özel hükümlerin de uygulanmasına gerek olmadığı gibi, özellikle, tarafların muamelenin geri alınması suretiyle sona erdirilemeyen yoğun bağlılıkları, *donatio mortis causa*'yı her zaman serbestçe geri alınabilen vasiyetnameden ayırmaktaydı. Son imparatorluk devrinde, bağışlayanın, sırf bu muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle her zaman muameleden rücu edebileceği kabul edilmiş ve bağışlayanın klasik hukuk döneminde de böyle bir hakka sahip olup olmadığı hususu literatürde tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Bağışlayanın bağışlama konusu malı bağışlanana nakletmek yerine kendisinde tutmayı tercih ettiği fakat bu mala mirasçısına tercihen bağışlananın sahip olmasını istediği yönünde kaynaklarda yer alan tanımlama, ölüme bağlı kazandırmada bulunan kişinin, diğer ölüme bağlı tasarruf kalıplarına başvurmayıp ölüme bağlı bağışlamayı tercih etmesinin sebebini oldukça isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır.

Klasik dönemden itibaren, *donatio mortis causa* ile *legatum* (muayyen mal vasiyeti), tâbi oldukları hükümler açısından gittikçe daha kapsamlı olarak birbirine yakınlaştırılmış ve *Iustinianus*, şekle ilişkin olarak da aynı koşulları öngörerek, bu iki işlemi neredeyse her açıdan şematik bir biçimde özdeşleştirmiş ve bu gelişim sürecini noktalamıştır. Ancak, uygulamada bu eşitleme, bu iki hukuk kurumu ile ilgili her hususa ilişkin olmayıp, şekle ilişkin kuralların yanında, sadece, bir hukukî muamelenin mahiyeti gereği, normal olarak, kendiliğinden doğan unsurları (*naturalia negotii*) kapsamış ve *Iustinianus*, *donatio mortis causa*'nın sağlararası işlem niteliğini yadsımayı hiç düşünmemiştir.

Çalışmamız, iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, klasik Roma hukukunda ölüme bağlı bağışlama üzerinde durulmuş ve konu detaylı bir şekilde incelenmiştir. İkinci bölümde ise Türk hukukunda ölüme bağlı bağışlama muamelesi ele alınmış, ancak çalışmanın esas itibarıyla Roma hukuku alanında yapılması sebebiyle, konunun Türk hukuku boyutu çok sınırlı olarak incelenmiştir.

Konu üzerinde yapılan çalışmalarda kullanılan Latince metinler, ayrıca bir yazarın ilgili eserinden alındığı hususunda atıf yapılmadığı hallerde, İngilizce veya Almanca çevirilerinden yararlanılarak mealen aktarılmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA (DONATIO MORTIS CAUSA)

### I.GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA KAVRAMI<sup>1</sup>

Ölüme bağlı bağışlama muamelesi (*donatio mortis causa*)<sup>2</sup>, hayatta olan kimseler arasında yapılmakla beraber, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi şartıyla<sup>3</sup>, ölüme bağlı olarak hükümlerini doğurmaktadır<sup>4</sup>. I. 2.7.1’de yer alan düzenlemeden

<sup>1</sup> Sağlar arası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı sunan *donatio mortis causa*’da, terekesi üzerinden değil malvarlığından kazandırmada bulunan miras bırakan, somut ve yakın bir ölüm tehlikesi içinde (D.39.6.3-6) ya da böyle bir tehlike söz konusu olmaksızın, sadece ölümünü düşünerek lehdara bir malı derhal devreder (D.39.6.35.4; D.39.6.31.2; D.39.6.2); ancak tehlikeyi atlatması ya da lehdarın kendisinden önce ölmesi halinde bu malı geri isteme hakkına kavuşurdu. *Donatio mortis causa*, bozucu şarta bağlı olarak sağlıkta tenfiz edilmiş bir bağışlama sayılmakla birlikte, bağışlamanın ölüm tehlikesi içinde gerçekleştirildiği hallerde kazandırma lehdarının miras bırakanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına da bağlanabilirdi. SEROZAN, R, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979, s. 46. *Donatio* (bağışlama) kavramı, dar anlamda, malvarlıksal bir değerın ivazsız olarak nakledilmesini ifade ederken, Romalı hukukçulara göre, geniş anlamda *donatio* kavramının içerisinde, *acceptilatio* (ibra), *manumissio* (azat etme), ölüme bağlı (*mortis causa*) tasarruflar ve Roma vatandaşlığının (*Civitas Romana*) tevcih edilmesi yer almaktaydı. Bağışlama kavramı, günlük dilde, bütün bu anlamları kapsayacak şekilde kullanılmaktaydı. Geniş anlamıyla bağışlama kavramı, karşılıksızlık unsuru içeren akitler olan mutuum (tüketim ödücü sözleşmesi), commodatum (kullanım ödücü sözleşmesi), depositum (saklama sözleşmesi) ve mandatum (vekâlet sözleşmesi) ile muakyese edilebilir gözüke de, netice itibarıyla bu akitlerin herbiri, kendi özgü isimleri olan farklı muamelelerdi. HAUSMANINGER, H. / SELB, W., Römische Privatrecht, Wien 2001, s. 264; HONSELL, H. / MAYER-MALY, T. / SELB, W., Römische Recht, Salzburg-Wien 1986, s. 344-345.

<sup>2</sup> *Donatio mortis causa*, klasik hukuk döneminde, tıpkı olağan bağışlamada olduğu gibi, sadece devir işleminin temelinde yatan *causa*’yı teşkil etmekteydi. *Constantinus* tarafından yapılan düzenlemeler neticesinde bağışlama, kendine özgü bir muamele niteliği kazanmış ve bağışlamanın bir türü olan ölüme bağlı bağışlama da aynı kaderi paylaşmıştır. Ancak, henüz klasik hukuk döneminde başlayan ölüme bağlı bağışlama muamelesini miras hukuku alanını düzenleyen kurallara tâbi tutma yönündeki eğilim, klasik sonrası hukuk döneminde daha da artmış ve ölüme bağlı bağışlama, bağışlama hukukunu düzenleyen kurallardan uzaklaşıp, ölüme bağlı tasarruflara yaklaştırılmıştır. Bu eşitleme çabalarının en belirgin örneklerinden biri, bütün ölüme bağlı tasarrufların ortak özelliği olan, tasarrufta bulunan kimsenin, dilediği zaman muameleden rücu edebilme yetkisinin, en azından klasik sonrası dönem için şüpheye mahal bırakmayacak surette, *donatio mortis causa* muamelesi için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir. KASER, M., Das Römische Privatrecht, Bd. 2, München 1975, s. 564-565.

<sup>3</sup> D.39.6.26’da yer alan düzenlemeden (*quia neuter alteri supervixit*) anlaşıldığı üzere, bağışlayan ve bağışlananın aynı anda ölmeleri halinde, ölüme bağlı bağışlama muamelesi geçerliliğini korurdu. LEE, R. W., The Elements of Roman Law With A Translation of The Institutes of Justinian, London 1956, s. 149.

<sup>4</sup> Hukukî işlemler onları yapan kişiler hayatta iken ya da onlar öldükten sonra hukukî sonuç doğurmaları bakımından sağlar arası (*inter vivos*) ve ölüme bağlı (*mortis causa*) olarak yapılan hukukî işlemler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Ölüme bağlı hukukî işlemlerin en tipik örneği vasiyetnamedir (*testamentum*). Vasiyetname düzenleyen kişinin amacı, ekonomik ve hukukî ilişkilerini kendi ölümünden sonra geçerli olacak şekilde düzenlemektir. Bir diğer ifadeyle, kişi, ölümünden sonra geçerli olması için sağlığında iradesini beyan etmektedir. UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 192; TAHIROĞLU, B./ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s.

anlaşıldığı üzere, bu muamele, esas itibariyle miras hukuku kurallarına tâbi tutulmuştur<sup>5</sup>. *D.39.6.1 pr.*'da ölüme bağlı bağışlama ile vasiyetname (*testamentum*)<sup>6</sup> arasında *Marcianus* tarafından tespit edilen sınırlamaya göre, bir kimsenin, bağışlama konusu malın bağışlanandan çok kendisinde fakat mirasçılarından çok bağışlananda kalmasını isteyerek bağışlamada bulunması halinde ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilir<sup>7</sup>.

*Iustinianus*'un hukuk birliğini sağlama düşüncesiyle gerçekleştirdiği hukuk reformu neticesinde oluşturulan ve *XVI.* yüzyılda *Corpus Iuris Civilis* olarak isimlendirilen

---

177; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, Ankara 2005, s. 185; SCHWARZ, A. B., Roma Hukuku Dersleri (çev. Rado, T.), c. I, İstanbul 1943, s. 236-237.

<sup>5</sup> Nitekim BK m. 290/2'de yer alan düzenlemeye göre de, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyet ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Konunun Türk hukukunda düzenlenişi hususunda bkz. s. 249 vd.

<sup>6</sup> Kaynaklarda vasiyete ilişkin olarak iki farklı tanımla karşılaşılmaktadır. Klasik hukuk döneminin önemli hukukçularından olan *Ulpianus* tarafından yapılan tanıma göre (*Ulpianus 20.1*) “vasiyet, ölümümüzden sonra geçerli olması için, irademizin şeklen tespit edilmiş bir ifadesidir”. *D.28.1.1*'de yer alan diğer tanıma göre, “vasiyet, ölümümüzden sonra yapılmasını istediğimiz, irademizin hukukî ifadesidir”. Roma hukukunda *testamentum* kelimesi ile ifade edilen vasiyet, son iradenin beyan edildiği, şekle bağlı ve tek taraflı bir hukukî muameleydi. Ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetnamenin ölüm anına kadar değiştirilmesi mümkündü. Vasiyetname ile mirasçı nasbetmek (*institutio heredis*), üçüncü kişiler lehine kazandırmada bulunmak (*legatum, fideicommissum*), vasi tayin etmek (*tutor testaentarius*), köle azat etmek (*manumissio per testamentum*) ve ikamelerde bulunmak (*substitutio*) gibi ölüme bağlı tasarruflar yapılabiliyordu. Vasiyetnamenin en önemli hükmü mirasçı nasbetmek olduğundan, mirasçı nasbı yapılmamışsa veya yapılan mirasçı nasbı herhangi bir sebeple batıl hale gelmişse vasiyetname de tamamen geçersiz olurdu. Kaynaklarda “vasiyetin kuvveti ve kudreti mirasçı nasbındadır” ve “mirasçı nasbı, her vasiyetin başı ve temeli kabul edilir” denilmek suretiyle mirasçı nasbına büyük önem verildiği görülmektedir. GÜNAL, A. N., Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras, AÜHFD, c. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 432-433. Roma miras hukukunda kabul edilmiş olan en önemli ilke, vasiyete dayanan mirasçılık mevcut olduğu sürece, kanunî mirasçılığa başvurulamamasıydı. Roma'da kanunî mirasçılık, ancak ölen kişinin bir vasiyeti bulunmadığı, yaptığı vasiyet geçersiz olduğu veya nasbettiği mirasçılar mirasçı olmadığı veya olamadığı hallerde söz konusu olabilirdi. Zira Roma'da, ailenin halefini belirleme hakkının öncelikle aile reisine, bunun mümkün olmaması halinde ise, hukuk düzenine ait olduğu kabul edilirdi. HONIG, R., Roma Hukuku (çev. Talip, Ş.), İstanbul 1938, s. 383; DI MARZO, S., Roma Hukuku (çev. Umur, Z.), İstanbul 1959, s. 540. KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD, c. 45, S. 1-4, Y. 1996, s. 506. Roma Hukukunda vasiyete dayanan mirasçılık ile kanunî (*ab intestato*) mirasçılık bir arada bulunamazdı (*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*: Hiç kimse kısmen vasiyette bulunmuş, kısmen vasiyetsiz olarak vefat edemez). Modern hukuk sistemlerinde kabul edilmeyen bu prensibe göre, bir kimse, terekesinin bir bölümünü kanunî (*ab intestato*) mirasa terk etmek iradesiyle, diğer bölümü için mirasçı nasbettiği takdirde, nasbedilen o mirasçı, terekenin tamamı için mirasçı olur ve kanunî mirasçılık dikkate alınmazdı. UMUR, Z., Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları, İÜHFM, c. XXXI, S. 1-4, Y. 1965, s.162; HONIG, s. 363. KÜÇÜKGÜNGÖR, Muayyen Mal Vasiyeti, s. 507. Her ne kadar ailenin halefini belirleme hakkının hukuk düzenine değil aile reisine düşen bir hak ve görev olduğu kabul edilmiş ve buna bağlı olarak vasiyet, geniş uygulama alanına sahip bir ölüme bağlı tasarruf niteliği kazanmış olsa da; miras bırakanın, ölümünden sonra malvarlığının ne olacağı hususunda mutlak bir nitelik taşıyan isteklerini, Cumhuriyet devrinde, bazı sınırlamalara tâbi tutma eğiliminin ortaya çıktığı ve nihayet *Iustinianus* döneminde bazı mirasçılarının *pars legitima* adı verilen saklı paya sahip omaya başladıklarının da göz ardı edilmemesi gerekir. KÜÇÜKGÜNGÖR, Muayyen Mal Vasiyeti, s. 529.

<sup>7</sup> KASER, M./KNÜTEL, R., Römisches Privatrecht, München 2005, s. 361; KASER, M., Das Römisches Privatrecht, Bd. 1, München 1971, s. 764.

kanunname sayesinde elimize geçen metinlerde, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin düzenlemeler, *Institutiones*'de bağışlama başlığı altında (I.2.7), *Digesta*'da bağışlamaya ilişkin başlıktan (D.39.5) sonra, *De mortis causa donationibus et capionibus* başlığı altında (D.39.6) yer almaktadır. *Codex*'de ise üç başlık altında bağışlamadan söz edilirken (C.8.53; C.8.54; C.8.55), bir başlık ise ölüme bağlı bağışlamalara (*De mortis causa donationibus*) ilişkindir (C.8.56). *Corpus Iuris Civilis*'in aksine ne *XII Levha Kanunu*'nda ne de *praetor* beyannamelerinde konuya ilişkin ayrı bir başlık mevcuttur. Bu nedenle, klasik dönem hukukçularının, ölüme bağlı bağışlamayı, başka bir yerde ve farklı bir maddi bağlantı gözetmek suretiyle ele aldıkları sonucuna varılabilir<sup>8</sup>. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bağışlama muamelesinin iki türünden söz edilmektedir:

*I.2.7 pr.: Est etiam aliud genus acquisitionis donatio. Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa.*

“İktisabın başka bir nev’i vardır ki bu da bağışlama, hibedir (*donatio*)<sup>9</sup>. Hibe iki türlü olur: Ölüm sebebiyle yapılan, ölüm sebebiyle yapılmayan (*mortis causa et non mortis causa*)”<sup>10</sup>.

Metinden anlaşıldığı üzere bağışlama muamelesi, ölüme bağlı bağışlama<sup>11</sup> ve sağılar

<sup>8</sup> LIEBS D., Die Schenkung von Todes wegen im Römischen Recht, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, s. 1018.

<sup>9</sup> Her ne kadar *Iustinianus donatio*'yu bir iktisap yolu (*modus acquirendi*) olarak kabul etmişse de, *Gaius*'un *Institutiones*'inde belirttiği üzere *donatio*, mülkiyetin nakledilmesi için yapılan muamelenin temelinde yatan hukukî sebeptir (*iusta causa*). Örneğin *traditio* muamlesinin temelinde yatan *iusta causa*, *emptio-venditio* veya *donatio* olabilir ancak her iki durumda da *traditio* bir iktisap yoludur. Ayrıca *donatio* ile ulaşılmak istenen amaç her zaman mülkiyetin nakledilmesi olmayıp bazen borçlunun rızası ile alacaklının alacağından feragat etmesi de (*ibra-acceptilato*) bağış ile ulaşılmak istenen amaç olabilir. LEE, s. 147; BURDICK, W. L., The Principles of Roman Law and Their Relation To Modern Law, New Jersey 2004, s. 350-351; LEAGE, R. W., Roman Private Law Founded On The “Institutes” Of Gaius And Justinian, Florida 1994, s. 142-143; BORKOWSKI, A./PLESSIS, P., Textbook on Roman Law, 2005, s. 205; ROBY H. J., Roman Private Law In The Times of Cicero and of The Antonines, V. I, Cambridge University Press 2000, s. 525-526; BUCKLAND, W. W., The Main Institutions Of Roman Private Law, Cambridge University Press 1931, s. 114; MELVILLE, R. D., A Manuel Of The Principles Of Roman Law Relating To Persons, Property And Obligations, Edinburgh 1915, s. 242. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LOTMAR, P., Über Causa Im Römischen Recht, München 1875.

<sup>10</sup> *Iustinianus*'a ait *Institutiones*'in çevirilerinin tamamı, UMUR, Z., *Iustinianus Institutiones*, İstanbul 1968'den alınmıştır.

<sup>11</sup> *Donatio mortis causa*'nın kökenine ilişkin olarak ileri sürülen görüşe göre, bu muamelenin temelinde *fiducia* akti yatmaktadır. Akde konu olan malın mülkiyeti, ciddi bir hastalığı olan veya yaklaşan bir tehlike ile karşı karşıya bulunan bir kimse tarafından, *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden bir yapılmak suretiyle bir arkadaşına devredilir ve devralan kimse, devredinin

arası bağışlama<sup>12</sup> olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bağışlayanın, ölümünü göz önünde bulundurarak ve yalnızca, kendisinin bağışlanandan önce ölmesi halinde

iyileşmesi veya tehlikeden kurtulması halinde malı, eski malikine iade etme borcu altına girerdi. Devreden kişi, aslında, akde konu olan malın, verilen kişide daha güvende olacağı düşüncesiyle hareket etmekte (*Gai.I.2.60*); ve vedia (*depositum*) veya âriyet (*commodatum*) maksadıyla malın mülkiyetini arkadaşına nakletmekteydi (*fiducia cum amico*). MACKINTOSH, J. Roman Law in Modern Practice, 1995, s. 146. *Fiducia*, bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa nakladilmesi ve tarafların üzerinde anlaşmış oldukları amaç (rehin, âriyet, vedia, *emancipatio*, *manus* altına alma, azat etme teminatı) gerçekleşikten sonra, alanın, malın mülkiyetini iade etmesi mükellefiyetini doğuran, eksik iki taraflı ve iyiniyet davaları doğuran bir akitti. Alanın malın mülkiyetini iade etmesi ona karşı beslenen güvenden ileri geldiği için *fiducia* ismini almıştır (*fides*: emniyet, itimat). Klasik hukuk devrinde uygulama alanı çok olan bu akit *Iustinianus* hukukunda ortadan kalkmıştır. Eski hukukta davası olmayan bu akit sadece alan tarafın iyiniyetine (*fides*) dayanılarak, ona anlaşmaya göre kullanması için bir malın mülkiyetinin nakladilmesine yönelik bir muameleydi. Ancak daha sonra, mal iade edilmediği takdirde, veren taraf, *actio fiduciae directa*; mal için yaptığı masrafları ve mal yüzünden gördüğü zararları alamadığı takdirde alan taraf, *actio fiduciae contraria*'yı açardı. UMUR, Ders Notları, s. 348.

<sup>12</sup> Bağışlama (*donatio*), bağışlayan tarafından, bağışlanana yapılan ivazsız bir kazandırmadır. Klasik Roma hukukunda bağışlama ayrı bir akit değil bir iktisap sebebi (*causa donandi*) olarak göz önünde bulundurulmakta, elden bağışlama veya bağışlama vaadi şeklinde yapılmaktaydı. Elden bağışlama halinde, bağışlanacak olan malın mülkiyeti bağışlanana nakledilmekte ve derhal bir aynı hak doğmaktaydı. Klasik hukuk döneminde bağışlama vaadi özel bir akit olarak kabul edilmediğinden geçerli olması için bu vadinin *stipulatio* şeklinde yapılması gerekmektedir (*D.39.5.2 pr.*). Son imparatorluk devrinde muhtemelen doğu eyaletlerindeki yazılı şeklin de etkisiyle, gelişe güzel ve hesapsız bağışların yapılmasını önlemek ve aleniyeti sağlamak amacıyla bağışlama vadinin yazılı bir belge üzerinde tesbit edilmesi usulü (*insinuatio*) yerleşmeye başladı ve imparator *Constantinus* 200 altını aşan bağışlamalar için bu usulü genelleştirdi. *Iustinianus* hukukunda ise *insinuatio* mecburiyeti 500 altın *solidus*'u aşan bağışlamalar için muhafaza edildi (M.S. 529 tarihli *C.8.53.34 pr.*'a göre 300 *solidus* olan bu miktar, 531 tarihli *C.8.53.36.3* ile 500 *solidus*'a yükseltiştir.). Daha az miktardaki bağışlamalar için yazılı şekle gerek yoktu. *Iustinianus* hukukunda *pactum* yoluyla yapılan bağışlama vadinin de geçerli olacağı kabul edildi. Böylece bağışlama vaadi borç doğuran bir *pactum*, bir akit (*pactum donationis*) olarak ortaya çıkmış oldu (*C.8.53.45, I.2.7.2, Nov. 162*). Şekle tâbi olmaksızın yapılan bağışlama vadinin ifası, *pactum*'dan doğan dava ile istenebiliyordu. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bağışlama, ister elden bağışlama isterse bağışlama taahhüdü şeklinde yapılmış olsun, 500 *solidus*'u geçerse resmî bir senet düzenlenmesi ve bu senedin sicile tescili gerekiyordu. Bu şekle uyulmaksızın yapılan bağışlama muamelesi *C.8.53.34.1*'e göre geçersizdi. TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 270-275; ERDOĞMUŞ, B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.110-112; UMUR, Ders Notları, s. 380-381; RADO, T., Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1982, s.167-170; HAUSMANINGER/SELB, s. 264-265; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 346, 348; KASER/KNÜTEL, s. 238-239; KASER, RPR II, s. 394-397. Modern hukuk sistemleri bu konuda Roma hukukundan daha şekilcidir. Zira BK m. 288'e göre, bağışlama sözü vermenin geçerliliği bu sözleşmenin yazılı şekilde düzenlenmesine bağlıdır. Bir diğer ifadeyle bağışlama vaadi klasik hukuk dönemindeki gibi şekle tâbi olup bu şekil sözlü akit yerine yazılı bir akdin yapılmasını gerektirmektedir. BGB m. 518 daha sıkı şekil şartları aramak suretiyle bağışlama vadinin geçerliliği için noter veya hâkim önünde yazılı olarak (resmî şekilde) yapılmasını şart koşturmuştur. Şekilsizliği ilke olarak kabul etmiş bu kanunların bağışlamayı şekle tâbi kılmalarının en önemli sebebi, bağışlayanın ivazsız bir kazandırma olmasıdır. Bu nedenle kanun koyucu bağışlayanın konuyu bir defa daha düşünmesini istemiş, bağışlamaları zorlaştırmış veya çeşitli sınırlamalara tâbi tutmuştur. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 270-271; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 110-111. Keza klasik hukuk döneminde de bağışlama vadinin geçerliliği için *stipulatio* şeklinde yapılması gerekmektedir. Bunun sebebi ise, karşılıksız bir kazandırmada bulunan kimsenin üzerinde yeterince düşünmeden taahhütte bulunmasını önlemektir. Buna karşılık bağışlamada bulunma niyetiyle (*animus donandi*) bağışlama konusu derhal devreden, bir alacağını temlik eden veya borçlusunu ibra eden kimsenin özel bir korumaya ihtiyaç duymadığı düşünülmekteydi. HONSELL, H., Römisches Recht, Zurich 2006, s. 162. Sağlar arası bağışlama (*donatio inter vivos*), bağış miktarı, kendisine bağışlamada bulunulabilecek kişiler ve hangi şartlar altında bağışlamadan rücu edilebileceği hususunda özel kurallara tâbi kılınmıştır. LEE, s. 147.

hükümlerini kesin olarak doğuracak şekilde düzenlediği ölüme bağlı bağışlama (*donatio mortis causa*), şarta bağlı olarak yapılan bağışlamaların özel bir türünü oluşturur<sup>13</sup>. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile bir kimse bağışlanandan önce öleceğini düşünerek ona bağışta bulunmaktadır. Eğer bağışlama bir vaad şeklinde yapılmışsa, vaadedenin daha önce ölmesi şartıyla yerine getirilir. Bağışlamanın elden yapıldığı hallerde ise, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlama konusu mal geri alınabilirdi. Son imparatorluk devrinde ise bağışlayan sırf bu muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle de muameleden rücu edebilmekteydi<sup>14</sup>. Bağışlayanın klasik hukuk döneminde de böyle bir hakka sahip olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır.

Ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın, ciddi bir hastalığa yakalandığı, uzun ve tehlikeli bir yolculuğa veya savaşa çıkmak üzere olduğu, haydutların veya düşmanın saldırısına maruz kalacağı korkusunu taşıdığı veya herhangi bir sebeple ölümünden endişelendiği hallerde, bu ölüm tehlikesinin atlatılamayacağı ihtimaliyle yaptığı ve bu sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde bağışlama konusu malın bağışlanana verilmesini teminat altına almak istediği bir muameledir<sup>15</sup>. Bununla birlikte *D.39.6.2*, *D.39.6.31.2*, *D.39.6.35.4* ve *I.2.7.1*'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, bağışlayan, bir ölüm tehlikesi içinde bulunmamasına rağmen, sadece günün birinde her insanın öleceğini düşüncesiyle de ölüme bağlı bağışlamada bulunabilmekteydi<sup>16</sup>. Sonuç olarak, bağışlayan, ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile gerçekleşmesi muhtemel veya muhakkak olan bir korkudan dolayı ölümünü göz önünde bulundurarak veya günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle bağışlamada bulunmaktadır<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> ROBY, s. 530-531; BUCKLAND W.W., A Text-Book of Roman Law From Augustus To Justinian Florida 1990, s. 256-257; SCHULZ, F., Classical Roman Law, Oxford University Press 1961, s. 331; NICHOLAS, B., An Introduction To Roman Law, 1962, s. 266; BORKOWSKI, A., Deathbed Gifts, The Law of Donatio Mortis Causa, New York 2005, s. 5; MACKINTOSH, s. 147; MAYER-MALY, T., Römisches Recht, Wien 1999, s. 206.

<sup>14</sup> UMUR, Z., Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.

<sup>15</sup> ROBY, s. 530-531; DROPSIE, M. A., The Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in The Event of Death (Mortis Causa Donationes), Littleton 1996, s. 177; KOSCHAKER, P./AYİTER, K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 423; BORKOWSKI, s. 5. Bu durumda, ölüme bağlı bağışlamanın hükümlerini doğurması için, sadece bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi yeterli olmayıp; bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike yüzünden bağışlanandan önce ölmesi gerekir. Bağışlanan, bağışlayandan önce ölürse veya bağışlayan, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatıp hayatta kalırsa, bağışlama konusu malın iadesini talep edebilirdi. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 504.

<sup>16</sup> KASER/KNÜTEL, s. 361; DROPSIE, s. 177; BORKOWSKI, s. 5-6

<sup>17</sup> THOMAS, J. D., Some Aspects Of The Law Of Donation, Law Journal Library, Acta Juridica,

*I.2.7.1: Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis paenituisset aut prior decesserit is, cui donatum sit...*

“Ölüm sebebiyle bağışlama, ölüm hesap edilerek yapılandır: bir kimse o suretle bağışlamada bulunur ki, şayet ecel vaki olursa, o şey, alanın olur: fakat ölümden kurtulursa, veyahut bağıştan cayar, veya bağışladığı kimse kendisinden evvel vefat ederse, verdiğini geri alır....”

Ölüme bağlı bağışlama daima bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi esasına dayandığı için şarta bağlı bir bağışlama olup, şart geciktirici olabileceği gibi bozucu da olabilir. Şart geciktirici ise, bağışlama muamelesi, bağışlayanın, bağışlanandan önce ölmesi halinde hükümlerini doğurur. Şart bozucu ise, bağışlanan hakkı derhal iktisap eder fakat bağışlayandan önce ölürse bağışlama ortadan kalkardı<sup>18</sup>.

---

1965/1966, s. 174; BUCKLAND W.W., A Manuel of Roman Private Law, 1981, s. 150; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; MACKINTOSH, s. 147; HONIG, s. 428. Dropsie’ye göre ölüme bağlı bağışlama, şarta bağlı olarak yapılan bir muamele olup, bağışlayan açıkça bu haktan feragat etmediği sürece istediği zaman bağışlamadan rücu edebilir. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde ise bağışlama muamelesi geçersiz hale gelirdi. DROPSIE, s. 177.

<sup>18</sup> LEE, s. 149. Bağışlayanın, belirli bir hastalık veya yaklaşan bir tehlike yüzünden öleceği endişesiyle yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelesinin geciktirici şarta bağlandığı hallerde, bağışlayan bu hastalık veya tehlike yüzünden ölünceye kadar, bağışlama konusu malın mülkiyeti, teslim muamelesi yapılmasına rağmen, bağışlanana intikal etmez. Ayrıca belirtmelidir ki, bağışlayanın, ölünceye kadar muameleden rücu etmemiş olması ve bağışlayan öldüğü sırada bağışlananın hayatta olması gerekir. Muamelenin bozucu şarta bağlandığı hallerde ise, bağışlama konusu malın mülkiyeti derhal bağışlanana intikal etmekle birlikte, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurutulup sağlığına kavuşması veya söz konusu tehlikeyi atlatması halinde, bağışlama konusu mal bağışlanana iade edilir. Ayrıca, ölüme bağlı bağışlamanın, bağışlayanın belirli bir hastalık veya tehlike yüzünden ölmesi bozucu şartına bağlandığı hallerde de, bağışlayan, henüz hayattayken, bağışlamadan rücu edebileceği gibi, bağışlananın bağışlayandan önce öldüğü hallerde de bağışlama konusu malın, bağışlanana iade edilmesi gerekir. THOMAS, s. 174, 176. Bağışlama konusu malın bağışlayana iadesi kural olarak *stipulatio* ile vaat edilirdi. *Stipulatio*’nun yapılmamış olması halinde bağışlayana, bir *condictio ob causam* tanınırdı. Çünkü bozucu şartın gerçekleşmesi ile bağışlanan, hiçbir hukukî sebep olmadan, bu mala sahip olmuş olurdu. Aynı hakkın dönüşü, yani intikal ettilmiş olan mülkiyetin bağışlayana otomatikman geri gelmesi ve bozucu şartın doğurduğu aynı etki genellikle klasik sonrası hukuk dönemine ait bir gelişmedir. KOSCHAKER/AYİTER, s. 423. Bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatıp hayatta kalması, fikrini değiştirmiş olması veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinde bozucu şart gerçekleşmiş olduğundan bağışlama konusu malın bağışlanana iadesi gerekecektir. Bağışlama konusu mal üzerindeki mülkiyet, *Iustinianus* hukukunda otomatikman bağışlayana geri gelirken, klasik hukuk döneminde, bağışlayanın, bağışlama konusu malın iadesi için değil, bu malın değeri için dava açması gerekirdi. BORKOWSKI, s. 6. *Donatio mortis causa*, bağışlayanın ölmesi şartıyla ifa edilirdi. Bağışlayan, bağışlama konusu malı, kendisini ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden tehlikeyi atlatıp hayatta kalması halinde iade etmek borcuyla ve

*Iustinianus*'un *Institutiones*'inde, hangi hallerde ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilebileceği hususunda yapılan açıklamada, muamelenin neticeleri daima gelecekteki ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği muamele sırasında belli olmayan bir olguya yani geciktirici şarta bağlanmıştır. Bu metinde, ölüme bağlı bağışlama, bazı şartların varlığı göz önünde bulundurularak farklı ihtimallere göre açıklanmıştır. İlk ihtimalde bağışlama, muhtemel bir ölüm tehlikesi göz önünde bulundurularak yapılmaktadır ve bağışlayan bu ölüm tehlikesini atlattırsa, bağışlama konusu malı geri alacak yani bağışlama muamelesi geçersiz hale gelecektir. Bu ihtimalde, yalnızca bağışlayanın bağışlanandan daha uzun yaşaması değil, her şeyden önce belirli bir tehlikeyi atlattırmak suretiyle sağ kalması önemli olup, bağışlananın bağışlayandan önce ölme ihtimali dikkate alınmamaktadır. Bu durumda, bağışlanana, iade borcuna ilişkin bir mükellefiyetin (*Rückgabepflicht*) yüklenmiş olması, yani bağışlayana, iadeye ilişkin şahsî bir hak tanınması yeterlidir. İkinci ihtimalde, bağışlayan, bağışlamayı görünüşteki ölüm tehlikesini göz önünde bulundurarak fakat cayma hakkına (*Reurecht*), bir diğer ifadeyle bağışlamadan rücuya (*Widerruf*) ilişkin bir ihtirazî kayıt ekleyerek yapmakta ve bu ihtimalde de bağışlayanın rücuya ilişkin olarak bağışlanana karşı ileri sürebileceği şahsî bir hakkın ve dolayısıyla şahsî bir davanın varlığından söz edilmektedir. Üçüncü ihtimalde ise, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi üzerinde durulmakta ve bu halde de bağışlayan, verdiğinin iadesini şahsî bir hakka dayanarak talep etmektedir<sup>19</sup>.

Bağışlayanın, yukarıda sayılan sebeplerden birinin etkisi altında kalarak yaptığı bağışlama muamelesine, tarafların iradesiyle eklenen bir şart ile, bağışlayanın, sözü edilen tehlikeyi atlattı hayatta kalması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi hallerinde dahî bağışlamadan rücu edemeyeceği kararlaştırılabilir. Ancak böyle bir şartın kararlaştırıldığı hallerde, *donatio mortis causa*'nın varlığından söz edilemez. Bu durumda taraflar arasında, bağışlayanın, taşıdığı ölüm korkusunun etkisiyle yaptığı olağan bir bağışlama muamelesinin mevcut olduğu sonucuna varılır<sup>20</sup>. Buna

---

*mancipatio fidei causae* vermişse, *actio fidei* ile; iade için *stipulatio* yapmışsa, *actio ex stipulatu* ile geri isterdi. Başvurulan hukukî muamelenin niteliğine göre bağışlamanın doğurduğu neticeyi iptal etmek için bağışlananın kullanabileceği hukuk usulü vasıtaları, bizzat o hukukî muameleden doğanlardı. *Iustinianus*, geçerli kalmaya devam eden bu rücu vasıtalarının yanına, *condictio incerti ce actio praescriptis verbis* ile, bağışlama, mülkiyeti nakletmek suretiyle yapılmışsa, *rei vindicatio* vasıtalarını koydu. DI MARZO, s. 494.

<sup>19</sup> LIEBS, *Schenkung*, s. 1015; DROPSIE, s. 182-183. Benzer yöndeki düzenleme için bkz. *D.39.6.1-6*.

<sup>20</sup> *Donatio inter vivos*'un söz konusu olduğu hallerde bağışlayan kural olarak bağışlamadan rücu

karşılık, ölüme bağlı bağışlamada bağışlayan, muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle, istediği zaman bağışlamadan rücu edebilir<sup>21</sup>. Sonuç olarak, bağışlayanın, bağışlamadan rücu etme hakkından feragat ettiği hallerde, muamelenin niteliği değişmektedir. Çünkü bağışlayanın, sırf fikrini değiştirmiş olması sebebiyle istediği zaman muameleden rücu edebilmesi, *donatio mortis causa*'yı olağan bağışlamadan ayırmakta ve *legatum*'a yaklaştırmaktadır<sup>22</sup>.

*D.39.6.27 (Marcianus libro V ad Regularum): Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.*

Metinden anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın hiçbir surette bağışlamadan rücu edemeyeceği şartıyla yapılırsa, taraflar arasındaki muamele ölüme bağlı bağışlamadan ziyade ölüm sebebiyle yapılan bir muameledir. Bu nedenle, bu muamele, sağlar arasında yapılmış olağan bir bağışlama olarak görülmelidir.

*Donatio inter vivos* ile *donatio mortis causa* arasında bağışlayanı, bu muameleyi yapmaya sevk eden sebepler bakımından da bir fark vardır. Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, bağışlayanın ölümünü öngörmek suretiyle yaptığı bağışlama muamelesinde esas itibariyle iki saik ön plana çıkmaktadır. Bu saiklerden birincisine göre, bağışlayan bağışladığı nesneyi lehdardan çok kendisine layık görür; ancak kendi mirasçılarına bırakmaktansa lehdara bırakmayı tercih eder<sup>23</sup>. Bu hususa değinen

---

edememektedir. Klasik hukuk döneminde, eski malik (*patronus*), bağışladığı şeyleri azatlıdan geri alabilmektedir. *Iustinianus* hukukunda ise, bağışlamadan rücu edilebilmesi için, azatlının eski malikine karşı nankörlük etmiş olması gerektiği kabul edildi. Fakat bu yetki mirasçılara intikal etmemektedir. *C.8.55.1*'e göre, hayatı boyunca yapmış olduğu bağışlamadan rücu etmemiş olan kimsenin bağışlamasını her hangi bir suretle bozmak doğru değildir. Bağışlamadan rücuya ilişkin bu kural daima temel kural olarak kalmaya devam etmiştir. *Iustinianus*, klasik sonrası hukuk döneminde, nankörlük sebebiyle bağışlamadan rücu etme hakkına ilişkin olarak çıkarılan emirnameler ile başlayan gelişme sürecini noktalarak, bağışlananın, bağışlayana karşı kötü davranması, özellikle bağışlamaya bağlanmış olan bir mükellefiyetin (*modus*) yerine getirilmemesi halleri ile sınırlı olacak şekilde bağışlamadan dönülebileceğini bütün bağışlamalar için kabul etmiştir. Bununla birlikte *Iustinianus*, bağışlayanın, hayatını kurtaran bir kimseye yapmış olduğu bağıştan rücu edemeyeceğini kabul etmiştir. DI MARZO, s. 491; Aynı yönde bkz. ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 111, dn. 205; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 274-275; KASER, RPR I, s. 604; KASER, RPR II, s. 399; LEE, s.148.

<sup>21</sup> ROBY, s. 531.

<sup>22</sup> MACKINTOSH, s. 148.

<sup>23</sup> RÜGER, D., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen Römischen Recht*, Berlin 2010, s. 21;

metinler aşağıdaki gibidir:

*C. Th. 8.12.1: Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Donatio directa est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: Si prius mortuus fuero quam tu, res mea, ad te perveniat. ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donantis res donata perveniat, quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris”*

Metinden anlaşıldığı üzere, bağış, ya elden yapılır veya ölüm sebebiyle mevcut addedilir. Elden bağışlama, bağışlama konusu mal derhal teslim edilirse mevcuttur. Ölüme bağlı bağışlamada ise, bağışlayan, sağlığında, bağışlama konusu malı muhafaza ederek, bağışlanandan önce ölmesi halinde, bu malın kendi mirasçılarına değil, bağışlanana ait olmasını; bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde ise, malın kendisinde kalmasını arzu eder.

*D.39.6.1 (Marcianus Institutes libro IX):Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. § 1 Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama, bağışlayan tarafın, malı bağışlanana nakletmek yerine kendisinde tutmayı tercih ettiği fakat bu mala mirasçısına tercihen bağışlananın sahip olmasını istediği bağışlamadır. *Homerus*’ta, *Telemachus*, *Piraeus*’a bu tür bir bağışta bulunmaktadır.

*I.2.7.1:... Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magis que eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

---

BORKOWSKI-PLESSIS, s. 206; BORKOWSKI, Deathbed Gifts, s. 6; LEAGE, s. 143; BUCKLAND, Manuel, s. 150; DI MARZO, s. 493; MACKINTOSH, s. 146; DROPSIE, s. 178. *Donatio mortis causa*’nın bu ünlü ve bugün de geçerliliğini koruyan tanımı, ölüme bağlı bağışlamayı en ayrıntılı yasal tanımdan bile daha açık ve gerçekçi bir biçimde açıklamakta ve ölüme bağlı kazandırmada bulunanın neden ölüme bağlı tasarruf kalıplarını seçmeyip ölüme bağlı bağışlama muamelesine başvurduğunu tüm çıplaklığı ile gözler önüne sermektedir. SEROZAN, Ölüme Bağlı Kazandırma, s. 47.

“...Hülâsa bir kimse, bir malın, hibe alana nisbetle tercihan kendisine, ve mirasçıya nisbetle tercihan hibe alana ait olmasını arzu ettiği vakit ölüme bağlı hibe vardır. *Homerus*’ta *Telemachus*, *Piraeus*’a bu suretle bağışta bulunmaktadır.”

Klasik dönem hukukçularından *Ulpianus*’un öğrencisi *Marcianus* tarafından yaklaşık olarak M.S. 217 yılında kaleme alınmış olan *D.39.6.1*’de yer alan düzenleme, *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde (*I.2.7.1*), neredeyse kelimesi kelimesine yer almıştır<sup>24</sup>. *Marcianus* tarafından yapılan bu açıklama, bağışlayanın, ölüme bağlı bağışlamada bulunurken, hangi saik altında hareket ettiğini ortaya koyması açısından önemlidir. *Telemachus*, düşmanları ile savaşmak için yola çıkmadan önce mallarını *Piraeus*’a bırakmakta ve eğer öldürülürse malların *Piraeus*’ta kalmasını fakat savaştan galip gelip geri dönmesi halinde *Piraeus*’un malları kendisine geri vermesini söylemektedir<sup>25</sup>. *Homerus*’ta yer alan bu kısım, *Marcianus*’un ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin açıklamalarının açık bir ispatı niteliğindedir<sup>26</sup>. Bağışlayanın, hangi saik altında bu muameleyi yaptığına ilişkin benzer bir açıklama *Paulus* tarafından yapılmıştır:

*D.39.6.35.2 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam):Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione , quae ita proficiscitur, ut nullo*

<sup>24</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1014; RÜGER, s. 21; MAYER-MALY, T., Homer In Römischen Rechtstexten, TR, Vol. 72, 2004, s. 237.

<sup>25</sup> RÜGER, s. 21. Odyss. XVII, 78-83: “Bekleyelim *Piraeus*! Bütün bu işlerin nasıl biteceğini henüz bilmiyorum. Olabilir ki, azgın talipler (*Penelopea* ile evlenmeğe talip olanlar), beni sarayda gizlice öldürürler ve mallarımı aralarında paylaşırlar. Onlardan birisine kalmalarındansa, mallarımdan senin faydalanmanı tercih ederim. Fakat ben onları perişan ederek öldürürsem, sen malları bana iade etmekle, ben de kabul etmekle, aynı sevinci duyacağız.” RÜGER, s. 21-22; LIEBS, Schenkung, s.1014; SIMONIUS, s.16; DROPSIE, s. 178; UMUR, *Iustinianus Institutiones*, s. 107, dn. 9; MAYER-MALY, Homer, s. 237. *Telemachus*’un, *Piraeus* lehine yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama, Roma hukuku kaynaklarında “*donatio mortis causa periculo imminente*”nin tipik örneklerinden birini teşkil etmiştir. Taraflar arasında geciktirici şarta bağlı bir bağışlama muamelesi yapılmış ve *Piraeus*’un, ancak *Telemachus*’un ölümünden sonra bağışlama konusu malın mülkiyetini kazanabileceği kararlaştırılmıştır. BRUCK, F. E., Die Schenkung Auf Den Todesfall Im Griechischen Und Römischen Recht, Zugleich Ein Beitrag Zur Geschichte Des Testaments, Aalen 1968, s. 5-6.

<sup>26</sup> RÜGER, s. 22. İlyada ve *Odyseia* destanlarının derleyicisi olduğu kabul edilen *Homerus*’un yaşadığı dönemde (Antik Çağ-M.Ö. 8. yy), hukukî anlamda *donatio mortis causa* kavramından henüz söz edilemediğinden, Di Paola’nın, “*Donatio Mortis Causa*” isimli eserinde, *Odyseia* Destanı’ndan yapılan alıntının hukukî bir değerinin olmadığından (un riferimento che non ha alcun valore giuridico) söz etmesi gereksiz olmuştur. Aynı sebeple, Kaser tarafından, bu yönde yapılan değerlendirme de yersizdir. *Marcianus* ve *Iustinianus* tarafından, *Odyseia* destanına yapılan bu atfın, aslında, bağışlayanın hangi saik ile *donatio mortis causa* muamelesine başvurduğuna ilişkin temel bir örnek olarak algılanması mümkündür. Ayrıca belirtilmelidir ki, Romalı hukukçular, birer kültür insanı olduklarından, Roma Hukuku metinlerinin birçoğunda *Homerus*’a atıf yapılmıştır. Ancak *Homerus*, Romalı Hukukçular için bir otorite olarak addedilmekle birlikte, *Homerus*’un eserleri bir hukuk kaynağı olarak görülmemiştir. MAYER-MALY, Homer, s. 238, 242.

*casurevocetur. Et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum’.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama, şarta bağlı olmaksızın yapılan ve bağışlayanın rücu edemediği olağan bağışlamadan farklıdır. Olağan bağışlamada, bağışlayan, bağışlama konusu mala kendisinden çok bağışlananın sahip olmasını istemektedir. Ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimse ise öncelikle kendisini düşünmekte ve bağışladığı malın bağışlananda kalmasından ziyade bu malı tekrar elde etmeyi istemektedir. Bu nedenle, genel olarak kabul edildiği üzere, bağışlayan, bağışlama konusu malın bağışlanana tercihen kendisinde kalmasını, fakat mirasçısına tercihen bağışlanana ait olmasını istemektedir<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Kural olarak, karşılıksız bir kazandırmanın bencilce bir duyguya dayanmadığı ve kazandırmada bulunulan kişinin iyiliğinin istendiği kabul edilmektedir. Bu nedenle nesnel bir unsur olan “karşılıksız kazandırmanın” yanında öznel bir unsur olan “*animus donandi*”nin de (bağışlama niyeti - karşı tarafın iyiliğini isteme) bağışın bir unsuru olarak aranıp aranmadığı sorulabilir. Böylece, bir kimsenin yalnızca dış dünyaya yansıyan şekil itibarıyla değil, içsel olarak da bir başkasının iyiliğini istemesinin, lütüfkârlık göstermesinin, ona karşı bir teveccühte bulunma amacı taşımasının ve bu sebeple kendinden bir şeyler vermesinin, bağışın bir unsuru olarak aranması gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkar. OĞUZ, A., Roma Hukukunda Bağış Kavramı ve Bağışa Getirilen Yasaklar, Ankara 1999, s. 24-25. Burckhard’a göre, bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, *donatio mortis causa*’nın, gerçekten bir bağış olarak kabul edilmesi zordur. Çünkü ölüme bağlı bağışlamalarda bağışlayan, öncelikle kendisini düşünmekte, kendisini değil mirasçılarını bir şeylerden mahrum etmekte, bağışlama konusu malın bağışlanandan çok kendisine, mirasçılardan çok bağışlanana ait olmasını istemektedir. Yazara göre, “karşılıksız kazandırma” unsurunun mutlaka var olması gerekirken, bağışlayanın, dış dünyadan gelen hiçbir etkiye maruz kalmadan, tamamen içinden gelerek, sadece karşı tarafa bir iyilik yapma düşüncesiyle bağışlamada bulunması zorunlu bir unsur olarak görülmemelidir. Bencilce nedenlerle ya da sadece bir kimsenin sevgisini kazanmak için bir şey veren kimse, birisi üzerinde yarattığı etkiyi kötü amaçları için kullanmak isteyen kişi kadar eleştirilebilir. Kendisini rahatsız eden bir dilenciye sırf bu rahatsızlıktan kurutulmak için para veren kişide bağışlamada bulunmuştur. Ancak bu olayda, bağışlayanın amacı sadece bu rahatsızlıktan kurtulmaktır. Bu nedenle hangi saik (niyet) altında bağışlamada bulunulursa bulunulsun, karşılıksız olarak yapılan kazandırmalar, gerek günlük dilde gerekse hukuk dilinde bağış olarak kabul edilmektedir. Zira içsel iradenin saptanması mümkün değildir. BURCKHARD, H., Zum Begriff Der Schenkung, Würzburg 1899, s. 26-29. Bu noktada belirtilmelidir ki, bir kimseyi belirli bir sonucu istemeye yönelten amiller (saik) subjektif olup kişiden kişiye değişiklik gösterir. Hukuk saikleri, yani iradenin oluşumunu etkileyen sebepleri dikkate almaz. Dış dünyaya yansıtılmadıkça iradeyi anlamak bile mümkün olmadığı için, iradenin hangi iç sebeplerin etkisiyle oluştuğunu bilmek de imkânsızdır. TAHİROĞLU-ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 212. *Animus donandi* kavramı altında, bağışın, sırf bağışlayanın iyiniyetinden dolayı bağışlanana karşı iyi olacak bir şey yapmak amacıyla, ona karşılıksız olarak bir şey kazandırması analıyıyor idiyse bile, bu düşüncenin çok az metinde dile getirildiği görülmektedir: *D.39.5.1 pr. (Iulianus libro XXVII ad digestorum): Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. Qualis est mortis causa donatio.*

*Paulus* bağışlayanı ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden düşüncüyü *Marcianus*'a kıyasla daha açık bir şekilde ifade etmektedir. *Paulus*'a göre, bağışlayan aslında bağışlamada bulunmak istememekte aksine bağışlama konusu malı geri alabilmeyi ummaktadır. Zira bağışlayan hayatta kalmak istemektedir. Bu nedenle, bu metinde yer alan düzenleme de, bağışlayanın, somut bir ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kalması sebebiyle yapmış olduğu bağışlama muamelesine örnek teşkil eden *Telemachus*'un, *Piraeus*'a yapmış olduğu bağışlamayı destekleyecek niteliktedir<sup>28</sup>.

*Marcianus*'tan önce yaşamış Romalı hukukçular ölüme bağlı bağışlamayı daha geniş bir şekilde açıklamışlardır. *Marcianus*'tan iki ile üç kuşak kadar önce yaşamış olan hukukçu *Gaius*'un, yargılama faaliyetlerine ilişkin olarak yazdığı şerhte aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir<sup>29</sup>:

*D.39.6.31.2 (Gaius libro VIII ad Ed. Provinciale): ... id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque*

---

Bağışın çeşitleri vardır. Bağışlayan, bağışlananın derhal malik olması ve bağışlanan şeyin asla kendisine geri dönmemesi amacıyla bağışlar ve bunu cömertlikten ve yardımseverlikten başka hiçbir nedenle yapmaz. Bu gerçek anlamda bağış olarak nitelendirilir. Bir başkası, alıcının bazı şeyleri yerine getirmesi durumunda malik olması amacıyla bağışlar. Bu gerçek anlamda bağış olarak nitelendirilemez, şartlı bağış olarak nitelendirilir. Yine bunun gibi, bir kimse, alan kişinin derhal malik olması, ancak, bazı olayların gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi durumunda alınan şeyin geri verilmesi şartıyla bağışlarsa, yine gerçek bir bağış yoktur, şarta bağlı olarak yapılmış rücu edilebilir bir bağış söz konusudur. Bu bağış türü, ölüme bağlı bağışlamalardır. Latince metnin Türkçe çevirisi: OĞUZ, s. 30.

*D.34.4.18 (Modestinus libro VIII differentiarum): Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguatur legatum. Nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis existat.*

Vasiyet eden kişi, yaşarken vasiyet ettiği eşyayı bir başkasına bağışlarsa, vasiyetname hükümsüz kalır ve bağışlayanın, eşyayı, aile ilişkilerinden dolayı zorunluluktan mı bağışladığı yoksa, özgür iradesi ile mi bağışladığı bu anlamda bir farklılık yaratmaz. İlk durumda vasiyetname geçerlidir, ikincisinde ise değildir. Çünkü bu fark, bağışlayanın cömertliği konusunda dikkate alınmaz, zorunluluk durumunda ise, cömertlikten söz edilmez. Latince metnin Türkçe çevirisi: OĞUZ, s. 30.

Bu metinlerde *animus donandi* ifadesine rastlanmamakta ve bağışta, karşı tarafın iyiliğini isteme teorisi *animus donandi* ile değil, *liberalitas* ile ifade edilmektedir. *Liberalitas*, klasik hukuk dönemine ait metinlere, Bizans hukukunun bir eklemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak, klasik dönem hukukçuları tarafından bağış kavramının unsurlarının belirlenmediği, ancak *animus donandi* ile, klasik dönem hukukçularının, bağışlayanın bağışlama niyetini kastettikleri, ayrıca bağışlananın zenginleştirilmesini aramadıkları söylenebilir. OĞUZ, s. 29-31, Aynı yönde bkz. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 345.

<sup>28</sup> RÜGER, s. 22; Aynı yönde bkz. BORKOWSKI, s. 6.

<sup>29</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1015.

*morituros intellegimus.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı olarak bağışlanan şey, ya bir ölüm tehlikesinin varlığı sebebiyle ya da günün birinde her insanın mutlaka öleceği bilinciyle teslim edilir.

*Iulianus*'tan yaklaşık 70 yıl sonraki dönemde yaşamış olan hukukçu *Ulpianus* tarafından yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere; *Gaius* ile aynı zamanda, yani M.S. 2. yüzyılın ortalarında yaşamış olan *Iulianus*, ölüme bağlı bağışlamayı *Gaius* ile benzer şekilde açıklamıştır. İki açıklama arasındaki fark, *Iulianus*'un, bu açıklamayı yaparken *Gaius* tarafından gözetilen sırayı takip etmemiş olması ve bu açıklamaya ek olarak iki alt grup belirlemesidir<sup>30</sup>:

*D.39.6.2 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Iulianus libro septimo decimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait: unum, cum quis nullo praesentis periculometu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

*Iulianus*'a göre, ölüme bağlı bağışlama üç şekilde yapılabilir: Bir kimse, hâlihazırdaki bir tehlike sebebiyle duyduğu korkudan bağımsız olarak, sadece günün birinde mutlaka öleceği bilinciyle bağışlamada bulunursa; bir kimse kendisinde korku yaratan bir tehlikenin varlığı halinde bağışlamada bulunur ve bağışlama konusu malı derhal bağışlanana geçirirse ve son olarak bir kimse bir tehlikenin varlığı halinde ve bağışlama konusu malı derhal bağışlanana geçirmek yerine, malın karşı tarafa geçmesini ölümün gerçekleşmesine bağlamak suretiyle bağışlamada bulunursa ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilir.

*Iulianus*'un hangi hallerde ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilebileceğine ilişkin olarak yaptığı bu açıklamadan yola çıkılarak, somut bir ölüm tehlikesi

---

<sup>30</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1015-1016.

olmaksızın, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi şartıyla yapılan bağışlamanın ilk gruba dâhil edilmesi mümkündür. Ancak, *Iulianus*'tan biraz daha genç bir hukukçu olan *Marcellus*'a atfedilen ve *D.39.6.13.1*'de yer alan açıklamaya göre, Romalı hukukçular, *Iulianus* tarafından yapılan açıklamayı tatmin edici bulmamışlardır<sup>31</sup>:

*D.39.6.13.1 (Iulianus libro XVII):Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator.*

*Marcellus*'un belirttiği üzere, bağışlama muamelesi, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalık yüzünden ölmesi halinde bağışlama konusu malın iadesinin talep edilemeyeceği şekilde yapılabilir. Ancak bağışlayan, bu hastalık sebebiyle ölmeden önce fikrini değiştirmiş ve bağışlama konusu malın iadesini talep etmişse, bu malın iade edilmesi gerekir. Ölüme bağlı bağışlama, bağışlama konusu malın, yalnızca bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde iade edileceği şartıyla yapılabileceği gibi bağışlayan hastalıktan kurtulup sağlığına kavuşsa bile, bağışlama konusu malın geri istenemeyeceği şartıyla da yapılabilir.

Buna göre *Marcellus*, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin olarak dört ihtimal üzerinde durmaktadır: İlk ihtimal, bağışlayanın belirli bir hastalığın varlığı halinde sağlığına kavuşup kavuşamayacağı hususuna ilişkin olup, bu ihtimalde bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi üzerinde durulmamakta ve sadece bağışlayan bu hastalık yüzünden ölürse, bağışlama konusu malın bağışlananda kalacağı belirtilmektedir. İkinci ihtimalde, bağışlayanın, hayattayken fikrini değiştirmesi halinde bağışlama konusu malın kendisine iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Üçüncü ihtimalde, bağışlamanın geçerliliği, yalnızca bağışlananın bağışlayandan daha uzun yaşamasına bağlanmış ve son ihtimalde ise, bağışlayanın hastalığı, yalnızca, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden bir saik niteliğinde olup, bağışlama muamelesi hiçbir

---

<sup>31</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1016.

şarta bağlı olmaksızın ve muameleden rücu edilemeyecek şekilde yapılmıştır<sup>32</sup>.

Klasik hukuk döneminin sonların da yaşamış bir hukukçu olan *Paulus* ise, M.S. 2. yüzyılın sonlarında, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur:

*D.39.6.35.4 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Mortis causa donatio fit multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est; alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur; et ut reddatu, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutat voluntate restitui sibi voluerit Et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui accepit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem donator.*

*Marcellus*'a ait bir metin olan *D.39.6.13.1* ile karşılaştırıldığında, *Paulus*'un metninde kullandığı son üç cümleinin *Marcellus*'un metninde kullandığı ifadeler ile kelimesi kelimesine aynı olduğu görülebilir. Bu nedenle *Paulus*'un bu kısmı *Marcellus*'un metninden aldığı sonucuna varılabilir. Bu metnin ilk cümlesinden anlaşıldığı üzere, verilen örnekler sayılanlarla sınırlı değildir. Bu nedenle, bir kimsenin somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın, yalnızca günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle kendi ölümünü göz önünde bulundurarak kayıtsız şartsız bir şekilde bağışlamada bulunduğu hallerde de ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilebilir<sup>33</sup>. *Paulus*'un, *D.39.6.35.4* ile aynı zamanda yada bu metinden kısa bir süre sonra yazdığı ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin diğer metinler ise, *D.39.6.35.4*'de yer alan düzenleme ile çelişen ifadeler içermektedir<sup>34</sup>:

*D.39.6.3 (Paulus libro VII ad Sabinum): Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigotionis ineundæ.*

<sup>32</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1016-1017.

<sup>33</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1017; SIMONIUS, s. 103; RÜGER, s. 41, dn. 107

<sup>34</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1017.

*D.39.6.6 (Paulus libro VII ad Sabinum): haec enim omnia instans periculum demonstrant.*

Bu metinlerde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama muamelesi yalnızca hastalık halinde değil ayrıca düşmanlardan, haydutlardan, nüfuz sahibi bir kimsenin zorbalığından ya da nefretinden veya bir deniz yolculuğuna çıkmak üzere olunmasından kaynaklanan ölüm tehlikesi yüzünden de yapılabilir. Zira bütün bu haller yaklaşan bir tehlikenin varlığını haber vermektedir.

*Paulus*'a ait olan bir önceki metinde, bir kimsenin, herhangi bir ölüm tehlikesi içinde bulunmaksızın, yalnızca günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapabileceği belirtilirken yine *Paulus*'a ait olan ve bir önceki metin ile çelişki içerisinde bulunan bu metinlerde ise hangi hallerde ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapılabileceği hususu dar sınırlar içerisinde açıklanmış ve somut bir tehlike mevcut olmaksızın günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapılabileceği kabul edilmemiştir<sup>35</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bağışlayanı ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden saiklerden birincisi, bağışlayanın bağışlama konusu malı bağışlanandan çok kendisine layık görmesi ve fakat bunu mirasçılara bırakmaktansa bağışlanana bırakmayı tercih etmesiydi. Bağışlayanı ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden bir diğer saik ise, günün birinde öleceği ihtimalini göz önde bulundurarak bunun için tedbir almak istemesidir. Bu saik, bağışlayanın herhangi bir ölüm tehlikesi söz konusu olmamasına rağmen, sahip olduğu malvarlıksal değerlerin kimlere ait olacağını belirlemek amacıyla hareket ettiği durumlarda ön plâna çıkmaktadır. Bağışlayan, henüz hayattayken yaptığı ve yasal bir sınırlamaya tâbi olmayan bu düzenleme ile mirasçı sıfatına sahip olmayan kişiler lehine kazandırmada bulunarak<sup>36</sup> asıl mirasçılarını, neredeyse kendilerine düşen bütün miras paylarından yoksun bırakmak yönündeki iradesini ortaya koymaktadır<sup>37</sup>. Bu durumlarda, ölüme bağlı bağışlama, miras hukuku kurallarının ihlâl edilebilmesine imkân verdiği için büyük

---

<sup>35</sup> LIEBS, Schenkung, s. 1018.

<sup>36</sup> Bkz. D.24.1.52.1; D.31.77.2

<sup>37</sup> Bkz. D.32.37.3

bir öneme sahiptir<sup>38</sup>. Böylece bağışlayanın, şarta bağlı bir tasarrufta bulunarak bağışlama konusu malın mirasçılara intikal etmesine engel olması, ölüme bağlı tasarruf muamelesinin belirleyici özelliği haline gelmektedir<sup>39</sup>. Lehine ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapılan kişi ile bağışlayanın mirasçılarının çatışan menfaatlerine ilişkin birçok metnin mevcut olması, adeta, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile ulaşmak istediği amacın bir sonucudur<sup>40</sup>.

Bağışlayanın, yukarıda sözü edilen amaçlara ulaşabilmek amacıyla, ölüme bağlı bağışlamadan yararlanması, bu muameleye ilişkin en eski belge niteliğinde olan *Telemachus*'un yaptığı bağışlamadan anlaşıldığı üzere, çok eski dönemlerden itibaren başvurulan bir yöntemdi. Ancak ölüme bağlı bağışlama muamelesinin kökenine ilişkin olarak ortaya konulan karşıt bir görüşe göre, bir Roma hukuku kurumu olarak *donatio mortis causa* muamelesinin kökeni, söylenildiği kadar eskilere dayanmamaktadır<sup>41</sup>.

Genel olarak kabul edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlamanın uygulamada kullanılması, bu muamelenin bir hukuk kurumu olarak kaynaklarda yerini almasından çok daha eskilere dayanmaktadır. Bir görüşe göre, *lex furia testamentaria* ve *lex vocania* (M.Ö. 204-169) olarak isimlendirilen yasal düzenlemelerde “*mortis causa capere*” olarak anılan muameleye dayanılarak, henüz M.Ö. 2. yüzyılın başlarından itibaren, klasik dönem hukuk anlayışına uygun şekilde *donatio mortis causa* muamelesinden söz edilmeye başlandığı sonucuna varılabilir (*Gai. I. 2.225, 226*)<sup>42</sup>. Bu hususta ileri sürülen karşıt görüşe göre, *mortis causa capere* ifadesi, kolaylıkla böyle bir sonuca varmaya olanak verecek ölçüde net bir içeriğe sahip değildir<sup>43</sup>. Ölüme bağlı bağışlama muamelesinin kökeni olarak M.Ö. 2. yüzyılın

<sup>38</sup> RÜGER, s. 22; NICHOLAS, s. 266-267.

<sup>39</sup> RÜGER, s. 22-23; COHEN, A., *Die Lehre Des Römischen Rechtes Von Der Schenkung Von Todeswegen*, München 1878, s. 6

<sup>40</sup> Bkz. *D.24.1.52.1; D.31.77.2; D.39.6.42 pr.; D.32.37.3; D.44.4.4.1; D.33.4.11*. RÜGER, s. 23.

<sup>41</sup> RÜGER, s. 23.

<sup>42</sup> SENN, F., *Études sur le droit des obligations*, Tome premier, I.: *Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris 1914, s. 20-23, zikr. RÜGER, s. 23;

<sup>43</sup> AMELOTTI, M., lemma “*donatio mortis causa*”, *NNDI VI* (1957), s. 223 ve *ED XIII* (1964), s. 1001, zikr. RÜGER, s. 23. *Mortis causa capio* ifadesi oldukça genel ve belirsiz bir ifade olup, adı geçen yasal düzenlemelerde yer alan bu ifadeden yola çıkılarak, *donatio mortis causa*'nın Roma hukuk sistemi içerisindeki yerini aldığı zaman dilimine ilişkin böyle bir sonuca varılması akla uygun değildir. Diğer taraftan, bir zamanlar içeriği belirli olan bir kavramın sonradan genel bir anlama kavuşması da olası değildir. Zaten Roma hukuk ilmi de aksi yönde bir gelişme kaydetmiştir. Ayrıca M.Ö. 2. yüzyılda neşredilen yasal düzenlemelerde yer alan *mortis causa capere* ifadesi, bu

ortalarına dayandığı şeklinde ileri sürülen görüş de<sup>44</sup> sadece bir tahminden ibaret olup ispatlanabilmiş değildir. Rüger ve Simonius tarafından ileri sürülen görüşe göre, bu konuda yol gösterici olabilecek metinlere<sup>45</sup> dayanılarak, bir hukuk kurumu olarak *donatio mortis causa* muamelesine ilişkin bilgilerimizi Cumhuriyet dönemi'nin sonlarına, yani tam olarak M.Ö. 1. yüzyılın ikinci yarısına dayandırmak mümkündür<sup>46</sup>. Rüger'e göre *lex Falcidia* (M.Ö. 40) ve *leges Iulia et Papia*'da (M.S.9), *donatio mortis causa*'nın açıkça zikredilmediğinden yola çıkılarak, miras hukukuna ilişkin sınırlamaların *donatio mortis causa* muamelesi üzerinde uygulanmasının ilk olarak M.S. 2. yüzyılda görülmeye başlandığı yönünde çıkarımda bulunmak mantıklı değildir<sup>47</sup>. Aksine, bu yasal düzenlemeler, *donatio mortis causa*'nın, kanunu dolanmak bir diğer ifade ile kanuna karşı hile amacıyla kullanılan bir vasıta olarak uygulamada sahip olduğu büyük önemi ortaya koymaktadırlar<sup>48</sup>. Rüger'e göre, *donatio mortis causa*'nın kökenine ilişkin olarak, başka bir hukuk kurumundan inkişaf edip etmediği hususunda kesin bir yargıya varılması mümkün olmayıp; kaynaklarda bu hususa değinilmemiş olması sebebiyle, bu konuda ileri sürülen görüşlerin ve yapılan tartışmaların faydalı ve yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>49</sup>.

---

düzenlemelerde kullanılan şekliyle de oldukça genel ve belirsiz bir içeriğe sahiptir. Varılan bu sonucun yersiz olduğunu ortaya koyan bir diğer husus, *Marcellus*'un *D.39.6.38*'de yer alan düzenlemede, *donatio mortis causa* ile bir malın ölüm sebebiyle iktisap edildiği diğer haller (*mortis causa capere*) arasındaki farklardan söz etmesidir. KUNTZE, J. E., *Institutionen und Geschichte Des Römischen Rechts*, Band II, Leipzig 1869, s. 580-581.

<sup>44</sup> DI PAOLA, S., *Donatio Mortis Causa*, Corso di diritto romano, Napoli 1969, s. 119, zikr. RÜGER, s. 23.

<sup>45</sup> *D.44.4.4.1, D.39.6.43*

<sup>46</sup> RÜGER, s. 23; SIMONIUS, s. 241.

<sup>47</sup> RÜGER, s. 23-24.

<sup>48</sup> RÜGER, s. 24; LIEBS, *Schenkung*, s. 1023-1024. İlk imparatorluk devrinin başlarında ortaya çıkan *fideicommissum*'ların yaptırımı olmadığından, vasiyetçi, terekeden mirasçı veya *honoratus* olarak faydalanmış kimsenin iyiniyetine ve şerefine dayanırdı. Zaten muamelenin ismi de bunu göstermekteydi. (*Fideicommissum*, *fides*'ine, yani şeref ve iyiniyetine havale edilmiş). Bu muayyen mal vasiyeti şeklinin uygulamadaki önemi artıp, gerekli dürüstlük kurallarına uymayanların çoğaldığını gören *Augustus*, bu tür vasiyetlerin yerine getirilmesini sağlamak için *cognitio extra ordinem* usulü ile ileri sürülebilen bir *persecutio fideicommissaria* (*fideicommissum* davası) tanımış ve böylece *fideicommissum*'lar da, akit benzerleri arasına giren bir borç kaynağı haline gelmişlerdi. Bu ihtilâflara ise özel *praetor*'lar (*praetor fideicommissarius*) bakmaktaydı. UMUR, s. 176-177; Aynı yönde bkz. LIEBS, *Schenkung*, s. 1020-1021. *Fideicommissum*'lar alanında bu yönde gerçekleşen gelişme, vasiyetnamelere ilişkin katı şekil kurallarından kaçınmak isteyen Romalı bir mirasbırakanın, *Augustus* döneminden itibaren, artık, *donatio mortis causa*'ya muhtaç olmaması sonucunu beraberinde getirmiştir. Böylece *donatio mortis causa* muamelesi, miras hukuku alanında geçerli olan şekle ilişkin katı kurallardan kaçınmak amacıyla değil, bu alandaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı düzenlemelerden kaçınmak amacıyla kullanılmıştır. Ancak *D.39.6.42 pr.*'da yer alan düzenlemeden, uygulamada, bağışlama ve *fideicommissum*'un, birbirleriyle kombine edilerek uygulanabildikleri de anlaşılmaktadır. LIEBS, *Schenkung*, s. 1021, 1024.

<sup>49</sup> *Donatio mortis causa*'nın kökenini teşkil ettiği söylenen hukuk kurumları, *dationes sine causa*, şarta bağlı olarak yapılan *traditio* muamelesi, *mancipatio familiae* ve genel olarak kabul edildiği üzere

## II.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN HUKUKÎ NİTELİĞİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR (SAĞLARARASI MUAMELE-ÖLÜME BAĞLI TASARRUF KAVRAMLARI AÇISINDAN)

Ölüme bağlı bağışlamanın Roma hukukundaki yerini ve anlamını tespit edebilmek için gerek ölüme bağlı bağışlamanın gerekse bu kurum ile bağlantılı olan diğer hukukî kurumların niteliklerinin tespit edilmesi gerekir. Bu amaca ulaşmak için Roma hukuku kaynakları üzerinde yapılacak çalışmalarda, konuya ilişkin olarak, Roma hukukçuları tarafından yapılmış kesin tanımlamalar bulmaya çalışmak gereksiz bir çabadan ibaret olacaktır. Çünkü bilindiği üzere, Roma hukukçuları hukuk kurumlarına ilişkin tanım ve tasnif yapmaktan genellikle kaçınmışlardır. Bununla birlikte, bir tanım ortaya koymak amacıyla kaynaklar üzerinde yapılan çalışmalar neticesinde, en azından böyle bir tanım ve tasnif yapmaya imkân verecek bazı hususların tespiti mümkündür<sup>50</sup>.

*Iustinianus*'un birçok kararnamesinde, *donatio mortis causa*'nın niteliğine ilişkin olarak, klasik hukuk döneminde, hukuk âlimleri (*iurisprudentes*) arasında süregeldiği söylenen tartışmalardan söz edilmektedir (*C.8.56.4, I.2.7.1, Nov.87*). *Donatio mortis causa*, sağlar arası (*inter vivos*) bir hukukî işlem miydi, yoksa ölüme bağlı (*mortis causa*) bir hukuî işlem miydi sorusu, klasik hukuk dönemi kaynaklarından anlaşıldığı üzere, tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmalar, *donatio mortis causa*'nın vasiyetnamelerden (*testamentum*) sayılarak muayyen mal vasiyeti (*legatum*)<sup>51</sup> ile mi eşitlenmesi gerektiği, yoksa sağlar arası bir bağışlama (*donationes inter vivos*) mı olduğu sorusunu beraberinde getirmekteydi. *Iustinianus, Nov. 87*'den

---

*fiducia cum amico*'dur. RÜGER, s. 24.

<sup>50</sup> COHEN, s. 4

<sup>51</sup> Roma Hukukunda muayyen mal vasiyeti, vasiyetçinin vasiyetname ile yaptığı öyle bir ölüme bağlı tasarruftu ki, vasiyetçi onunla, mirasçı aleyhine ve mirasçı olarak tayin etmediği bir kimseye belirli mallarını iktisap ettirirdi. Önceleri bu malın terekeye dâhil olan mallardan olması gerektiği kabul edilirken, sonraları mirasçıya veya üçüncü şahsa ait mallar da muayyen mal vasiyetinin konusunu teşkil etmeye başlamıştır. Muayyen mal vasiyetinde, vasiyetçi (*testator*, burada *legator*); kendisine muayyen mal vasiyeti mükellefiyeti yüklenmiş olan mirasçı (*heres*, burada *oneratus*) ve bir de vasiyetten faydalanan vasiyetli (*legatarius* veya *honoratus*) olmak üzere üç taraf vardır. Romada bizzat mirasçı lehine *legatum* yapılamazdı. Mirasçı nasbı, küllî halefiyet yolu olarak borçların da intikaline sebep olduğundan pasif de olabildiği halde, cüz'î halefiyet olan muayyen mal vasiyeti daima kazandırıcı olup borçları intikal ettirmezdi. Romada *legatum* ve *fideicommissum* olmak üzere iki tip muayyen mal vasiyeti inkişaf etmiş; sonradan ihdas olunan *fideicommissum*, *Iustinianus* hukukunda birincisine muadil hale getirilmiştir. Mirasçıya bir mükellefiyet yüklemek anlamına sahip olan *legare*'den gelen *legatum* ise, XII Levha Kanunu'ndan beri mevcut olan bir kurumdur. UMUR, Miras Hukuku'nun Ana Hatları, s. 174.

anlaşıldığı üzere, bu ikileme son vermek için ölüme bağlı bağışlama muamelesinin ölüme bağlı tasarruflar arasında görülmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir<sup>52</sup>. Yine bu tartışmalara son vermek amacıyla M.S. 530 yılında çıkarılan bir emirname ile (C.8.56.4) *donatio mortis causa* muamelesine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>53</sup>:

*C.8.56.4:Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam ess censuerunt, alii autem inter donationes quae inter vivos consistunt eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus omnes mortis causa donatones, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi...*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlamanın niteliğine ilişkin tartışmalar kapsamında, bazı otoriteler bu işlemi ölüme bağlı tasarruflar ile aynı gruba yerleştirmekte ve muayyen mal vasiyetine benzetmektedirler. Bir diğer görüşe göre, ölüme bağlı bağışlamalar, sağlar arası bağışlamalar ile birlikte sınıflandırılmalıdır. Bu tartışmayı sona erdirmek amacıyla düzenlenen bu emirname ile, ister ölüm anında ister ölümden önce uzun bir değerlendirme neticesinde yapılmış olsun, ölüme bağlı bağışlamanın yazılı veya sözlü olarak beş şahidin huzurunda yapılması halinde, sicile kaydedilmesine, muamele yapıldığı sırada kamu görevlilerinin hazır bulunmasına

---

<sup>52</sup> SIMONIUS, s. 1-3; *Gifts in View of Death*, Law Journal Library, Am. L. Reg., pp.1-10, Vol. 1, Philadelphia 1853, s. 7. *Donatio mortis causa*'nın söz konusu olduğu hallerde, bağışlanan, tıpkı *legatum*'da olduğu gibi, bağışlayanın ölümüne kadar kazanılmış bir hak elde etmediği için, *Iustinianus donatio mortis causa* ve *legatum*'un birbirine benzediğini kabul etmiştir (I.2.7.1; C.8.56.4). İki muamele arasındaki temel farklılık, *legatum*'dan farklı olarak, *donatio mortis causa*'nın kaderinin, bir vasiyetnamenin geçerliliğine bağlı olmamasıydı. *Iustinianus* tarafından getirilen bu düzenleme neticesinde, *legatum*'a ilişkin kuralların, mahiyetine uygun düştüğü sürece *donatio mortis causa* için de geçerli olacağı kabul edilmiştir. SHERMAN, C. P., *Roman Law In The Modern World*, Vol. II, Boston 1922, s. 230-231. *Augustus* tarafından M.S. 6'da yürürlüğe konulan *lex Iulia vicesimaria* gereğince, mirasbırakana kan bağı ile bağlı olan, fûruğu hariç, hem kanunî mirasçılardan hem de vasiyet sonucu mirasçı olan bütün varislerden, bu yolla elde ettikleri malvarlıksal değer % 5'i oranında miras vergisi (*vicesima hereditatum*) alınmaya başlanmıştır. *Vicesima hereditatum*, bu nitelikleri taşıyan vatandaşlardan alınan bir vergi olup, Roma vatandaşı olmayanlar bu vergiye tâbi değillerdi. LIEBS, *Schenkung*, s. 1023; SOMER, P., *Roma Hukukunda Vergilendirme*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 708. Buna karşılık Roma hukukunda, bir bağışlama vergisi mevcut olmadığı gibi, miras vergisinin, ölüme bağlı bağışlamaları da kapsayıp kapsamadığı bilinmemektedir. LIEBS, *Schenkung*, s. 1023. Roma hukukunda vergilendirme konusunda ayrıca bkz. SOMER, P./GÖNENÇ, F. İ., *Roma Hukukunda Vergi Toplama Şirketleri (Societas Publicanorum veya Societas Vectigalis)*, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 717-730.

<sup>53</sup> RÜGER, s. 32.

veya ölüme bağlı tasarrufların düzenlenmesine ilişkin alışlagelmiş yasal muamelelerin gerekli olmadığına hükmedilmiştir<sup>54</sup>.

*I.2.7.1: . . nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam optinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quomadmmodum eam nostra formavit constitutio...*

“...Filhakika hukuk âlimleri, her ikisinin vasıfları birbirine karışmış olmaları sebebiyle, ölüme bağlı bağışların hibe mi yoksa muayyen mal vasiyeti mi telakki edilmeleri icap ettiği hususunda tereddüt halinde bulunup, bunları bazen o, bazen bu nev’e ithal ettiklerinden, çıkardığımız bir emirname ile, bu nevi bağışları hemen tamamen muayyen mal vasiyetleri arasında saydık ve emirnamemizin gösterdiği şekle uymaları gerektiğini tensip ettik...”

*Nov.87 pr.: <Praefatio> Curialium malignitates nullam valere adferre laesionem fisco, sed resistere legem talibus voluntatibus omni volumus modo. <Cognovimus enim quia, quoniam interdiximus curialibus donationum modum> non concedentes eis rem immobilem donare neque in testamento derelinquere plus quam trium unciarum, sed novem, uncias omnino curiae servare, illi circumvenientes legem adinvenerunt huiusmodi aliquas malignitates contra legem. Scientes autem, quod nos invenientes veteres legislatores dubitantes de mortis causa donatione, quando donatio aut legatum est, et alios quidem adnumerantes eam donationi alios vero legato, a pluribus et bonis legislatoribus elegentes legatum eam esse pure definivimus et neque gestis monumentorum indigere, sed licentiam habere fieri eam et inseri ei et aliquas condiciones quas donator voluerit, et si hoc actum fuerit, licentiam habere renuntiare et hoc ipsum posse per paenitentiam huiusmodi donationem revocare et quas voluerit condiciones inserere mortis causa donationibus, secundum quod Iulianus sapientissimus sancivit, hoc quod nos in tricesimo octavo libro nostrorum digestorum scripsimus (omnia enim*

---

<sup>54</sup> Bir diğer ifade ile, bu emirname ile getirilen düzenleme neticesinde, *donatio mortis causa*’nın geçerli olarak kurulduğundan söz edilebilmesi için *donatio inter vivos* için öngörülen şekil kurallarına riayet edilmesinin yeterli olacağı öngörülmüştür. Yazara gore, bu yasal düzenleme ile, bütün ölüme bağlı bağışlamalar için geçerli genel bir şekil kuralının öngörüldüğünün kabulü yerinde değildir. LEE, s. 149

*comprehendimus): hoc igitur scientes aestimavimus oportere et secundum hunc modum fieri aliquas mortis causa donationes et inseri placitum secundum legem tollendi eis facultatem super donationem paenitentiam revocandi, aliam autem condicionem quae eis placet addi istis donationibus, ut exinde his liceat facere donationes revocatione liberas et ita suas imminuere facultates.*

Rüger’e göre, *Iustinianus* döneminde, kaynaklarda yapılan *interpolatio*<sup>55</sup> çalışmaları nedeniyle, *donatio mortis causa* ile ilgili klasik hukuk dönemi kaynakları değişikliğe uğramıştır. Bu durumun ortaya çıkmasına kadar *Iustinianus* tarafından ileri sürülen gerekçenin ve bu gerekçeye dayanmak suretiyle yapılan düzenlemenin yerinde olduğu kabul edilirken, ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin olarak yapılan *interpolatio* çalışmalarının ortaya çıkmasından sonraki dönemde yazılan eserlerde, *Iustinianus*’un, *donatio mortis causa*’yı muayyen mal vasiyeti ile aynı kurallara tâbi tuttuğu düzenlemeyi, bilimsel anlamda klasik dönem hukukçularına dayandırabilmek amacıyla *donatio mortis causa*’nın hukukî niteliğine ilişkin klasik dönem hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı olduğu hususunu ortaya attığı ileri sürülmüştür. Ancak klasik hukuk döneminde, hukukçular arasında ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin tartışmaların göz ardı edilmesine imkân verecek inandırıcı deliller de mevcut değildir. Bu konuya ilişkin olarak tartışmasız kabul edilebilecek olan nokta, ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin olarak *Iustinianus* tarafından sözü edilen tartışmaların, ilk olarak imparator *Constantinus* tarafından yayınlanan reform niteliğindeki emirnameler<sup>56</sup> ile güçlendirilmiştir. Her ne kadar bu kanunlar, muamelelerin tâbi oldukları geçerlilik şekline ilişkin olarak içerdikleri geniş kapsamlı kurallar ile hukuk güvenliğini sağlama amacına yönelmiş olsalar da, bu

<sup>55</sup> *Corpus Iuris Civilis*’in büyük kısmı eski devirlerin hukuk malzemesinden meydana gelmiştir. *Digesta*’da bir araya toplanmış olan klasik hukukçuların eserleri, milâttan sonraki ilk üç asra, yani *Iustinianus* devrinden asgarî üç hatta dört beş yüz yıl önceki devirlere aittir. *Iustinianus*’un *Codex*’inde bulunan imparator emirnameleri de *Iustinianus*’tan uzun zaman önce hükümdarlık etmiş imparatorlara aittir. Bu nedenle *Corpus Iuris Civilis*’de bir araya getirilen metinler, zamanın hukukuna, çok değişmiş olan siyasi, ekonomik, sosyal, dinî ve kültürel şartlara uydurulmuştur. Böylece bize kadar *Digesta* ve *Codex* vasıtasıyla gelen hukuk, asıl eski devirlerin klasik hukuku olmayıp, değiştirilmiş, düzeltilmiş ve Bizans devrinin ihtiyaçlarına uydurulmuş bir klasik hukuktur. Kompilatörler (derleyiciler) tarafından eski metinler üzerinde yapılan bu gibi değişikliklere “*interpolatio*” denilmektedir. Bu *interpolatio*’ların sayısı çok fazla olup metinlerde de işaret edilmediklerinden bunların büyük bir emniyetle tesbit ve tayini güçtür. Bugün özellikle İtalya ve Almanya’da Romanist ilmin gayelerinden biri de Bizans hukuk kültürünün ürünü olan *interpolatio*’ları bulmak, klasik metinlerden bunları çıkarmak ve Roma’nın dehasının ve yaratıcı kuvvetinin zirveye ulaştığı noktayı temsil eden klasik Roma hukukunun özünü ortaya çıkarmaktır. Bu araştırmalara ise *interpolatio* tetkikleri denilmektedir. SCHWARZ, s. 36-37.

<sup>56</sup> *Fr. Vat.*249; *C.53.25*; *C. Th.* 812.1

emirnamelerin içerdikleri düzenlemenin yürürlük alanının ne olacağı hususu uygulamada birçok problemi beraberinde getirmiştir. *Constantinus* tarafından şekle ilişkin olarak getirilen bu düzenleme, *Iustinianus* tarafından açık bir şekilde ortadan kaldırılmıştır. Diğer taraftan *Marcellus*'un, *D.39.6.38* de belirttiği üzere, muayyen mal vasiyeti ile ölüme bağlı bağışlama muameleleri arasındaki yapısal farklılıklar elbette klasik dönem hukukçuları tarafından da bilinmekteydi<sup>57</sup>.

Simonius'a göre, Roma hukuku metinleri üzerinde çalışan hukukçular, ikna edici deliller ortaya koymak suretiyle, klasik hukuk döneminde ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliği üzerinde bu tarz bir tartışmanın var olmadığını ileri sürmektedirler. Bu hukukçulara göre, bu iki muamele arasında mevcut olan belirgin farklılıklara rağmen, klasik dönem hukukçularının, *donatio mortis causa* muamelesini, *I.2.7.1* ve *Nov. 87*'de belirtildiği gibi, muayyen mal vasiyetine genel olarak eşitlemiş oldukları inandırıcı değildir. Örneğin, bozucu şarta bağlı olarak yapılan ve bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal bağışlanana nakledildiği ölüme bağlı bağışlama muamelesi, bu anlamda, vasiyetten (*testamentum*) ve mirasçı atanmasından tamamen farklıdır<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> RÜGER, s. 33-34.

<sup>58</sup> SIMONIUS, s. 3. Mirasçı nasbının ikincil (talî) şartlara bağlanması mümkün olmakla birlikte, başlangıç vadesi, sona erdirici vade ve bozucu şartın söz konusu olduğu hallerde, bunlar konmamış addedilirdi. Aynı şekilde, mirasçı nasbını yok eden, imkânsız ve ahlâka aykırı şartlar da vasiyetnamenin muhafaza edilebilmesi için (*favor testamenti*) vasiyetnameden çıkarılırdı. Bu nedenle, murisin, dul karısını mirasçı nasbetmesi ve onun tekrar evlenmesi halinde mirasın başka bir kişiye geçmesini istemesi halinde, bu şart konmamış addedilirdi. Bu durumu, “*semel heres semper heres*- bir kere mirasçı olan mirasçı kalmalıdır” hükmü ifade eder. Ancak bu şekli kural, pratik bakımdan *fideicommissum* ile etkisiz hale getirilebilmiştir. KOSCHAKER/AYİTER, s. 373. *Sabinianus* ve *Proculianus* Mekteplerinin üzerinde uyuştukları hususlardan biri, sağlar arasında (*inter vivos*) yapılan bir muameleye eklenmiş olan imkânsız bir şartın, muameleyi hükümsüz hale getireceğidir. Bu kural, ilk olarak *stipulatio* için öngörülmüş ve sonradan, bütün sağlar arası muameleleri kapsamıştır. Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, kanuna, imparator emirnamelerine ve ahlâk kurallarına aykırı olan veya doğanın kanunu gereği insan gücüyle yerine getirilmesi mümkün olmayan şartlar imkânsız addedilmiştir. *Iustinianus* döneminde de, sağlar arasında yapılan bir muameleye eklenen şartın, imkânsız, hukuka aykırı veya ahlâk dışı olması halinde, muamelenin geçersiz hale geleceği kabul edilmek suretiyle, klasik hukuk döneminde geçerli olan bu kuralın varlığını koruması sağlanmıştır. Bu kuralın kabul edilmesinin temelinde, imkânsız, ahlâka veya hukuka aykırı bir şartı muameleye ekleyen tarafların, aslında ciddi anlamda bu muameleyi kurmak istemedikleri yönündeki varsayım yatmaktadır. *Marcianus* tarafından belirtildiği üzere, muamele kurulduğu sırada eklenen imkânsız bir şartın, ifa sırasında imkân dâhilinde olması halinde, taraflar, aslında asla tarafı olmak istemedikleri bir akdi ifaya zorlanmış olurlardı (*D.44.7.31*). Bu nedenle, yapıldığı sırada geçersiz olan bir muamelenin, değişen şartlar sebebiyle sonradan geçerlilik kazanabileceği kabul edilmemekteydi. (*D.45.1.137.6*). *Marcianus*'un açıklaması, muameleye eklenen imkânsız şartlar açısından mantıklı olmakla birlikte, bu açıklama, kanuna aykırı veya ahlâk dışı şartlar açısından tatmin edici değildir. Muamele kurulduğu esnada, doğanın kanunu gereği veya fiziksel olarak yerine getirilmesi imkânsız olan bir şartın, muamelenin ifası esnasında da imkânsızlığını sürdürmesi akla uygun olduğundan, bu nitelikte bir şartın söz konusu olduğu hallerde, bunu bilen tarafların, aslında ciddi anlamda bu muameleyi kurmak istemedikleri varsayılabilir. Ancak muameleye eklenen şartın kanuna veya ahlâka

Ölüme bağlı bağışlama ile muayyen mal vasiyetinin birbirine eşit tutulması, aslında, *Iustinianus*'un hukuku basitleştirmeye (kolaylaştırmaya) yönelik çabalarına uymaktadır. Özellikle klasik hukuk dönemine ait metinlerde, hukukçular arasında bu konuya ilişkin bir tartışmayı ortaya koyan herhangi bir emareye de rastlanmamaktadır. Klasik dönem hukukçuları arasında bu nitelikte bir tartışmanın varlığına sürekli atıfta bulunan *Iustinianus*, klasik hukukçular tarafından bu konuda yapılan değerlendirmeleri görmezden gelerek, ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin kararını desteklemek üzere yakaladığı bu muazzam fırsattan kendini mahrum bırakmamıştır. Bir diğer ifadeyle, *Iustinianus*, bu hususta ortaya koyduğu görüşünü desteklemek amacıyla, bu konuya ilişkin klasik hukuk metinlerini göz ardı etmiş olabilir. Zira, klasik hukuk döneminde, ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin olarak yapılmış bir tartışmanın varlığı, *Iustinianus*'a, kendisi

---

aykırı olduğu hallerde ise, aynı sonuca varılması mümkün değildir. Zira, yasallık veya ahlâka uygunluk kavramları zaman içerisinde değişiklik arz edebileceğinden muamele kurulduğu sırada kanuna veya ahlâka aykırı olan bir şart, sonradan kanuna veya ahlâka uygun hale gelebilir. *Proculianus* Mektebi, muameleye eklenen imkânsız bir şartın muameleyi tamamen geçersiz hale getireceği kuralının, gerek *inter vivos* gerekse *mortis causa* muameleler açısından geçerli olduğunu kabul etmiştir. Buna karşılık, *Sabinianus* Mektebi, böyle bir şart içeren ölüme bağlı tasarruf muamelesinin söz konusu olduğu hallerde, sağlar arasında yapılan bir muamelenin aksine, imkânsız, kanuna veya ahlâka aykırı şart sanki hiç eklenmemiş gibi muamelenin geçerliliğini sürdürdüğünü kabul etmişlerdir. Kendisi de *Sabinianus* Mektebi taraftarlarından olan *Gaius* ise, *inter vivos* ve *mortis causa* muameleler arasında yapılan bu ayırımın isabetli olmadığını ileri sürmüştür (*Gai. Inst.* 3.98). *Iustinianus*, *Sabinianus* Mektebi tarafından ortaya atılan görüşü destekleyerek yasal bir temele dayandırmıştır (*D.28.7.1*). *Iustinianus*, imkânsız şartın, mirasçı nasbında, muayyen mal vasiyetinde, *fideicommissum*'da ve azat etmelerde konulmamış farz olunacağını kabul etmiştir (*I.2.14.10*). Ancak, bu kuralın, imkânsız şart içeren bütün ölüme bağlı tasarruflar için geçerli olduğu sonucuna götüren metinler de mevcuttur (*D.35.1.3*, *D.35.1.6.1*, *D.28.5.45*). Sağlar arası bir muamelenin tarafları, muameleye ekledikleri bir şartın, muameleyi geçersiz hale getirdiğini fark ettiklerinde, gerekli değişiklikleri yapmak suretiyle, muameleyi ayakta tutabilme imkânına sahip iken, aynı imkân, ölüme bağlı tasarruflar açısından mevcut değildir. Zira, ölüme bağlı bir tasarrufun söz konusu olduğu hallerde, muamele, tasarrufta bulunanın ölümünden sonra hükümlerini doğurmaya başlayacağından, tasarruf sahibi, muameleye eklediği imkânsız şartı değiştirme fırsatına sahip olamayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, *Sabinianus* Mektebi tarafından, *inter vivos* ve *mortis causa* muameleler arasında yapılan bu ayırımın isabetli olduğu sonucuna varılabilir. Sağlar arası muameleler için geçerli olan bu kuralın, örneğin, mirasçı nasbına ilişkin olarak yapılan ve imkânsız veya hukuka aykırı bir şart içeren ölüme bağlı tasarruflar içinde geçerli olduğu kabul edilseydi, mirasçı nasbına ilişkin bu muamele, içerdiği imkânsız veya hukuka aykırı şart nedeniyle geçersiz addedileceğinden, mirasçı nasbedilen kişi, kendisi lehine yapılan bu tasarruftan yararlanamaz ve mirastan iskat edilmiş olurdu. Diğer taraftan, ölüme bağlı tasarruf muamelesinin lehdarı olan kişi, sağlar arası muamelenin tarafı olan ve muameleye eklenen imkânsız, hukuka veya ahlâka aykırı şarta kendi kusuruyla onay vererek muamelenin geçersiz hale gelmesine sebep olan kişinin aksine, mutasarrıfın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf muamelesine müdahale etme şansına sahip değildir. Bu nedenele, ölüme bağlı tasarrufun lehdarı, bu nitelikte bir şart içeren sağlar arası bir muamelenin tarafı olan kişinin karşılaştığı sert yaptırıma hak etmemektedir. Son olarak göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, Roma hukukunda geçerli olan *favor testamenti* prensibi'dir. Bu prensibe göre, kanunun katı hükümlerini göz ardı edilmesi pahasına, vasiyetçinin son arzusu himaye edilmelidir. *Impossible Conditions In Roman And Modern Law*, Law Journal Library, Tul. L. Rev., s. 433-446, Vol. 16, 1941-1942, s. 433-436.

tarafından öngörülmüş olan ve ölüme bağlı bağışlamanın, ölüme bağlı (*mortis causa*) tasarruf olarak kabul edilip muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ile aynı kurallara tâbi tutulması yönündeki düzenlemeyi, klasik dönem hukukçularının görüşü olarak ortaya koyma imkânı vermektedir. Ancak *Iustinianus*'u, bir öğreti tartışmasını etkilemeye neyin sevk ettiğine dair net bir bilgi mevcut değildir. Öğretide bu konuya ilişkin yapılmış bir tartışma, *Iustinianus*'a, bu iki hukuk kurumunu birbirine eşitlemek yönündeki kararını eski hukukçuların otoritesine dayandırma fırsatı verse de, bu konuda bilinçli olarak yanlış bir açıklama yapılmış olduğu yönünde görüş beyan edenlerin göz ardı ettikleri nokta, *Iustinianus*'un, hukukun birçok farklı alanına ilişkin esaslı değişiklikleri, hiçbir otoritenin arkasına gizlenmeksizin yapmayı göze almış olduğudur. Buna karşılık Bizans hukukçularının veya kendilerinden önce yaşamış olan klasik sonrası dönem hukukçularının yapmış oldukları yanlış değerlendirmeler neticesinde, miras hukukunun belirli hükümlerinin *donatio mortis causa* muamelesine de uygulanmasına ilişkin klasik hukuk dönemi kaynaklarında yer alan açıklamaları (tartışmaları), ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin asıl tartışma olarak addetmiş oldukları düşünülebilir<sup>59</sup>.

Simonius'a göre, *Constantinus* tarafından bağışlama muamelesinin tâbi olduğu şekil kurallarına ilişkin olarak *Fr. Vat. 249* ile getirilen düzenlemenin, *donatio mortis causa* için de uygulanabilir olup olmadığı hakkında klasik sonrası dönem hukukçuları arasında görüş ayrılıkları ve şüpheler söz konusu olmuştur. Miras hukuku alanını düzenleyen kuralların uygulama alanının devamlı olarak genişlemesi yüzünden, ölüme bağlı bağışlama, henüz *Constantinus* döneminde, bir taraftan olağan bağışlamadan uzaklaşırken diğer taraftan miras hukuku kurumlarına yaklaşmıştır. Yazara göre, *Iustinianus*'un, ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin görüş ayrılıklarına değindiği en eski metin olan *C.8.56.4*'de, söz konusu görüş ayrılıklarının, özellikle şekil kuralları bakımından ele alınmış olması, adeta klasik sonrası dönem hukukçuları arasındaki fikir çatışmalarının varlığına işaret etmektedir. Ancak, *C.8.56.4* de yer alan düzenlemenin, ölüme bağlı bağışlamanın tâbi olduğu şekle ilişkin kuralların çok daha ötesine gittiğinin göz ardı edilmemesi gerekir. *Interpolatio*'ya uğradıkları genel olarak kabul edilen ve *Iustinianus*'un emirnamesine dayanan *Digesta* metinleri<sup>60</sup> de, *donatio mortis causa*'nın, prensip olarak *legatum* ile

<sup>59</sup> SIMONIUS, s. 3-4.

<sup>60</sup> *D.39.6.17:... quia legatorum instar optinent. D.38.2.3.17:...nam mortis causa donationes vice*

eşitlendiği hususunu kanıtlamaktadır<sup>61</sup>.

Her iki kurumun şematik olarak eşit kabul edildiğini ortaya koyan tek dayanak noktası C.8.56.4 de yer alan düzenleme olmuştur. Böylece, klasik sonrası hukukçuların ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin yaptıkları tartışmalar, temelde, hukukun standartlaştırılmasını ve sadeleştirilmesini amaçlayan reform niteliğindeki değişikliklerin sebebini ve çıkış noktasını oluşturmuştur. Bu emirnamenin düzenlenmesine sebebiyet veren gelişmelerin muhtemelen *Iustinianus*'tan önce başladığı ve *donatio mortis causa*'nın tâbi olduğu şekil kuralları hakkında öğretilerde yapılan tartışmanın da bu iki hukuk kurumunu eşitlemeye yönelik çabaların bir yansıması olduğu düşünülebilir. Bu iki muamelenin *Iustinianus* tarafından getirilen düzenleme ile birbirine eşit tutulması, kullanılan mutlak ifade tarzına rağmen, çok fazla büyütülmemelidir. Zira bu düzenleme, sadece *legatum* muamelesini düzenleyen kuralların *donatio mortis causa* muamelesi için de geçerli oldukları hususuna ilişkin olup<sup>62</sup>, aslında *Iustinianus*'un hukuk politikasını ortaya koymaktadır. Şekil kuralları dışında, bu eşitleme yalnızca bir hukukî muamelenin mahiyeti gereği, normal olarak, kendiliğinden doğan unsurları (*naturalia negotii*) kapsamıştır. Buna karşılık *Iustinianus* bu düzenleme ile *donatio mortis causa*'nın yapısı gereği sahip olduğu olağan bağışlama muamelesi karakterini ve dolayısıyla sağlar arası bir işlem olması özelliğini göz ardı etmemiştir<sup>63</sup>.

*Donatio mortis causa* ile *legatum*'un birbirine eşit tutulduğu yönündeki *Iustinianus*'un hukuk politikasını yansıtan bu düzenlemeye uygun olarak, bir *Senatus Consultum* ile, ölüme bağlı bağışlamaların *leges caducariae*<sup>64</sup> ile getirilen düzenlemeye tâbi oldukları<sup>65</sup> kabul edilmiş, eski hukuk döneminde, ölüm sebebiyle

---

*legatorum funguntur. D.6.2.2: . . quia ad exemplum legatorum capiuntur. D.39.6.15: . . et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt. D.39.6.37 pr. (Ulp. libro XV ad leg. Iul. Et Pap.): Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.*

<sup>61</sup> SIMONIUS, s. 4.

<sup>62</sup> Bkz. D.39.6.37.

<sup>63</sup> SIMONIUS, s. 5.

<sup>64</sup> Dul ve boşanmış olanlar dâhil, evli olmayanların (*caelibes*), altıncı dereceye kadar hısımları veya yakın sıhrî hısımlarının yaptıkları vasiyetler hariç, miras ve muayyen mal vasiyetlerini iktisap etmeye ehil olmadıklarını ve cinsiyetlerine göre 20-35 yaşını geçmiş, 50-60 yaşını bulmamış çocuksuz eşin, adı geçen hısımlardan olmayan kimselerin kendilerine vasiyet yoluyla bıraktıkları miktarın yarısından fazlasını iktisap edemeyecekleri yönündeki hükümleri koyan *lex Iulia de maritandis ordinibus* (MÖ 18) ve *lex Papia Poppaea* (MS 9) isimli yasal düzenlemeler. UMUR, Lügat.

<sup>65</sup> Bkz. D.39.6.35 pr.

iktisapta bulunma ehliyetine belirli bir ölçüden sonra sınırlama getiren yasal düzenlemeler (*lex Furia testamentaria* ve *lex Vocania*) ile muayyen mal vasiyetlerine ilişkin bazı kuralların ölüme bağlı bağışlamalar için de geçerli olması sağlanmış ve klasik hukuk döneminde ise imparator *Septimus Severus* tarafından yapılan yasal düzenlemede, *lex Falcidia* ile getirilen kuralların ölüme bağlı bağışlama için de geçerli olduğu kabul edilmiştir<sup>66</sup>.

Ancak, ölüme bağlı bağışlama, *Iustinianus* döneminde bile bir çok yönden muayyen

<sup>66</sup> Bkz. C.6.50.5; C.8.56.2; D.39.6.42.1. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 504-505; MACKINTOSH, s. 148-149; NICHOLAS, s.267; SHERMAN, s. 230-231; HUNTER, W. A., A Systematic And Historical Exposition of Roman Law, Translated by Cross, A., Edinburgh 1920, s. 810. XII Levha Kanunu'nda, kişinin, vasiyetname içerisinde yer alan muayyen mal vasiyetleri (*legatum*) düzenlemek suretiyle, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği kabul edilmiştir (5,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*). Böylece, Cumhuriyet devrinin sonlarında ve imparatorluk devrinde, Romalılar, vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunma serbestisinin, bir diğer ifadeyle, kişinin henüz hayattayken, ölüme bağlı tasarrufuyla kendisine mirasçı olacak kişi veya kişileri tayin etme serbestisinin, XII Levha Kanunu ile teminat altına alındığını düşünmekteydiler. LEE, s. 239; LIEBS, D., Römisches Recht, Bonn 2004, s. 137-138. Böylece vasiyetname ile tayin edilen mansup mirasçılar, mirasçı olmakta çoğu zaman hiçbir menfaatleri kalmadığı için mirası reddettiklerinden; genellikle *ab intestato* miras (kanunî miras) söz konusu olmaya başlamıştır. Bu duruma bir çözüm getirmek amacıyla, sırasıyla *lex furia testamentaria*, *lex voconia* ve *lex falcidia* isimli yasal düzenlemeler çıkarılmıştır. LEE, s. 239, Bu konuda ayrıca bkz. WATSON, A, The Law Of Succession In The Later Roman Republic, Oxford University Press 1971, s. 164. Bir diğer ifade ile M.Ö. 2. yüzyılın başlarına kadar muayyen mal vasiyetleri herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştır. Zira, Roma miras hukuku, ferdiyetçi bir karaktere sahipti. Romalıların nezdinde, vasiyetname yoluyla tayin edilen halefiyet, kanunî mirasa kıyasla, miras hukuku alanında asıl ihtiyaç duyulan halefiyet yolydu. Rivayete göre *Cato*'nun, yaşarken pişmanlık duyduğu üç şeyden biri, vaktiyle bir gününü vasiyetname düzenlemeden geçirmiş olmasıdır. Bu rivayet, doğru veya yanlış, vasiyetname düzenlemenin Roma toplumunun hayatında, henüz M.Ö. 2. yüzyılda, ne denli olağan olduğunu ve her haysiyetli Roma vatandaşının bunu bir görev olarak addettiğini göstermesi bakımından önemlidir. SCHULZ, F., Principles Of Roman Law, Translated by Wolf M., Oxford University Press 1956, s. 156-157. Mansup mirasçının mirastan alacağı payı azaltması hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kaldırması sebebiyle muayyen mal vasiyetleri bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştu. Muayyen mal vasiyetleri ilk olarak M.Ö. 2. yüzyılda çıkarılan *lex furia testamentaria* adı verilen kanunla sınırlandırılmış ve 1000 as'ı aşan miktarda muayyen mal vasiyeti yapmak yasaklanmıştı. M.Ö. 169 yılında çıkarılan bir diğer kanun olan *lex voconia* ise, mirasçıların elde ettiğinden daha fazla miktarda muayyen mal vasiyeti yapılamayacağı hükmünü getirmiştir. Ancak bu yasal düzenlemeler ile getirilen sınırlandırmalar ile istenilen amaca ulaşılamamıştır. Zira vasiyette bulunan kişi, 1000 as'ı veya mirasçıların elde ettiği yararı aşmayan çok sayıda muayyen mal vasiyeti yapmak suretiyle mansup mirasçıların payını çok düşük seviyelere indirebiliyordu. Bu nedenle her iki kanun da yürürlükten kaldırılarak M.Ö. 40 yılında *lex Falcidia* adı verilen üçüncü bir kanun çıkarılmıştır. Mansup mirasçıları koruma amacı güden bu kanunla, terekenin net tutarının en fazla 3/4'ünün muayyen mal vasiyeti olarak bırakılabileceği hükmü getirilerek, terekenin en azından 1/4'ünün mansup mirasçılara kalması sağlanmıştır. *Lex Falcidia* ile getirilen düzenlemenin, çağdaş miras hukukumuzdaki saklı pay kavramının temelini oluşturduğu söylenebilir. Böylece, terekenin tamamı veya tamamına yakın bir kısmı muayyen mal vasiyeti yoluyla bırakılmışsa, mansup mirasçılar kendilerine düşen 1/4'lük miras payının iadesini *lex Falcidia*'ya dayanarak talep edebiliyorlardı. Önceleri sadece *legatum*'lar için uygulanan bu kanun, M.S. 73 yılında çıkarılan *Senatus Consultum Pegasianum* ile *fideicommissum*'lar için de uygulanmaya başlanmıştır. Muayyen mal vasiyeti neticesinde miras bırakılan kısım, terekenin 3/4'ünden fazla olursa, bu oranı aşan kısmın iadesi, mansup mirasçılar tarafından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilmekteydi. GÜNAL, Roma Miras Hukuku, s. 441-442; LEE, s. 239-240; SOHM, R. The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law, (Translated by Ledlie, J. C.), New Jersey 1970, s. 573.

mal vasiyetinden ayrılmaktaydı. Buna göre ölüme bağlı bağışlamanın geçerliliği bir vasiyetnemanin varlığına ve dolayısıyla mirasçı atanmasına bağlı olmadığı gibi<sup>67</sup>, bu muamele, vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından da yapılabileceği için, *patria potestas* altında bulunan ve aile reisinin rızası (*voluntate patris*) olsa bile vasiyetname düzenleyemeyen *filius familias*, aile resinin rızası ile ölüme bağlı bağışlamada bulunabilmekteydi<sup>68</sup>. Ayrıca *regula Catoniana*<sup>69</sup> ile getirilen düzenleme ölüme bağlı bağışlama için geçerli değildi<sup>70</sup>. Bu nedenle, I.2.7.1’de yer alan “*Hae mortis causa donationes ed exemplum legatorum redactae sunt per omnia: Ölüme bağlı bağışlar, her hususta muayyen mal vasiyetine benzetilmişlerdir*” yönündeki ifadenin biraz abartılı olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar ölüme bağlı bağışlama ile muayyen mal vasiyeti birçok açıdan benzer olsalar da, bu iki muamele arasında çok ciddi farklılıklar olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekir<sup>71</sup>.

Roma Hukuku kaynaklarından anlaşıldığı üzere, *donatio mortis causa* ve *donatio non mortis causa*, açık bir şekilde, bağışlama muamelesinin türleri olarak kabul edilmiştir. Bu durum, yalnızca, *Institutiones*, *Digesta* ve *Codex*’in sistematik yapılarından değil, aynı zamanda ve özellikle *Corpus Iuris Civilis*’de yer alan ve *donatio mortis causa*’yı tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde olağan bağışlama muamelesinin bir türü olarak kabul eden bir dizi metinden de anlaşılabilmektedir<sup>72</sup>. Tamamen karışık bir ifadeye sahip olan D.38.2.8.3 dışında, *Corpus Iuris Civilis*’in tamamında, *donatio mortis causa*’nın, sağlar arasında ifa edilen ya da en azından sağlar arasında düzenlenen hukukî işlemlerden farklı bir şekilde ele alındığına dair tek bir belirtiye dahi rastlanmamaktadır<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Bkz. D.39.6.25 pr.

<sup>68</sup> Bkz. D.39.6.25.1

<sup>69</sup>Yapıldığı sırada batıl olan bir muayyen mal vasiyeti, başlangıçtaki butlan sebebinin ortadan kalkması ile geçerlilik kazanamazdı. Cumhuriyet devrinin son asırlarında, muayyen mal vasiyetleri konusunda *Cato* tarafından getirilmiş ve Roma hukuku’nun son zamanlarına kadar yürürlükte kalmış olan kurala (*Regula Catoniana*) göre, vasiyetçinin vasiyetnamesini tanzim eder etmez ölmesi halinde hükümsüz kalacak olan bir muayyen mal vasiyeti, vasiyetçi ölmeden önce hükümsüzlük sebebi ortadan kalksa bile yine geçerli değildir. Bu nedenle muayyen mal vasiyeti hakkındaki ölüme bağlı tasarruf, yapıldığı anda kapsamı itibarıyla geçerli olmalıdır. Aslında mevcut olan bir sakatlığın sonradan ortadan kalkması yeterli değildir. (D.34.7). UMUR, Lügat; DI MARZO, s. 583-584; KOSCHAKER-AYİTER, s. 413; HONIG, s. 419.

<sup>70</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 257-258; BUCKLAND, Manuel, s. 151; HUNTER, s. 810-811.

<sup>71</sup> BUCKLAND, Manuel, s. 151; Aynı yönde bkz. BORKOWSKI, s. 7; LEE, s. 149.

<sup>72</sup> Bkz. C.8.53.25 pr.; Fr. Vat. 249.3-C. Th. 8.12.1 pr.; D.39.5.1 pr.; D.39.6.38; D.50.16.67.1

<sup>73</sup> SIMONIUS, s. 5-6.

Klasik hukuk döneminde, *donatio inter vivos*, bir sözleşme tipi olmayıp sadece, bir malı devreden ile devralan arasında mülkiyetin nakledilmesi amacıyla yapılan teslim muamelesinin dayandığı, hukuk düzenine uygun sebep (*iusta causa traditionis*<sup>74</sup>) niteliğindeydi (*causa donandis*-bağışlama sebebi)<sup>75</sup>. Elden bağışlamanın (Realschenkung) söz konusu olduğu hallerde, temlik muamelenin yapılması ile birlikte, borç yükleyen bir taahhütten farklı olarak malın mülkiyeti derhal devredilirken (*datio: mancipatio, in iure cessio, traditio*); bağışlama taahhüdünün

<sup>74</sup> Klasik hukuk dönemi öğretisine göre, *nuda traditio* (yalnız teslim) mülkiyetin geçmesi için yeterli değildi. Bu işlemin temelinde başka bir işlemin bulunması gerekirdi (*ex iusta causa*). Şekle tâbi olmayan bir mülkiyeti devir işleminin aşamaları olarak *causa* ve *traditio* arasındaki ilişki eski dönemlerde şu şekilde anlaşılmaktaydı: Mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ve devreden husus *causa* olup, *traditio* ise yalnızca *causa*'ya dayalı olarak malların el değiştirmesi için yapılan fiili bir icradır. Bir teslimi “devir” yapan unsur, *causa*'dır, hukukî vakia ise, satım, bağış vs. olabilir. *Causa*, mülkiyetin devredilmesini sağlayan unsur iken, *traditio* sadece bunun fiili olarak icra edilmesidir. Eğer alıcı veya bağışlanan vs. malik olacaksa, eşyanın onların gerçek egemenlik alanına da girmiş olması gerekir. *Traditio* işte bu sonucu sağlamaktadır. *Causa traditionis*'lerden biri olan *causa donationis* (Gai. Inst. 2.220, I.2.1.21, I.2.6.11) halinde geçerli bir bağışın arandığı sonucu (D.41.6.1 pr.), gerek karı-koca arasındaki bağış yasağına rağmen yapılan bağışlardan gerekse aile egemenliği altındaki kişiler arasındaki geçersiz bağışlardan anlaşılmaktadır. Bağış, peşin olarak derhal ifa edilmişse, geçerli bir *causa*'nın mevcut olduğu söylenebilir. Buna karşılık, bağış vaaadinin ise, *stipulatio* şeklinde yapılmadığı sürece, borçlandırıcı bir işlem etkisi yoktur. Bunun sonucu olarak, *stipulatio* ile yapılmış bir bağış vaaadinin ifası için ne verilmişse *causa solvendi* kuralına tâbidir. OĞUZ, A., Roma Hukuku'nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*), AÜHFD, c 47, S. 1-4, Y. 1998, s. 50-51, 70; Aynı yönde bkz. SCHANBACHER, D., Zur Bedeutung Der Leistungszweckbestimmung Bei Der Übereignung Durch *Traditio* Und Beim Leistungsversprechen Durch *Stipulatio*, TR, s. 1-28, Vol. 60, 1992, s. 1 vd. *Traditio* işleminin hukukî sebebi (*iusta causa traditionis*), mülkiyetin naklini haklı gösteren sebep olarak da nitelendirilebilir. *Traditio* ile mülkiyetin devri, Roma hukukuna göre, mutlaka, mülkiyetin naklini haklı gösteren, başka bir deyişle, hukuka uygun gösteren bir sebebe dayandırılmalıydı. Roma hukukunda mülkiyetin naklini haklı gösteren belli başlı hukukî sebeplerin *causa novandi* (yenileme sebebi), *causa donandi* (bağışlama sebebi), *causa credendi* (alacak sebebi), *causa dotis dandae* (cihaz sebebi), *causa fiduciae* (inançlı işleme ilişkin sebep) ve *causa solvendi* (ifa sebebi) olarak belirlenmesi mümkündür. GÜNAL, A. N., Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006, s. 29-30. Malikin *traditio* ile mülkiyetin devren iktisabını sağlayabilmesi için mülkiyetin devrini hukuka uygun hale getirecek bir hukukî sebebin varlığı (*iusta causa traditionis*-teslimin hukukî sebebi) aranır. Kaynaklarda yer alan, “sırf *traditio* mülkiyeti geçirmez” ifadesi, sebepsiz teslim olmaz anlamına gelir. Bu durumda, teslimin geçerliliği için hukukî sebebin (*iusta causa*) de geçerli olmasının gerekli olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. *Iusta causa*'nın teslim muamelesi ile bir arada, aynı anda mevcut olması gerekir. Yani, teslim edenle teslim alan arasında bir hukukî ilişki tesis etmek üzere *traditio* yapılıyorsa, teslim sırasında tamamlanan muamele *iusta causa traditionis*'tir. Örneğin taraflar, *res nec mancipi* niteliğindeki mallarını mübadele etmek üzere bir trampa yapsalar, malların mülkiyetlerinin karşılıklı olarak taraflara intikalini haklı gösteren *traditio*'nun *iusta causa*'sı, her iki *traditio* ile birlikte yapılmış olan trampa (*permutatio*) muamelesidir. Buna karşılık, bir teslimi zorunlu kılacak şekilde tesis edilmiş borç ilişkisi, *iusta causa* değildir. Böyle bir durumda mülkiyetin intikalini haklı gösteren sebep, bir *causa solutionis* (ifa sebebi) yani borcu yerine getirmek mecburiyetidir. Bu durumda ifaya sebep olan borç ilişkisi, örneğin alım satım akdi (*emptio venditio*), herhangi bir sebeple batıl olsa bile ifa geçerli olacak ve verilen malın mülkiyeti alıcıya intikal edecektir. Ancak iktisap, sebepsiz bir iktisap olacağından, verilen malın iadesi için şahsî bir dava olan sebepsiz iktisap davası açılacaktır. Çünkü buradaki *iusta causa traditionis* (teslimin hukukî sebebi), alıcı ve satıcının birbirlerine karşı yükledikleri borçların ifası sebebi (*causa solutionis*) olacaktır. Aynı anda meydana gelen muameleler, alım satım sebebiyle teslim değil, ifa (*solutio*) sebebiyle teslimdir. UMUR, Ders Notları, s. 444-445.

<sup>75</sup> KASER, RPR I, s. 602; SIMONIUS, s. 198 vd.; HONSELL, s.162

(Versprechensschenkung) söz konusu olduğu hallerde ise, taraflar arasında genellikle *stipulatio* akdi yapılmak suretiyle şahsî bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Bu temel prensip, *donatio mortis causa* için de geçerlidir<sup>76</sup>. Zaman içerisinde, *donatio mortis causa*'nın *legatum*'a benzetilmesi yönünde gittikçe artan bir eğilim söz konusu olsa da, ölüme bağlı bağışlama, yapısal olarak, sağlar arası bir işlem olarak ortaya çıkmış ve varlığını bu şekilde devam ettirmiştir<sup>77</sup>. Sağlar arasında kurulan olağan bağışlama muamelesi (*donatio inter vivos*) ile *donatio mortis causa* arasındaki tek fark, ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmak suretiyle bağışlayanın ulaşmak istediği amaçtır. Zira, bağışlama konusu malın yazgısının ne olacağı, ancak bağışlayanın ölümünden sonra netlik kazanacaktır<sup>78</sup>. *Donatio mortis causa*, bağışlayanın ulaşmak istediği amaç sebebiyle şarta bağlı olarak yapılırken, sağlar arası bir bağışlama muamelesi olarak kalmaya devam ettiğinden ölüme bağlı bir tasarruf olarak nitelendirilemez<sup>79</sup>. Ölüme bağlı bağışlamanın, miras hukuku kurumlarından *legatum*'a genel olarak eşitlendiğine ilişkin bir bilgiye rastlanamaması sebebiyle, klasik hukuk döneminde, ölüme bağlı bağışlamanın, sağlar arası bir işlem olan olağan bağışlamanın bir türü olduğu hususunda hiçbir şüpheye yer olmadığı söylenebilir. Ölüme bağlı bağışlama

<sup>76</sup> HONSELL, s. 162; SIMONIUS, s. 203. *Stipulatio*, sebebe bağlı (illî) veya soyut (mücerret-sebebe belirtilmeden) yapılabilirdi. Sebebin gösterilmemiş olması, sebebin bulunmadığı anlamına gelmezdi. Örneğin *stipulatio* yapılırken sebep gösterilmemekle birlikte, taahhütte bulunan kimse, bağışlamada bulunmak amacıyla bir malın mülkiyetini nakletmeyi vaad ediyorsa, bağışlama sebebinin (*causa donandi*) varlığından söz edilir. Bir diğer ifade ile, *stipulatio*'nun sebebi olmasına rağmen bu sebep akdin içeriğinden çıkarılmadığından, *stipulatio*'nun soyut olduğundan söz edilir. Bu gibi hallerde alacaklı, alacağını talep ettiğinde, sebebin ne olduğunu ispat etmek mecburiyetinde olmayıp sadece akdin yapılmış olduğunu ispat etmesi yeterliydi. Ancak *Iustinianus*, soyut muamelenin sağladığı faydaları ortadan kaldıracak şekilde, *stipulatio* soyut olsa bile, alacaklının sebebi ispat etmek zorunda olduğunu kabul etmişti. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 130. *Lex Cincia* ile getirilen sınırın üstünde bağışlama taahhüdünde bulunan kimsenin, bu taahhüdün yerine getirilmesi veya malın teslimi için dava açan alacaklıya karşı, *exceptio legis cinciae*'ye dayanarak vaadettiğini ifa etmekten kaçınabilmesi için, *stipulatio* aracılığıyla yapılan bağışlama taahhüdünde, *causa donationis*'den söz edilmiş olması, yani *stipulatio*'nun sebebe bağlı olması gerektiği, fakat, *stipulatio*'da, *causa donationis*'den söz edilmemiş olması halinde, davalının, *exceptio legis cinciae*'ye dayanamayacağı ve sadece, *exceptio in factum concepta*'ya sahip olduğu yönünde ileri sürülen görüş isabetli değildir. Bağışlama taahhüdünün söz konusu olduğu hallerde, bağışa getirilen yasaklar açısından, soyut (abstrakter) ve sebebe bağlı (titulierter) *stipulatio* arasında bir fark gözetilmemekteydi. Özellikle *Fr. Vat. 310* da sözü edilen *exceptio in factum*, muhtemelen, soyut bir bağışlama taahhüdünü geçersiz kılmak için değil, aksine, tarafların gerçek iradesi bağışlama muamelesi yapmak iken, bu muamelenin dış dünyaya örneğin alım-satım gibi yansıtılarak *lex Cincia* ile getirilen sınırlamadan kaçınılmasını, bir diğer ifade ile kanuna karşı hile yapılmasını (*in fraudem legis*) engelleyebilmek için öngörülmüştür. *Praetor*, taahhütte bulunan davalıya *exceptio in factum* tanımak suretiyle, kanunu dolanmak amacıyla yapılmış böyle bir muameleye dayanarak kendisine taahhüt edilen edimin ifasını talep eden davacıyı cezalandırmak istemiştir. Bu nedenle, *exceptio in factum*, aslında, *lex Cincia* ile getirilen düzenlemenin ihlâlini önlemek amacıyla değil, taraflar arasında muavazaalı işlemlerin (Umgehungsgeſchäft-Nisbi Muvazaa) yapılmasını engellemek amacıyla öngörülmüştür. WACKE, A., *Zur Causa Der Stipulation*, TR, 231-261, Vol. 72, 1972 Tübingen, s. 253-261.

<sup>77</sup> SCHULZ, Classical, s. 332.

<sup>78</sup> COHEN, s. 8

<sup>79</sup> HARDER, M., *Zuwendungen Unter Lebenden Auf Den Todesfall*, Berlin 1968, s. 56.

muamelesinin olağan bağışlama muamelesi niteliğine sahip olduğu, bir taraftan, sağlar arasında kurulan hukukî muamelelere verilen isimden diğer taraftan da kaynakların aksi yönde bir düzenlemeyi içermemesinden anlaşılmaktadır. *Fr. Vat. 249.3 (C. Th.8.12.1.pr. / C.8.53.25)* ve *D.39.6.38* bu görüşü destekleyecek nitelikte olan en önemli iki metindir<sup>80</sup>.

*Fr. Vat. 249.3 (C. Th.8.12.1.pr. / C.8.53.25 pr.) (Const. Et Lic. anno 316): Itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata...*

Metinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlama, hangi şekilde yapılırsa yapılsın (elden bağışlama, ölüme bağlı bağışlama, şarta veya vadeye bağlı olarak yapılan bağışlama veya hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla tarafların iradesine göre başka herhangi bir şekilde yapılan bağışlama) aynı kurallara tâbidir. Buna göre; bağışlama sözleşmesinin içerdiği hükümler hukuk düzenine uygun değilse, bu hükümler geçersiz olacağı gibi, bağışlama, bağışlayanın kendisi veya sözleşme yapıldığı sırada hazır bulunan ve bunu yapmaya yetkili bir kimse tarafından bir levha veya başka herhangi bir madde üzerine yazılı olarak yapılmalı ve bu belgede bağışlayanın adı ve bağışlamaya konu olan mal belirtilmiş olmalıdır. Hazırlanmış olan bu belge hâkimin veya *magistra*'nın huzurunda tescil edilmelidir. Bu metinde, olağan bağışlama ile şarta bağlı bağışlamanın yanında ölüme bağlı bağışlamadan söz edilmesi, bağışlamanın değişik türleri arasında bir ilişki kurulduğunu açıkça ortaya koymaktadır<sup>81</sup>. *Donatio mortis causa*'nın sağlar arası bir işlem olduğu hususu, *D.39.6.38*'de yer alan düzenlemeden de açıkça anlaşılmaktadır:

*D.39.6.38 (Marcellus libro I ad. Leg. Iul. Et Pap.): Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: Nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama ile bir malın ölüm sebebiyle

<sup>80</sup> SIMONIUS, s. 6-7; Aynı yönde bkz. KASER, RPR I, s. 763.

<sup>81</sup> SIMONIUS, s. 7

iktisap edildiği diğer haller birbirinden farklıdır. Ölüme bağlı bağışlama, sağlar arasında yapılırken ölüm sebebiyle iktisap olarak nitelendirilebilecek diğer haller ise bağışlama muamelesinin hukukî yapısına uygun düşmeyen hallerdir.

Metinde geçen “*praesens praesenti*” ifadesi aslında “mekan” ve “zaman” olmak üzere iki anlama gelecek şekilde kullanılabilir. Ancak *Fr. Vat. 282* ve *D.39.5.10.13* de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, bağışlama muamelesinin kurulması tarafların bizzat hazır bulunmasını gerektirmediğinden, bu metinde belirtilmek istenen hususun eşzamanlılık olduğu ve buna bağlı olarak bu ifadenin, ölüme bağlı bağışlamanın “sağlar arasında-*inter vivos*” yapılan bir işlem olduğunu belirtmek amacıyla kullanıldığı söylenebilir<sup>82</sup>. *I.2.7.1*’de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, *Iustinianus* da, *donatio mortis causa* ile *legatum*’u yapısal olarak eşitlememiştir. Ayrıca, miras sözleşmesi kurumu Roma hukukunda mevcut olmadığından, *donatio mortis causa*, akdî yapısı sebebiyle, daima tek taraflı hukukî muamele niteliğinde olan vasiyetname yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarruflardan ayrılmıştır<sup>83</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, gerek olağan bağışlamada gerekse ölüme bağlı bağışlamada tarafların iradelerinin uyuşması, yani bağışlananın kendisine yapılan bu ivazsız kazandırmayı kabul etmesi gerektiğidir<sup>84</sup>. Ayrıca *C.8.53.25 pr.*’da yer alan düzenlemeye göre, ölüme bağlı bağışlama, olağan bağışlamanın tâbi olduğu şekil kurallarına tâbi olmakla birlikte, *C.8.56.4*’de belirtildiği üzere, *Iustinianus*, 500 altını aşan ölüme bağlı bağışlamaların, *insinuatio* yapılmasına gerek olmaksızın beş şahit huzurunda yapılmasının yeterli olduğunu hükme bağlamıştır<sup>85</sup>. Sonuç olarak ölüme bağlı bağışlama, kendine özgü bir yapısı olmakla birlikte olağan bağışlama niteliğinde olup, kaynaklarda hem ölüme bağlı

<sup>82</sup> SIMONIUS, s. 7; HARDER, s. 57; THOMAS, J. D., Some Aspects Of The Law Of Donation, Law Journal Library, Acta Juridica, 1965/1966, s. 174.

<sup>83</sup> HARDER, s. 57. Roma hukukunda vasiyet, kişinin son iradesini ortaya koyan, şekle tâbi, tek taraflı bir hukukî muamele olarak kabul ediliyordu. Roma hukuku, Cermen hukukunda ortaya çıkıp, modern hukuk sistemleri tarafından da kabul edilen ve bir akit niteliğinde olan miras sözleşmesini tanıımıyordu. DI MARZO, s. 504-505; KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD, c. 45, S. 1-4 Y. 1996, s. 507. *Testamentum* (vasiyetname), ölümden sonra geçerli olacak şekilde iradenin şeklen tesbit edilmiş ifadesi olup, şekle bağlı ve tek taraflı yani tek bir kişinin iradesiyle sonuç doğuran bir hukukî muameledir. Vasiyetname ölüme bağlı olduğundan, ölüm anına kadar değiştirilebilirdi. TAMER, D., Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 86-87.

<sup>84</sup> Bağışlanan, bağışlamayı kabul ettiği yönündeki iradesini, bağışlayanın ölümünden önce dış dünyaya yansıtmalıdır. THOMAS, s. 174.

<sup>85</sup> DROPSIE, s. 178; BORKOWSKI, s. 6.

bağışlama hem de olağan bağışlama aynı şekilde isimlendirilmiştir:

*I. 2.7 pr.: Est etiam aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa.*

“İktisabın başka bir nev’i vardır ki bu da bağışlama, hibe (*donatio*)’dır. Hibe iki türlü olur: ölüme sebebiyle yapılan, ölüm sebebiyle yapılmayan (*mortis causa et non mortis causa*).”

*D.50.16.67.1(Ulpianus libro 76 ad Ed.): "Donationis" verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa sive non mortis causa fuerit.*

Metinde yer alan *donatio* ifadesi hem ölüme bağlı olarak yapılan bağışlama sözleşmelerini hem de olağan bağışlama sözleşmelerini karşılamaktadır. *Ulpianus*’un ifadelerinden açıkça anlaşıldığı üzere, *donatio mortis causa*, ölüme bağlı bir tasarruf muamelesi değildir. Aksine, bu muamele olağan bağışlamanın bir türü olup sağlar arası bir işlem niteliğindedir. Diğer taraftan *Marcellus*, *D.39.6.38*’de yer alan düzenleme ile *donatio mortis causa*’nın, *mortis causa capiones*<sup>86</sup> olarak gruplandırılan muamelelerden biri olduğu hususunu açık bir şekilde ortaya koymuştur<sup>87</sup>.

*D.50.16.67.1* ve *D.39.6.38*’de ifade edildiği üzere, *donatio mortis causa*’nın bir taraftan bağışlama muamelesi ile diğer taraftan *mortis causa capiones* olarak isimlendirilen ve “bir şeyin ölüm sebebiyle iktisap edildiği haller” başlığı altında bir araya getirilebilecek muameleler ile ilgili olduğunun; bir diğer ifade ile her iki gruba da dâhil olduğunun kabul edilmesi, 2000 yıldan beri bu hukuk kurumuna bağlı olarak ortaya çıkan tartışmaların kaynağını oluşturmaktadır. Ölüme bağlı bağışlamanın akdî yapısı göz önünde bulundurulduğunda, bu muamelenin gerçek anlamda bir bağışlama muamelesi olduğu ve şarta bağlı olarak (*mortis causa*) yapılmasının, sağlar arası bağışlama ile ölüme bağlı bağışlama arasındaki tek fark olduğu sonucuna

<sup>86</sup> *Mortis causa capiones*; Ölüme sebebiyle küllî ve cüz’î halefiyet yolları olarak ayrıca düzenlenmiş olan *hereditas*, *legatum* ve *fideicommissum* haricinde (*D.39.6.31 pr.*), bir kimsenin ölümü sebebiyle iktisapta bulunulan diğer bütün hallere genel olarak verilen isim (*D.39.6; C.8.56*). BERGER, s. 380.

<sup>87</sup> RÜGER, s. 24.

varılırken; ölüme bağlı bağışlamanın, bağışlayanın ölümü üzerine ifa edilen temlikli bir muamele olması şeklindeki kendine özgü yapısı dikkate alındığında ise, bu muamelenin bir ölüme bağlı tasarruf muamelesi olduğu sonucuna varılır. Ölüme bağlı bağışlama, sağlar arasında yapılan bir işlem olarak, eşler arasındaki bağışlamalara getirilen yasaklar açısından önemli bir yere sahip iken<sup>88</sup>; ölüme bağlı tasarruflar arasında görülmesi bakımından ise, muayyen mal vasiyetinin (*legatum*) işlevini yerine getiren bir işlem niteliğine bürünmekteydi. Bu açıdan bakıldığında, *donatio mortis causa*'nın miras hukuku ile ilgili sınırlamaları veya koruyucu hükümleri düzenleyen yasaların (özellikle *lex Iulia et Papia* ve *lex Falcidia*) uygulanmasına sebebiyet vermesi önem arz etmektedir<sup>89</sup>.

Klasik hukuk döneminde, ölüme bağlı bağışlamanın bir bağışlama olarak görüldüğü kesin olmakla birlikte, ölüme bağlı bağışlama (*donatio mortis causa*) ile olağan bağışlama (*donatio non mortis causa*) arasında belirgin bir ayırım yapıldığı hususu da kesindir. Olağan bağışlama ile ölüme bağlı bağışlamanın karşılaştırıldığı metinlerde, olağan bağışlamanın birçok farklı terim ile ifade edildiği görülmektedir<sup>90</sup>. Bu noktada, sağlar arası bağışlama ile ölüme bağlı bağışlamanın karşılaştırılması

---

<sup>88</sup> Eşler arasındaki bağış (*donatio inter virum et uxorem*) yasağı, M.Ö. 1. yüzyıldan itibaren geçerli olan bir uygulamaydı. *Donatio mortis causa*'nın eşler arasındaki bağış yasağı açısından taşıdığı önem, eşlere, bu bağış yasağına rağmen, henüz hayattayken bu tarz tasarruflarda bulunabilme imkânı sunmasıydı. Zira eşler, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı bağışlama muamelesi yapmak suretiyle bu yasağı dolanabilmekteydiler. Bu durumda, muamelenin hükümleri bağışlayanın ölümünden sonra doğduğundan evlilik birliğinin varlığından söz edilememekteydi. M.S. 206 yılında çıkarılan bir senatus kararı ile (*Oratio Severi*), eşler arasındaki bağış yasağı önemli ölçüde yumuşatılmıştır. Bu *senatus* kararına göre, bağışlayan bağışlanandan önce öldüğü ve sağ iken bağışlamadan rücu etmek için bir faaliyette bulunmadığı takdirde, bağışlama muamelesi mirasçılar tarafından iptal edilememekteydi. Böylece eşler arasında yapılan ve geçersiz olduğu kabul edilen sağlar arası (*inter vivos*) bağışlamaların, bağışlayanın ölümü üzerine geçerlilik kazanacağı kabul edilmiştir. Bu *senatus* kararı ile getirilen düzenleme, eşler arasında yapılan ölüme bağlı bağışlamaları (*donatio mortis causa inter virum et uxorem*) da etkilemiştir. Zira bu düzenleme, geciktirici şarta bağlı *donatio mortis causa* ile düzenlendiği anda geçersiz olan ve ancak bağışlayan eşin ölümü üzerine geçerlilik kazanan *donatio inter vivos* arasındaki farkı büyük ölçüde kaldırmıştır. Ancak, bu düzenlemeden sonra bile, önemli bir fark varlığını korumaya devam etmiştir. Zira, bu *senatus* kararından sonra, eşler arasında yapılan geçersiz bir bağışlama, *ex-nunc* olarak, yani şartın gerçekleştiği andan itibaren hükümlerini doğururken, klasik hukukçulara göre, eşler arasında *donatio mortis causa* muamelesi yapıldığı takdirde, bu bağış yasağının etkileri pratik olarak daha fazla azaltılabilmıştır. Çünkü, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı olarak yapılan bağışlama muamelesinin, belirli hallerde (D.24.1.11.9, D.24.1.20, D.39.6.40), muamelenin kurulduğu andan itibaren hükümlerini doğurmasına, bir diğer ifadeyle muamelenin hükümlerinin geçmişi yürütmesine cevaz verilmiştir. RÜGER, s. 149-150.

<sup>89</sup> RÜGER, s. 25-26

<sup>90</sup> *Donatio non mortis causa* (Fr. Vat. 259, D.5.2.25 pr., D.38.2.3.18, D.39.5.7.6, D.50.16.67.1, I.2.7.pr.), *Donatio absoluta, vera et absoluta* (D.39.6.42.1, D.39.6.35.2), *Donatio directa* (Fr. Vat. 249.3, C. Th. 8.12.1 pr., C.8.53.25 pr.), *Donatio inter vivos* (D.5.2.25 pr., D.39.6.27, I.2.7.2, I.2.18.6, C.3.28.35.2). SIMONIUS, s. 7-8.

önem kazanmaktadır. Ölüme bağlı bağışlama da sağlar arasında kurulan bir işlem olduğu için iki işlem arasındaki farklılık, bunların yapısı ile ilgili olmayıp temliki muamele ile ulaşılmak istenen farklı amaçlarda kendini göstermektedir. Bir diğer ifadeyle bu farklılık, her iki muamelenin hizmet ettikleri amaç ile ilgilidir. Olağan bağışlamada malvarlığının yer değiştirmesinin sağlar arasında (*inter vivos*) gerçekleştirilmesi amaçlanırken, ölüme bağlı bağışlamada ise bağışlayanın ölümünden sonrasını etkileyecek şekilde tasarrufta bulunması amaçlanmış olup, işlemin sonuçları, bağışlayanın ölümünden sonraki zaman diliminde etkisini gösterir. Başka bir deyişle, bağışlamaya konu olan malın kaderi bağışlayanın ölümünden sonra belirlenir<sup>91</sup>.

Ölüme bağlı bağışlama yapmak suretiyle ölümünden sonrasını etkileyecek şekilde tasarrufta bulunma amacının güdüldüğü, sadece bu işlemi ifade etmek için kullanılan kavram (*donatio mortis causa*) sebebiyle değil, aynı zamanda hukukî gelişim süreci içerisinde gittikçe daha fazla sayıda miras hukuku kuralının ölüme bağlı bağışlamalar için de uygulama alanı bulacağının kabul edilmesinden de anlaşılabilmektedir. Bu nedenle, ölüme bağlı bağışlama aynı zamanda hem sağlar arası bir işlem hem de ölüme bağlı tasarruf niteliklerine sahipti. Ölüme bağlı bağışlamanın iki farklı görünüşünü birlikte zikreden D.39.6.38’de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bu konuda herhangi bir çelişkidenden söz edilmemiştir. Bir hukukî işlemin “sağlar arası” ve “ölüme bağlı” işlemlerin özelliklerine aynı anda sahip olduğunun kabul edilmesi, Klasik hukuk döneminde bilinen bir uygulama değildi. Zamanla, sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunma amacına hizmet eden ve “mirasçı atanması”, “*legatum*” ve “*fideicommissum*” olarak isimlendirilen bazı kurumların gelişmesine rağmen, malvarlığı üzerinde ölümün gerçekleşmesinden sonra etki edebilme imkânı sağlayan kurumlar sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) tâbi tutulmamışlardır. Bir diğer ifadeyle bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olan herhangi bir hukukî işlemin, malvarlığını ölümün gerçekleşmesi üzerine etkileyecek şekilde kullanılması engellenmemiş ve bu anlamda ilk sırayı bağışlama muamelesi almıştır. Bu uygulama, bağışlama muamelesinin yapısında bir değişikliğe sebebiyet vermemiş ve sağlar arası işlem niteliği devam etmiştir<sup>92</sup>.

<sup>91</sup>SIMONIUS, s. 8. Bu konuda ayrıca bkz. COHEN, s. 8.

<sup>92</sup> SIMONIUS, s. 8-9. Roma hukukuna göre, son iradeyi beyan eden, şekle bağlı ve tek taraflı bir hukukî muamele olan vasiyetname (*testamentum*), ölüme bağlı olduğu için ölüm anına kadar

Ancak, sadece ölüme bağlı tasarrufla bulunma amacının izlenmesi, olağan bir bağışlama işleminin hukukî anlamda ölüme bağlı bağışlama işlemine dönüşmesi için tek başına yeterli değildi. Klasik dönem hukukçularına göre, ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilebilmesi için ölüme bağlı olarak tasarrufla bulunma amacının yanında bazı özelliklerin mevcudiyeti aranırdı. Buna göre, bağışlamanın, bir taraftan belirli bir ölüm tehdidinin varlığı göz önünde bulundurularak yapılması<sup>93</sup>, diğer taraftan da bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden ölüm tehlikesini atlatması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi ihtimalleri sebebiyle istirdat hakkını saklı tutması gerekirdi<sup>94</sup>.

---

değiştirilebilirdi. Tek taraflı bir hukukî muamele olduğu için karşı tarafın iradesinin bir önemi yoktu. Bu noktada belirtilmelidir ki Roma hukuku, Cermen hukukundan gelen ve iki taraflı bir muamele olan miras sözleşmesini tanımamaktaydı. Vasiyetnamenin başlıca fonksiyonu “mirasçı atanması” olup, vasiyetnamenin geçerliliği için şekil şartları ile birlikte, geçerli bir mirasçı nasbı da gerekliydi. *Iustinianus* hukukunda ise, mirasçı nasbı diğer tasarruflar gibi kabul edilmeye başlanmış ve mirasçı nasbı geçersiz olsa bile vasiyetnamenin diğer hükümleri geçerliliklerini korumaya devam etmişlerdir. Vasiyetnamenin içerdiği bir diğer tasarruf ise muayyen mal vasiyetleriydi. Muayyen mal vasiyeti, vasiyetçinin vasiyetname ile yaptığı ölüme bağlı bir tasarruf olup, vasiyetçi, mansup mirasçı aleyhine, mirasçı sıfatına sahip olmayan başka bir kimseye belirli mallarını iktisap ettirirdi. Mirasçı nasbı bir küllî halefiyet yolu olarak borçların da intikaline sebebiyet verdiği halde, cüz’î halefiyet olan muayyen mal vasiyeti daima kazandırıcı olup borçları intikal ettirmezdi. Roma hukukunda *legatum* ve *fideicommissum* olmak üzere iki tür muayyen mal vasiyeti mevcuttu. *XII* Levha Kanunu’ndan beri mevcut olan *legatum* ile mirasçıya bir mükellefiyet yüklenirdi. *Legatum*’ların, yapılış şekillerine göre dört türü mevcuttu. İkisi (*legatum per vindicationem* ve *legatum per praeceptionem*) vasiyetliye bir aynı hak sağlarken; diğer ikisi ise (*legatum per damnationem* ve *legatum sinendi modo*) vasiyetliye, mirasçıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı doğurmakta ve bu itibarla akit benzeri (*quasi contractus*) sayılmaktaydı. Klasik sonrası hukuk devrinde, *legatum*’un dört türü de her hangi bir şekilde yapılabilmekteydiler. *Fideicommissum*’lar ise ilk imparatorluğun başlarında ortaya çıkmış bir muayyen mal vasiyeti türü olup, terekeden, mirasçı veya vasiyetli (*honoratus*) olarak faydalanmış bir kimseye, üçüncü şahsa vermesi veya üçüncü şahıs lehine bir şey yapması hususunda, vasiyetçi tarafından ileri sürülen bir ricadan ibaretti. İlk zamanlarda bu rica hukukî bir mükellefiyet yüklediği halde, *Augustus*, nizam harici usulde (*cognitio extra ordinem*), bu tür vasiyetlerin yerine getirilmelerini sağlayabilmek için bir *fideicommissum* davası tanımış ve böylece *fideicommissum*’lar da akit benzerleri arasına giren bir borç kaynağı haline gelmiştir. Vasiyetçi, mirasçının elde ettiği miktarı aşmamak şartıyla, *fideicommissum*’un miktarını serbestçe belirleyebilirdi. Ayrıca *fideicommissum*, sözlü veya yazılı hiçbir şekle tâbi değildi. Genellikle *legatum*’dan yararlanamayan kimselere, meselâ yabancılara, bu şekilde mal vasiyet edilebilmekteydi. Diğer taraftan, *legatum* ile yükümlendirilemeyen kimseler, meselâ kanunî mirasçı veya bizzat muayyen mal vasiyetinden faydalanmış kimseler *fideicommissum* ile yükümlendirilebilmekteydi. Genellikle vasiyetnameye eklenen ayrı bir mektupla (*codicillum-codicilli*) yapılırdı. *Legatum* ile *fideicommissum* arasındaki başlıca fark, *fideicommissum*’un, *legatum*’un tâbi olduğu şekil kurallarından ve *legatum*’a getirilen sınırlandırmalardan muaf olmasıydı. Zamanla, bir taraftan *legatum*’un şekilcilikleri ortadan kalktığı, diğer taraftan da *legatum* için geçerli olan sınırlandırmalar *fideicommissum*’lara da teşmil edildiği için, *Iustinianus* hukukunda aralarında fark kalmamıştı. Vasiyetname içinde belirtilen muayyen mal vasiyetlerine *legatum*, müstakil *codicilli*’de belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise *fideicommissum* denmekteydi. UMUR, s. 176-177; UMUR, Ders Notları, s. 508-519; KOSCHAKER-AYİTER, s. 408-416; DI MARZO, s.570-592; HONIG, s. 415-423. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007.

<sup>93</sup> D.39.6.3-6; *Paulus, Sent.* 2.23.1; *Paulus, Sent.* 3.7.1

<sup>94</sup> SIMONIUS, s. 9. Bkz. D.39.6.27; D.39.6.42.1

Ancak bu unsurların varlığı halinde, bağışlama muamelesi sadece görünüş itibariyle değil hukukî açıdan da ölüme bağlı tasarruf muamelesi özelliğine sahip olurdu. İstisnaî bir durum olarak ele alınması gereken bağışlama taahhüdü ve *donatio retento usufructu* dışındaki her türlü bağışlama muamelesi, bağışlayan açısından bağışlama konusu malın kendi malvarlıksal değerleri arasından çıkması, bu malın derhal kaybı sonucunu beraberinde getirmekteydi. Bu durumda, bağışlayanın bağışlanandan önce öleceğini göz önünde bulundurarak ifa ettiği ve kendisinde bağışlanandan önce öleceği düşüncesini uyandıran ve bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikenin atlatılması halinde ifaya konu olan malı geri alabileceği şekilde yaptığı ölüme bağlı tasarruf muamelesi de bu istisnalardan biri olarak kabul edilebilir<sup>95</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama, kendine özgü bir yapısı olmakla birlikte olağan bağışlama niteliğindeydi. Ancak bağışlamanın yaşayanlar arasında (*inter vivos*) ve ölüm sebebiyle (*mortis causa*) yapılmasına bağlı olarak bazı farklar ortaya çıkmaktaydı. Ölüme bağlı bağışlama muamelesi, hükümlerini bağışlayanın ölümünden sonra doğurduğu için sağlar arası bağışlamalara ilişkin bazı kısıtlamalardan muaftı<sup>96</sup>. Buna göre:

M.Ö. 204 yılında yayımlanan ve bağışlamalara getirilen kısıtlamaların en eskisi olan *lex Cincia de donis et muneribus* (hibelere ve hediyeleşmelere müteallik kanun)<sup>97</sup> miktarını

---

<sup>95</sup> SIMONIUS, s. 9

<sup>96</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 257; BORKOWSKI/PLESSIS, Textbook on Roman Law, Oxford 2005, s. 206. Bağışlama gayri iktisadî bir muamele olduğu için hukuken pek kolaylık görmemiştir. Eski ve klasik Roma hukukunda bağışlamalar, aile malvarlığı için fakirleşme sebebi sayıldığından, bağış serbestisine bazı sınırlamalar getirilmiştir. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 273.

<sup>97</sup> Kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla bu Kanun, savurganlığı, büyük servetlerin müsrifçe harcanmasını önlemek maksadıyla çıkarılmamıştır. Kanunun asıl amacı, hediye koparmak için yapılan eziyetleri ve resmi görevlilerin görevlerini kötüye kullanmalarını önlemektir. BUCKLAND, Manuel, s. 152; DI MARZO, s. 485; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 273. Aksi yönde ileri sürülen görüşe göre, *lex Cincia*, gösterişin ve lüks harcamaların önüne geçmek amacıyla düzenlenmiş bir kanundur. BORKOWSKI/PLESSIS, s. 205; HARKE, J. D, Römisches Recht Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen, München 2008, s. 173. Bu yasal düzenleme, Pön Savaşı devam ederken (M.Ö. 216-202) yapılmış olup, bu dönemde çok zor günler geçirildiği için toplumun üst sınıflarından basit bir yaşam sürdürmelerinin talep edildiği ve bu nedenle bu kanunun çıkartıldığı ileri sürülmektedir. Ancak kanunun amacının sadece lüks harcamaları engellemek olduğunu söylemek yetersiz bir değerlendirmedir. Kanunun asıl amacı sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf durumda bulunan kimselerin (müvekkillerin), nüfuz sahibi ve varlıklı kimseler tarafından, kendilerine yapılan yardımlara karşılık olarak ve genellikle baskı altında kalmak suretiyle, rızaları dışında bu kimselere vermek zorunda kaldıkları normal sınırı aşan hediyelerin önüne geçmektir. Bu yasal düzenleme ile haksızlığa uğrayan kimselere bir tür koruma öngörüldüğü düşünülebilir. KASER, M., Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige Geschäfte im Römischen Recht, Wien 1977, s. 25-26. Aynı yönde bkz. KASER/KNÜTEL, s. 240; Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre kaynaklar bu Kanunun amacının ne olduğu hususunda yeterince aydınlatıcı değildir. HONSELL, s. 162. Nüfuz sahibi

bilmediğimiz bir dereceden fazla (*ultra modum*) bağışlamada bulunmayı ve bağışlama kabul etmeyi (*donare, capare*) belirli bazı şahıslar (*personae exceptae*)<sup>98</sup> arasında olması hali istisna olmak üzere yasaklamıştı. Bu kanun, yasağın dışında tutulmamış kimseler (*personae non exceptae*) arasında *ultra modum* (ölçüsüz, nisbeti aşan) bağışlamaları yasaklamakla birlikte, bu yasağa aykırı hareket edilerek yapılan bağışlamanın bağışlananın malvarlığına girmesi halinde, bu bağışlamaları iptal etmediği ve cezalandırmadığı bir diğer ifadeyle herhangi bir yaptırım öngörmediği için müeyyidesiz bir kanundu (*lex imperfecta*)<sup>99</sup>.

Roma hukuk ilmi bu konuda ölçüt olarak *donatio perfecta*<sup>100</sup> (tam bağış) kavramını

---

kimselerin, nüfuzlarını kötüye kullanma ihtimalleri, büyük miktardaki hediyelerin arkasında yatan asıl saikle ilgili çeşitli şüphelerin doğmasına sebep olmuştur. Bilindiği üzere, Roma'da, toplumun üst kesimlerine mensup olan kişilerin, yapmış oldukları fikir çalışmaları karşılığında aldıkları ücret, ancak, bir hediye, bir şeref ücreti (*honorarium*) sayılıyor ve bu ücretin ifası ise bir dava ile istenemiyordu. Zira, bu kimselerin, hizmetleri karşılığında ücret almaları alçaltıcı bir davranış olarak görülüp ayıplanırken, bu hizmetten yararlanan kimsenin kendi iradesi ile verdiği şeref ücreti ise toplum tarafından hoş karşılanıyordu. Bu nedenle, yüksek düzeydeki işleri (*operae liberales*) gören toplumun güçlü ve varlıklı kesimine mensup kimselerin, kendileri tarafından sunulan hizmetlerden yararlanan toplumun daha alt seviyesindeki kesimi üzerinde baskı kurarak, kendilerine olan minnet borçlarını, hatırı sayılır hediyeler vermek suretiyle ödemeye zorladıkları sonucuna varılması, ihtimal dâhilindedir. *Lex Cincia* ise, bu kötüniteli yaklaşımlara bir son vermek amacıyla getirilmiş bir yasal düzenleme olabilir. ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, s. 483. *Locatio conductio operarum* (hizmet akdi) konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARADENİZ, Ö., *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara 1976.

<sup>98</sup> Bu istisanalar, beşinci dereceye kadar kan hısımları (*cognati*) ve bunlara *manus* veya *mancipium* hâkimiyeti (*potestate manu mancipiove*) ile bağlı olanlar, birinci derecede sıhrî hısımlar, nişanlılar, eşler, vesayet altındakiler, *patronus*, cihaz tesisi için hibe veren her dereceden kan hısımları ve hibe verenin hayatını kurtarmış olan kimselerden ibaretti (*Fr. Vat. 298-309; Paulus, Sent. 5.11.6*) DI MARZO, s. 485-486; ZIMMERMANN, s. 482. Zira bu durumda, bağışlanan mal aile dışına çıkmıyordu. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 271. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, s. 73-77.

<sup>99</sup> TAHİROĞLU, Borçlar, s. 273; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku*, s. 17; DI MARZO, s. 485-487; RADO, Borçlar, s. 168-169; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 346-347; HAUSMANINGER/SELB, s. 265; ZIMMERMANN, s. 482-483; BUCKLAND, *Text-Book*, s. 254-255; BUCKLAND, *Manuel*, s. 152; LEAGE, s. 144; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 205; ROBY, s. 526; HONSELL, s.162; SCHULZ, *Classical*, s. 567-568; KASER, *RPR I*, s. 602-603; KASER/KNÜTEL, s. 239; HARKE, s. 173; SHERMAN, s. 227-228; LEE, s. 147-148; KASER, *Verbotsgesetze*, s. 21. Ancak belirtilmelidir ki, yaptırımsız kanunların hükümleri yine emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılamazdı. Klasik sonrası devirden itibaren kanuna aykırılığın müeyyidesinin ise butlan (geçersizlik) olduğu fikri yerleşmişti. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku*, s. 17, dn. 42. *Lex Cincia*'nın *lex imperfecta* karakteri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, s. 81-82.

<sup>100</sup> Bağış dışında başka hiçbir hukukî ilişkide tarafların verdikleri sözden dönmek istemelerine bu kadar sıklıkla rastlanmamaktadır. Kişiler sıkça bağışlama vaadinde bulunmakta fakat bu vaadi yerine getirmekten kaçınmaktadırlar. Bu nedenle *donatio perfecta* kavramının içeriğinin kesin olarak belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bağışlama konusu mal herhangi bir biçimde bağışlananda kalmışsa bağış *perfect* değildir. Bağışlama konusu malın mülkiyetinin bağışlanana geçirilmesi ancak zilyetliğin geçirilmemesi durumunda, bağışlayan, kendisine karşı açılmış bir zilyetlik davasında, bağışı ifa etmeme hakkına sahiptir. Aynı şey, zilyetliğin geçirildiği ancak mülkiyetin geçirilmediği hallerde de söz konusudur. Bağışlayanın, bağışlama konusu mal ile hiçbir biçimde ilgisinin kalmaması gerekir. Her türlü zilyetlikten ve mülkiyet hakkından vazgeçilmiş ve bunlar bağışlanana geçirilmiş olmalıdır. Ancak o zaman bağış *perfect* (ifa edilmiş) olur. RAMBACH, A., *Inhalt der Lex Cincia*,

esas almıştır. Yani bağışlama konusu mal bir *res Mancipi* ise ve mülkiyetin nakledilmesi için *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden biri yapılmadan mal sadece teslim (*traditio*) muamelesi yapılarak bağışlanana verilmişse, bağışlanan, mülkiyet hakkını kazanmamış olduğundan, bağışlayan *lex Cincia*'ya dayanarak istihkak davasıyla (*rei vindicatio*) malını geri isteyebiliyordu. Karşı taraf o şeyin bağışlandığına ve teslim edildiğine dair bir def'i (*exceptio*<sup>101</sup> *rei donatae et traditae*) ileri sürecek olursa, bağışlayan *lex Cincia*'ya dayanan karşı bir def'i (*replicatio legis Cinciae*) ile bağışlananın defisini düşürür ve davayı kazanırdı. Buna karşılık *res Mancipi* bir mal söz konusu olup *mancipatio* veya *in iure cessio* yoluyla mülkiyet karşı tarafa nakledilmişse ve ayrıca taşınır bir mal (*res mobilis*) söz konusu olduğu takdirde bağışlanan, bu malı, bağışlayanın *interdictum*<sup>102</sup> *utrubi*<sup>103</sup>'sine kaşı kendini koruyacak şekilde senenin daha fazla müddeti (*maior parte anni*) zilyetliğinde bulundurmuşsa; *res nec Mancipi* bir mal söz konusu olduğunda ise, taşınır mal halinde yine bağışlayanın *interdictum utrubi*'sine karşı gerekli süre boyunca zilyetliği

1908, s. 24-25, zikr. OĞUZ, s. 87-88.

<sup>101</sup>*Exceptio* ile davalı davacının iddiasını inkâr etmemekte, iddianın sonuçlarını ortadan kaldıran, mahkûmiyeti (*condemnatio*) önleyecek ayrı bir olay ileri sürmektedir. *Exceptio*, praetor tarafından *formula*'nın *intentio* kısmına eklenmiş bir bölüm olup, davalıya tanınmış olan yeni bir savunma imkânıydı. Kanunî dava usulünde (*legis actio*) ise, *exceptio* yoktu. *Legis actio* usulünde, davalı için sadece inkâr ya da kabul imkânı mevcut iken; *formula* usulünde ise, davalı "Evet, ama..." diyebilme imkânına kavuşmuştur. Bu nedenle praetor'lar, *legis actio*'larda olmayan *exceptio* imkânı sayesinde ius civile kurallarının sertliklerini ortadan kaldırmayı başarmışlar; hakkaniyet (*aequitas*) ve dürüstlüğü (*bona fides*) hukuku etkilemesini temin etmişlerdir. Davalı, ileri sürdüğü *exceptio*'yu ispatlamak zorundaydı (*reus excipiendo fit actor*: İtiraz eden davalı, davacı gibidir). Def'i ispat edilmişse, davacının talep ettiği *actio*'nun şartları mevcut olsa dahi, davalı beraat ederdi. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 250-251. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde (I.4.13.1), *exceptio* tanınacak durumlara ilişkin örnekler verilmiş, *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde (D.2.11.4.5), hangi şartlar altında def'i tanınıp hangi şartlar altında tanınmaması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Digesta*'da yer alan bir metinde (D.14.6.3 pr.) praetor'un, def'i tanımak suretiyle korunmasının hakkaniyete uygun olacağını düşündüğü bir duruma ilişkin olarak örnek verilmiştir. GÜRTEN, K., Roma Hukukunda Hakkaniyet (*Aequitas*), Ankara 2008, s. 107-109.

<sup>102</sup>Formula usulü zamanında praetor'un ve eyaletlerde valilerin, bazı durumlarda, imperium'larına dayanarak, hâkimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilâflı bir işin yapılmasını yasaklamak veya emretmek suretiyle halletmeleri *interdictum* olarak adlandırılırdı. Normal dava usulüne oranla daha esnek olan bu usul ile, tarafların ileri sürecekleri bütün sebepler araştırılmadan, hızlı bir şekilde, ius civile tarafından düzenlenmeyen bazı durumların hukuken korunması amaçlanırdı. Geçici bir usul olduğu için, taraflar isterlerse, ayrıca şahsî dava açarak hâkimin kararına göre *interdictum* hükmünü değiştirebilmekteydiler. *Interdictum*'lar özellikle zilyetliği korumak amacıyla kullanılmış araçlardı. UMUR, Lügat; TAHİROĞLU-ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Dersleri, s. 263. Praetor'un hakkaniyeti sağlamak amacıyla bulduğu çarelerin en önemlilerinden olan *interdictum*'un Türkçe karşılığı olarak bazı Roma hukuku kaynaklarında "yasak bazı kaynaklarda ise "emir kullanılmaktadır. Bu tartışma Romalı hukukçular tarafından tam olarak çözüme kavuşturulmamış bir sorundur. GÜRTEN, *Aequitas*, s. 119.

<sup>103</sup>*Interdictum Utrubi*: Zilyetliğin ihlâlini önleyen *interdictum*'lardan (*interdicta retinendae possessionis*) birisi. Zilyetliğin ihlâlinden itibaren bir sene zarfında açılması gerekirdi. Bir taşınır malın zilyetliği üzerinde iki taraf arasında ihtilâf çıktığı takdirde, hasmına karşı fesatlı olmaması, yani ne zorla, ne gizlice, ne de *precario* sebebiyle (*nec vi nec clam, nec precario*) elde etmemiş olması şartıyla, zilyetliğin, *interdictum*'a tekaddüm eden sene zarfında en fazla kimin elinde bulunmuşsa ona bırakılmasını emrederdi. UMUR, Lügat.

haiz olmak şartıyla, bağışlama konusu malın bağışlanana teslim edilmiş olması halinde, bağışlama muamelesi artık tamamlanmış (*perfecta*) olduğundan, bağışlanan malın iadesi istenemezdi (*Fr. Vat. 311-313*). *Ultra modum* bağışlama elden yapılmayıp da bağışlama vaadinde bulunulmuş ise, vaadin alacaklısı durumunda olan kimse bir dava ile bağışlama vaadinin yerine getirilmesini isterse, vaad eden *exceptio legis Cinciae*'yi ileri sürebilirdi. Eskiden, bağışlayanın mirasçıları bağışlamanın *imperfecta* olduğunu ileri sürebilirlerken, *Septimius Severus* ve *Caracalla* zamanında, bağışlama vaadinde bulunan kimse defiyi bizzat ileri sürmeden ölmüş ise, onun mirasçıları böyle bir defi ileri süremeyip mirasbırakanın vaadini yerine getirmek zorunda kalıyorlardı (*morte Cincia removetur*: Ölümle *lex Cincia* hükümsüz kalır. *Fr. Vat. 259, 266*)<sup>104</sup>. Mirasçılar, bu kurala rağmen bağışlamadan rücu ederlerse, bağışlanan, *exceptio* veya *replicatio doli* ile kendini savunabilmekteydi. Zira mirasçılar, sadece bağışlayanın ölmeden önce iradesini değiştirmesi halinde bağışlamadan rücu edebilirlerdi<sup>105</sup>.

Ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimsenin bağışlama muamelesinden rücu etmeden ölmesiyle birlikte muamele hükümlerini doğuracağından, bir diğer ifadeyle bağışlama muamelesi artık tamamlanmış (*perfecta*) olacağından ve bağışlayanın mirasçıları *lex Cincia*'ya dayanarak defi ileri süremeyeceklerinden, bu Kanun ile getirilen düzenleme ölüme bağlı bağışlamaları etkilememekteydi. Bağışlayanın ölünceye kadar bağışlamadan rücu etmemiş olması halinde, bağışlananın bağışlama

<sup>104</sup> TAHİROĞLU, Borçlar, s. 272-273; DI MARZO, s. 485-487; RADO, s. 168-169; BUCKLAND, Text-Book, s. 254-255; BUCKLAND, Manuel, s. 152; ROBY, s. 529; SCHULZ, Classical, s. 568; KASER/KNÜTEL, s. 239-240; KASER, Verbotsgesetze, s. 21-29; ZIMMERMANN, s. 484. *Lex Cincia*'nın hükümleri muhtemelen M.S. 4. yy'da yerini *insinuatio* sistemine bırakmıştır. *Iustinianus* döneminde, bağışlama muamelesine ilişkin olarak yazılı bir belgenin düzenlenmesi ve bunun resmî bir sicile kaydettilmesi (*insinuatio*) zorunluluğu, belirli kişiler lehine yapılmış bağışlamalar istisna olmak üzere, sadece 500 *solidus*'u aşan bağışlamalar için kabul edilmiş ve bu şekilde uyulmaması halinde 500 *solidus*'u aşan kısmın geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. LEE, s. 148; BUCKLAND, Text-Book, s. 255; BUCKLAND, Manuel, s. 152; BUCKLAND, W.W., Elementary Principles Of The Roman Private Law, New York 2003, s. 102.; BURDICK, s. 429; LEAGE, s. 145; BORKOWSK/PLESSIS, s. 205-206. Sağlar arasında yapılan bağışlamalara getirilen bu sınırlamaların yerini alan *insinuatio* sistemi ile bağışlamaların resmî bir sicile kaydettilmesi zorunluluğu getirilerek, ölçüsüz ve gizli saklı bir şekilde yapılan bağışlamalar açısından aleniyet sağlanmıştır. *Constantinus* tarafından getirilen bu düzenlemeyle, miktarına bakılmaksızın bütün bağışlamaların, geçerli olabilmesi için, kayıt altına alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Ancak M.S. 5. yy'da, 200 *solidus*'un altındaki *donatio ante nuptias*'ın sicile kaydedilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir (*C. Th. 3.5.13*). *Iustinianus*, bu istisnaî durumun bütün bağışlamalar için geçerli olduğunu kabul etmiş ve 200 *solidus* olarak belirlenmiş olan bu miktarı önce 300 *solidus*'a yükseltmiş (*C.8.54.34 pr.*), daha sonra 500 *solidus* olarak sabitlemiştir (*C.8.54.36.3; I.2.7.2*). *Iustinianus*, ayrıca 500 *solidus*'u aşan bağışlamaların sicile kaydedilmemesi halinde, yalnızca bu miktarı aşan kısmın geçersiz olacağını kabul etmiştir. SHERMAN, s. 228-229; *Gifts in View of Death*, s. 4-5.

<sup>105</sup> RAMBACH, s. 31, zikr. OĞUZ, s. 95.

konusu mala sahip olması ve bu malın kimse tarafından elinden alınamaması için gerekli hukukî korumanın sağlanması hakkaniyete uygun bir düzenlemedir.

Ölüme bağlı bağışlamanın sağlar arası bağışlamalara ilişkin bazı kısıtlamalardan muaf tutulmasına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu, eşler arasındaki bağışlamalar (*donationes inter virum et uxorem*) ve aile reisinin (*pater familias*) hâkimiyeti altında (*patria potestas*<sup>106</sup>) bulunan oğluna (*filius familias*) yapmış olduğu bağışlamalardır<sup>107</sup>. *Lex Cincia*, eşleri *personae exceptae* arasında saymış, fakat sonraları, eşler arasındaki bağışlamalar. *Augustus*'un evlilik kanunları<sup>108</sup> tarafından yasaklanmıştır<sup>109</sup>. Esasen, evliliğin artık bir engel teşkil

<sup>106</sup> Aile babasının kendi ailesi içerisinde bulunan aile evlâtları üzerinde sahip olduğu egemenliğe *patria potestas* denirdi. Kadınlar da, aile evlâtları gibi, baba egemenliği altında bulunuyorlardı. Kadının evlenme neticesinde kocasının ailesine dâhil olabilmesi için üzerinde *patria potestas*'ın kurulması gerekirdi. Aksi takdirde, kadın, kendi aile reisinin egemenliği altında kalmaya devam ederdi. Ancak, kadının evlenmesi, kocasının veya kocasının aile reisinin egemenliği altına girmesi için yeterli değildi. Kadının egemenlik altına girebilmesi için, *conventio in manum* olarak isimlendirilen işlemlerden birinin yapılması gerekirdi. Bu işlemlerden sonra kadın üzerinde kurulan egemenliğe *manus* denirdi. *Patria potestas*, aile reisine, hem aile fertlerinin şahısları üzerinde hem de ailenin malvarlığı üzerinde egemenlik yetkisi verirdi. GÜNEŞ CEYLAN, S., Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 38, 43-44.

<sup>107</sup> Bağışlamada bulunabilme ehliyeti ile hukukî muamele ehliyetinin (geçerli borçlandırıci veya tasarrufî işlemler yapabilme ehliyeti) aynı anlama geldiği genel olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, bir kimse, tam ehliyetsiz (örneğin yedi yaşına varmamış küçükler yani *infans* çağındakiler) veya sınırlı ehliyetli (örneğin *infans* çağını aşmış fakat ergenlik çağına henüz varmamış küçükler) değilse ve yaş unusununun yanında fiil ehliyetinin varlığı için gerekli olan diğer bütün koşullara sahipse (tam ehliyetli), geçerli olarak bağışlamada bulunabilir. Ancak, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bağışlamada bulunabilmenin, tam olarak ehliyete ilişkin bir mesele olmadığı ve bazen, tam ehliyetli bir kişinin bile geçerli olarak bağışlama muamelesi yapamadığıdır. Zira Roma Hukukunda, bağışa getirilen birçok yasak söz konusu olup, eşler arasında evlilik birliği devam ederken yapılan bağışlar ile aile reisinin hâkimiyeti altında bulunan çocuğuna yapmış olduğu bağışlar bu yasağın kapsamına girmektedir. THOMAS, s. 166.

<sup>108</sup> Bu evlilik kanunları, azat etmeye ilişkin kanunlarla birlikte *Augustus*'un nüfus ve sosyo-politik reformlarının özünü ifade etmekteydi. Bu kanunlar ile çocuksuz yaşamın tercih edilmesi neticesinde nüfusun azalması ve buna bağlı olarak Roma ulusunun güç kaybetmesinin ve ayrıca aile kavramının çökmesinin engellenmesi amaçlanmaktaydı. KASER, RPR I, s. 318. İmparatorluğun başlarında, devletin çöküşü üzerinde düşünülmüş ve bu çöküşün sebebinin, hür doğanların (*ingenuus*) azalışı ve azatlıların sayısının giderek artması olduğu kanatına varılmıştır. *Augustus* kanunları,, düzeni iade, Romalılığı himaye ve örf ve âdeti düzeltmek yolunda *Augustus* hükümetinin takip ettiği siyaseti yansıtan düzenlemelerdi. Özel hukuku ilgilendiren bu kanunlarla, kamu yararı göz önünde tutularak, özellikle toplumun bozulmuş ahlâki bünyesi düzeltilmek istenmiştir. *Augustus*'un amacı, azat etmeleri yaş ve sayı bakımından sınırlayarak Roma toplumunun bünyesinin yabancı unsurlarla dolmasını; ahlâki bakımdan ise, gösteriş yapmak ve israfa bulunmak için kölelerini azat eden kimseleri frenleyerek lüks ve sefahati önlemek ve aile hayatını mümkün olduğu kadar, eski Roma geleneklerinin düşünce şekline uygun bir şekilde düzene koymaktı. TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri, İÜHF, c. XXXVIII, S. 1-4, Y. 1973, 521-545, s. 527-534. *Augustus*'un çıkardığı *lex Iulia de maritandis ordinibus*, *lex Iulia de adulteriis* ve *lex Pappia Poppea* gibi aile hukukunu düzenleyen kanunlar; *lex Fufia Caninia* ve *lex Aelia Sentia* gibi azat etmeleri zorlaştıran yasal düzenlemeler, *Augustus*'un nüfus politikasını göstermektedir. Ancak gerçeklere aykırı olan bu politikanın yürümesi imkânsız olup, *Augustus*, kendisinden sonra gelecek imparatorlara bu politikayı sürdürmelerini vasiyet etmesine rağmen, imparator *Claudius*'tan (M.S. 41-54) itibaren bu tutum bir yana bırakılmıştır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 28, dn. 67. Daha imparatorluğun

ilk zamanlarında evlenme müessesesi yavaş yavaş sarsılıyordu. Bir taraftan ayrılımların çoğalması diğer taraftan bekârlığa ve çocuk yapmamaya karşı gösterilen eğilim aile birliğini sarsmıştı. Bu eğilimlerin önünü kesmek amacıyla imparator *Augustus* bu evlilik kanunlarını neşretmiştir. HONIG, 169-170. *Augustus*, bir taraftan ahlâki değerlerin ve aile kavramının çökmesini diğer taraftan da nüfusun gerilemesini engellemek amacıyla çıkardığı evlilik kanunları ile, bekârları ve çocuk sahibi olmayan evli çiftleri miras hukuku açısından bazı haklardan mahrum bırakmaktaydı. Bir görüşe göre, eşlerin, *donatio inter vivos* muamelesine başvurarak *Augustus*'un evlilik kanunları ile getirilen bu sınırlayıcı düzenlemelerden kaçınmaları, eşler arasındaki bağış yasağının sebebinin teşkil etmektedir. Zira, eşler arasındaki bağışlamaların yasaklanması, *lex Iulia de maritandis ordinibus* ve *lex Papia Poppaea* ile getirilen hükümlerin işlevini yerine getirmesini destekleyici nitelikteydi. Ancak eşler arasındaki bağış yasağının asıl sebebi, eşlerden sevgisi daha fazla olanın, diğer eş lehine olacak şekilde zarar görmesini engellemektir. Zira daha çok seven eş, bu sevgi ve şefkat neticesinde, akla uygun hareket etme yetisini kaybederek, ölçüsüz cömertliklerde bulunabilir. Ancak eşler kolay bir şekilde boşanabildiğinden, bu durum, bir aileye ait servetin gereksiz yere başka bir aileye geçmesine yol açabilirdi. Ancak, aile servetinin korunması, Roma Devleti'nin öncelikli politikalarından olduğundan, malvarlıksal değerlerin bu şekilde yer değiştirmesi arzu edilen bir sonuç değildi. Bu nedenle, eşler arasındaki bağış yasağı, aslında, evlilik kurumunun saflığını korumaya hizmet etmekteydi. ZIMMERMANN, s. 485-486. Cumhuriyet devrinin başlarında yapılan yasal düzenlemelerin birçoğu kamusal ve sosyal sorunlara ilişkindir. Nisbeten az olmakla birlikte, bazı düzenlemeler de özel hukuk alanına ilişkin olarak *plebs* meclisinin çıkardığı kanunlardır (*plebiscitum*). *Lex Hortensia* ile getirilen düzenleme neticesinde, *plebs* meclisinin çokardığı bu kanunların tüm Roma halkı için geçerli olacağına hükmedilmiştir. Özel hukuk alanına ilişkin bu düzenlemeler daha ziyade sosyal sorunlara ilişkindir. Buna göre, muhtemelen o dönemdeki lüks yaşantı ile mücadele etmek amacıyla bağışlamaları sınırlayan *lex Cincia* (M.Ö. 204); mirasbırakanın gösterişli muayyen mal vasiyetlerini sınırlandıran *leges Furia, Voconia* (M.Ö. 2. yüzyıl); yine mirasçıları terekenin muayyen mal vasiyetleri ile aşırı derecede yükümlendirilmesine karşı koruyan *lex Falcidia* (M.Ö. 40) bu nitelikteki yasal düzenlemelerdir. Bu noktada belirtilmesi gereken diğer halk meclisi kanunları ise, *Augustus*'un nüfus politikasına ilişkin kanunlardır. *Augustus*, bu kanunlar (M.Ö. 18. yüzyılda çıkarılan *leges Iulia de maritandis ordinibus* ve M.S. 9. yüzyılda çıkarılan *lex Papia Poppaea*) ile evlenmeyi ve çocuk sahibi olmayı teşvik etmek istemiştir. KASER, M., *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1993, s. 132-133.

<sup>109</sup> D.24.1.3.10: *Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.*

“Bilinmelidir ki, eşler arasında bağış yapıldığı takdirde *ipso iure* hükümsüz olacak surette yasaktır. Böylece bağışlama konusu mal muayyen bir şeyse, bu şeyin teslimi geçerli değildir ve *stipulatio* ile bir vaatte bulunulmuşsa veya ibra söz konusu ise hükümsüzdür: Eşler arasında bağışlama amacıyla yapılan her şey derhal *ipso iure* batıl olur.” DI MARZO, s. 487, dn. 9. Kaynaklar bu yasağın tamamen Roma'ya özgü olduğunu belirtmektedirler. Yasağın temelinde, karı-koca arasındaki şefkatin bir para ölçüsüne tâbi olması ve sevgi neticesinde yumuşak tarafın diğer taraf menfaatine olacak şekilde mallarını kaybetmesi tehlikesini önlemek düşüncesi yatmaktadır. D.24.1.1 ve D.24.1.3. pr.'da belirtildiği üzere, eşler arsında daha az iyi olanın diğerini sefaletle düşürecek şekilde, onun hesabına zenginleşmesi kabul edilemez. DI MARZO, s. 487; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 273-274. Aile servetinin dağılmasının önlenmesinin, eşler arasındaki bağın maddi ölçütlerden muaf tutulmasının, eşlerin alacaklılarının korunmasının ve özellikle *Augustus*'un evlilik kanunları ile miras hukuku alanındaki iktisaplara getirilen sınırlamaların, bağışlamalar yoluyla dolanılmasının önüne geçilmesinin, bu yasağın temelinde yatan sebepler olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür. HAUSMANINGER/SELB, s. 266. Kadının *manus* altına girmediği evlilikler için söz konusu olması gereken bu yasağın amacı, kolay bir şekilde boşanabilen eşlerin birbirleri aleyhine zenginleşmesini, evliliğin maddî çıkarlara alet edilmesini önlemektir. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu yasağın incelenmesi, hukukçuları, bağış kavramını inceleyip, bu kavramın başlıca unsurlarını tesbit etmeye sevk etmiştir. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 274. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, böyle bir tedbirin sebebi, çoğalmış olan boşanmalar neticesinde aile servetinin dağılmasının önlenmesidir. RADO, s. 169. Bir diğer görüşe göre, göre kanun koyucunun bu kanun ile ulaşmak istediği amaç belirsizdir. HONSELL, s. 163. Evlenmenin hükümlerinden biri de, eşler arasında uygulanan bağış yasağıydı. *Augustus* kanunları ile düzenlenmiş olan bu yasağın amacı, iyiniyetli eşin diğer eş yararına malvarlığını kaybetme tehlikesinin önüne geçmek ve evlilik kurumuna menfaat ilişkisini sokmamaktır. Bağış yasağının sınırı, eşlerden birinin diğer eş aleyhine zenginleşmesini önlemek olduğundan,

etmeyeceği zamana ilişkin olduğundan, eşler arasında, *mortis causa*, yani bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi düşüncesiyle yapılan bağışlamalar yasağın kapsamı dışında kalmaktaydı. Zira eşler arasında yapılan *donatio mortis causa*'nın hukukî sonuçları ancak bağışlayanın ölümü ile birlikte doğmakta ve bu andan itibaren de zaten, evlilik birliğinin varlığından söz edilememektedir. (D.24.1.9.2, D.24.1.10, D.39.6.40)<sup>110</sup>. *Septimus Severus* ve *Caracalla*'nın M.S. 206 yılında çıkan

---

sıradan hediyeler ile ölüme bağlı ve boşanma sırasında yapılan bağışlamalar bu kuralın istisnalarını teşkil etmekteydi. THOMAS, s. 167-168; NICHOLAS, s. 81; EMİROĞLU, H., Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi, AÜHFD, c. 50, S. 1-4, Y. 2001, s. 179. Daima hakkaniyeti göz önünde bulunduran Roma hukukçuları, kanunların lâfzına değil ruhuna önem verdiklerinden, karı koca arasındaki bağış yasağının sebebini araştırmışlar ve o yasağın alanını daraltmışlardır. Hukukçu *Ulpianus*'a göre (D.24.1.1), eşler arasındaki bağış yasağının sebebi aralarındaki karşılıklı muahabbeti bozması kaygısıdır (*ne mutuo amore invicem spoliarentur*). İmparator *Caracalla* D.24.1.3 pr.'da yer alan düzenlemede daha makul bir sebep vererek, eşlerden daha iyi kalplisinin fakirleşmesine, açığözlüsünün zenginleşmesine engel olmak (*ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*) amacıyla böyle bir yasağın getirildiğini belirtmiştir. Bu son görüşten yola çıkarak Roma hukukçuları şu sonucu çıkarmışlardır: Hibe, bağışlayan karı veya kocayı fakirleştirmezse geçerli addedilecektir. SUBAŞI, P., Roma Hukukunda Usucapio Pro Donato ve Pro Dote, AÜHFD, c. 1, S. 1-4, Y. 1943, s. 437-438. Eşlerin, birbirilerine, malvarlığını tehlikeye sokmayacak, makul görülebilir ölçüde hediye verebileceği düşünülmektedir. Bu sınırın aşılması halinde ise, eşler arasındaki bağış yasağı sebebiyle, verilen malların bir kısmı, hediye adı altında olsa bile, yasak kapsamına dâhil edilirdi. D.24.1.14'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, örneğin yangında evi yanan kadına, koca tarafından, evini yeniden inşa etmesi için verilen para hediye olarak kabul edilirdi. Bu durum, eşler arasındaki bağış yasağının istisnasını teşkil etmekle birlikte, evin yeniden inşası için gereken paradan daha fazlasının verilmesi halinde, bağış yasağının ihlâl edildiği sonucuna varılırdı. GÜNEŞ CEYLAN, S., Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008, s. 98-99. Klasik hukuk döneminde, *Quintus Mucius Scaevola*'nın karinesine (*praesumptio muciana*) göre (D.24.1.51), kadının, evlilik birliği devam ederken kazandığı malların kaynağını gösterememesi durumunda, bunların kendisine kocası tarafından bağışlanmış olduğu kabul edilirdi. Bu durumda kadının, karinenin aksini ispat edememesi halinde, evlilik süresi içinde edindiği kaynağı belirsiz malvarlığının, eşler arasındaki bağış yasağı sebebiyle kocaya ait olduğu kabul edilirdi. SCHULZ, Classical, s. 131; EMİROĞLU, Mal Rejimi, s. 179; EMİROĞLU, H., Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 88. Yaratıcı fikirlerle sahip olan eşler, muvazaalı alım-satım sözleşmelerine (D.18.1.38) veya muavazaalı boşanmalara (D.24.1.64) başvurmak suretiyle, bu yasağı dolanmanın yani kanuna karşı hilenin yollarını araştırmışlardır. HAUSMANINGER/SELB, s. 266. Eşler arasındaki bağış yasağının nedenlerine ilişkin ayrıntılı ilgi için bkz. OĞUZ, s. 107-118.

<sup>110</sup> Roma hukukunda evliliği sona erdiren çeşitli sebepler sayılırken, boşanma (*divortium*), evlilik kurumunu ortadan kaldıran bir durum olarak ayrıca ele alınmış ve düzenlenmiştir. Evlilik bağının ortadan kalkması sonucunu doğuran sebeplerden en doğal olanı, bugün olduğu gibi, eşlerden birinin ölümüdür. Roma hukukuna özgü, *capitis demunitio maxima* veya *media* (hürriyetin veya vadasılaşlığın kaybı) da, evliliğin artık geçerliliğini kaybetmesi, yani, *ius civile*'ye göre evliliğin ortadan kalkması sonucunu doğururdu. GÖNENÇ, F. İ., Roma Hukukun'da Boşanma (Divortium), EÜHFD, c. VII, S. 1-2, Y. 2003, 645-654, s. 645. Eşler arasında, boşanmanın yakın ve muhakkak olması halinde yapılan bağışlamanın (*donatio divortii causa*) da geçerli olduğu kabul edilmekteydi. Zira bağışlamanın hükümlerini doğurduğu sırada, artık, evlilik birliğinin varlığından söz edilememektedir. Her ne kadar bir aileye ait malvarlığının başka bir aileye geçmesi sonucunu beraberinde getirir de, bu malvarlığı kayması evlilik birliği devam ederken gerçekleşmediğinden ve evlilik kurumunun ahlâki temellerini ve nihaî amaçlarını, en azından normal bağışlar gibi tehlikeye sokmadığından, bu saik ile yapılan bağışlar yasaklanmamıştır. Bu bağışlar, genellikle, boşanan kadının hayatını idame ettirmesine destek olmak amacıyla yapılmaktaydı. ZIMMERMANN, s. 488. Evlilik birliği kadının ölümü neticesinde sonra ererse, *dos profecticia*'nın (kadının, baba tarafından usulünün tesis ettiği cihaz) varlığı halinde, *pater familias*, cihaz mallarının (*dos*) koca tarafından iade edilmesini, *actio rei uxoriae* aracılığıyla sağlayabilirdi. Bu durumda koca, kendisine karısı tarafından ölüme bağlı bağışlamada bulunulduğu iddiasına dayanarak bazı malları muhafaza etmek isterse, bu

*oratio*'ları (*Oratio Severi et Caracalla*) ile getirilen düzenleme neticesinde, eşler arasındaki bağışlamaların, bağışlamada bulunan eşin ölmeden önce rücu etmemiş yani iradesini değiştirmemiş olması şartıyla geçerlilik kazandığı kabul edilmiştir<sup>111</sup>. Bu düzenlemenin temelinde yatan düşünce, bizzat bağışlayanın kullanmak istemediği bir butlan sebebini, mirasçıların kullanabilmesinin kabul edilebilecek bir şey olmamasıydı. Bu *oratio* ile getirilen düzenleme, aile reisinin hâkimiyeti altında bulunan oğluna yaptığı bağışlamalar için de geçerli hale getirildi. Böylece, bu bağışlamalar batıl olmasına rağmen (*D.41.6.1.1*), *paterfamilias*, iradesini değiştirmeden ölmüşse, geçerlilik kazandıkları kabul edilmiştir<sup>112</sup>.

*Donatio mortis causa* ile *donatio inter vivos* arasındaki farklardan biri de bağışlamadan rücu'ya ilişkindir. Bağışlayan ölünceye kadar dilediği zaman *donatio mortis causa*'dan rücu etme imkânına sahipken<sup>113</sup>, *donatio inter vivos*'un varlığı halinde, bağışlayan, kural olarak muameleden rücu edememektedir<sup>114</sup>. Bağışlayanın *donatio inter vivos* muamelesinden rücu etmesi, mükellefiyetli bağışlama (*donatio sub modo*) ve bağışlananın bağışlayana karşı nankörlük etmiş olması halleri istisna olmak üzere, mümkün değildir. Mükellefiyetli (*modus*<sup>115</sup>) bağışlama halinde,

---

hususu ispat etmek zorunda kalırdı. Eski hukuk döneminde ve kısmen de klasik devirde, kadının vasisi, bağışlama muamelesine katılmak zorunda olduğundan, bu hususun ispatı çok zor değildi. Sonraki devirlerde ise, özellikle kadının *sui iuris* olduğu hallerde, bu muamelenin yapıldığının ispatı biraz daha zordu. Fakat koca, kendisine, karısı tarafından, ölüme bağlı bağışlamada bulunulduğunu ispat edebilirse, buna itiraz edilmesi mümkün değildi (*D.24.1.9.2*). Aynı durum, evlilik birliğinin, kocanın ölümü sebebiyle sona ermesi halinde de geçerliydi. İki durum arasındaki tek fark, kadının iddiasının muhatabının, kocanın mirasçıları olmasıydı. NIKOLSKY, B. W., *Die Schenkungen Zwischen Ehegatten*, SZ 24 (1903), 441-450, s. 443-444.

<sup>111</sup> HAUSMANINGER/SELB, s. 266; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 348.

<sup>112</sup> KASER, RPR I, s. 332, 604; DI MARZO, s. 487-489; BUCKLAND, Text-Book, s. 256-257; Aynı yönde bkz. SCHULZ, Classical, s. 120-121; HONIG, s. 175; LIEBS, Schenkung, s. 1019. Muayyen mal vasiyeti yoluyla lehine kazandırmada bulunulması yasal olarak mümkün olan kişiler lehine, ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmak suretiyle kazandırmada bulunmanın da mümkün olması (*D.39.6.9*), *inter vivos* bağışlamalar ile *mortis causa* bağışlamalar arasındaki farklardan birini teşkil etmektedir, BUCKLAND, Text-Book, s. 257

<sup>113</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere bağışlayanın klasik hukuk döneminde de böyle bir hakka sahip olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Borçlar Kanunu'nda bağışlayanın kayıtsız şartsız dönebileceği bağışlama (bağışlayanın iradî bozucu şartına bağlı bağışlama) tipi öngörülmemiştir. Ancak MK. m. 565/3'de saklı payın hesaplanmasında terekeye dahil edilmesi ve dolayısıyla saklı payın ihlâl edilmesi durumunda tenkis edilmesi gereken tasarrufları belirlemek için bağışlayanın dilediği zaman dönebileceği bağışlamalardan söz edilmektedir. Bu nedenle hukukumuzda bağışlayanın kayıtsız şartsız dönebileceği bağışlama yapma imkânı mevcuttur. YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B., *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul 2012, s. 171.

<sup>114</sup> BUCKLAND, Elementary, s. 102; LEAGE, 143; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; SHERMAN, s. 226, 230.

<sup>115</sup> Klâsik Roma hukuku, gerek ölüme bağlı tasarruflara gerekse sağlararası yapılan hukukî muamelelere mükellefiyet yüklenmesine izin veriyordu. Fakat önceleri ya kamunun yararına ya da tamamıyla dinî nitelikte olan mükellefiyetler, daha ziyade vasiyetnamelerin muhtevasını teşkil eder ve özellikle *legatum*'lara ilâve edilirlerdi. Mirasçı nasbı halinde de mükellefiyet yüklenip yüklenmediği

bağışlama konusu malın iktisabı o mükellefiyetin ifasına bağlı değildi. Klasik dönem hukukçuları, bu tür bir mükellefiyetten söz etmek istediklerinde *modus* kavramı yerine “mükellefiyet tahtında vermek” anlamına gelecek şekilde *donare ut, dare ut, donare ea condicione ut, in hoc dare ut* (D.23.3.5.9, D.39.5.2.7) ifadelerinden birini kullanarak *modus* kavramını, *condicio* (şart) kavramından açıkça ayırırlardı. Zira bağışlayan, menfaatin sağlanmasını bu külfetin ifasına bağlamazdı. Önceleri bağışlanan, bir *stipulatio* ile taahhütte bulunmadığı sürece hukukî bir mükellefiyet altına girmemekteydi (D.45.1.122, D.45.1.135.3). Ancak, *Iustinianus* hukukunda, bağışlayan, *modus*’un ifasını *actio praescriptis verbis* yoluyla talep edebilme imkânına kavuşmuştur<sup>116</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, bağışlananın nankörlük etmiş olması halinde de, bağışlayanın bağışlamadan rücu etmesi mümkündür. Nankörlük sebebiyle bağışlamadan rücu imkânı çocuklara, torunlara ve azatlılara yapılan bağışlamalar ile sınırlandırılmışken, *Iustinianus* döneminde bu hakkın, bağışlananın kim olduğuna bakılmaksızın bütün bağışlama muameleleri açısından kullanılabilmesi kabul edilmiştir<sup>117</sup>. Bağışlayanın mirasçılarının, nankörlük sebebiyle bağışlamadan rücu etmeleri mümkün olmadığı gibi, bu yetkinin bağışlananın mirasçılara karşı kullanılması da mümkün değildi. Klasik sonrası hukuk döneminde (M.S. 355) ise, sonradan çocuk sahibi olmuş eski maliğin azatlıya daha önce yaptığı bağışlamalardan rücu edebileceği kabul edilmiştir (C.8.55.8)<sup>118</sup>.

---

hususla ihtilâflıdır. Roma’da mükellefiyet hususî bir ferдин menfaati için yüklenemediği gibi, bugünkü hukukun aksine mükellefiyetin yerine getirilmesi için ilgisine bir dava hakkı tanınmış da değildi. Ancak mükellefiyet kavramı, *Corpus Iuris Civilis*’de bu günkü şeklini aldı ve kendi niteliğini izah eden *modus* kavramı ile anılmaya başlandı. GÜRSOY, K. T., Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, AÜHFD, c. 10, S. 1-4, Y. 1953, s. 458-459.

<sup>116</sup> DI MARZO, s. 492-493; Aynı yönde bkz. SHERMAN, s. 226-227. Mükellefiyetli bağışlama, bağışlananın, bağışlama konusu malı belli bir amaca tahsis etmek suretiyle, bu maldan elde ettiği geliri, bağışlayanın iradesi doğrultusunda çeşitli hayır işleri için harcanmasını temin etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. RICKET, C. E. F., Charitable Giving in English and Roman Law, A Comparison of Method, CLJ, pp. 118-147, Vol. 38, 1979, s. 133 vd. Klasik hukuk döneminde, bağışlanan, mükellefiyeti yerine getirmeye zorlanamazdı. Ancak mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde bağışlayan bağışlamadan rücu etme ve böylece *condictio* yoluyla verdiğini geri alma imkânına sahipti. BUCKLAND, Text-Book, s. 253-254; BUCKLAND, Manuel, s. 151; SCHULZ, Classical, s. 568-569. Klasik sonrası hukuk döneminde (3. yy’dan itibaren) ise, bağışlayanın, verdiğinin iadesini *rei vindicatio utilis*’e dayanmak suretiyle talep edebileceği kabul edilmiştir. BUCKLAND, Text-Book, s. 253-254; BUCKLAND, Manuel, s. 151.

<sup>117</sup> HAUSMANINGER/SELB, s. 266; ZIMMERMANN, s. 497; BUCKLAND, Text-Book, s. 254; BUCKLAND, Manuel, s. 151-152; DI MARZO, s. 491; BURDICK, s. 429; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; MELVILLE, s. 243; KASER/KNÜTEL, s. 240; I.2.7.2’de belirtildiği üzere, kendi menfaatlerine bağış yapılmış olan kimseler nankörlük ederlerse hibe verenler, yaptıkları hibeden rücu edebilirler. Çünkü mallarını başkalarına bağışlamış olanların, bu kişilerden hakaret ve zarar görmeye tahammül etmek zorunda olmaları gerekir.

<sup>118</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 254; BUCKLAND, Manuel, s. 151-152; DI MARZO, s. 491; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; GOUDSMIT, J. E., The Pandects; A Treatise on The Roman Law, And Upon Its Connection With Modern Legislation (Translated by De Tracy Gould, R.), New Jersey

*Donatio inter vivos* un aksine, rücu edilebilirlik, *donatio mortis causa* açısından muamelenin esaslı unsuru niteliğindedir. Zira, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlama muamelesinden rücu edemeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde, taraflar arasındaki muamelenin teknik anlamda *donatio mortis causa* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>119</sup>.

### III.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR ÇERÇEVESİNDE ELE ALINMASI

#### A.Donatio Mortis Causa’ya Başvurulan Haller

Klasik hukuk döneminde, bir kimsenin terekesi üzerinde iradesi doğrultusunda tasarrufta bulunabilmesi için başka imkânlar (*testamentum*) da mevcut olmasına rağmen, kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla, ölüme bağlı bağışlama, ihtiyaçlara cevap veren ve oldukça sık kullanılan bir hukukî işlemi. Zira, Romalı hukukçular, ölüme bağlı bağışlamayı vasiyetname görevini yerine getirecek şekilde kullanmaktaydılar. Miras hukuku alanındaki diğer kurumlar ile yapılan karşılaştırma, ölüme bağlı bağışlamanın, hukukî anlamda belirli ihtiyaçları tek başına karşılayabilecek bir

---

2005, s. 199-201; Aynı yönde bkz. MELVILLE, s. 243.

<sup>119</sup> BUCKLAND, Elementary, s. 101; Yaron’a göre, ölüme bağlı tasarruf muamelelerinin gelişimi dikkate alındığında, Roma hukuk sisteminde olduğu gibi, genellikle, muamelenin iptal edilebilirliğine doğru, giderek artan bir eğilimden söz edilebilir. Keza *mancipatio familiae* (külçe ve terazi ile yapılan vasiyetname-*testamentum per aes et libram*) neticesinde aile mamelekinin *familiae emptor*’a (malların alıcısı) devredilmesi halinde, bu muameleden rücu edilmesi mümkün olmadığı gibi, eski ve klasik hukuk devrinde, *donatio mortis causa*’dan rücu edilmesi, ancak, bağışlayanın iyileşmesi şartına bağlıdır. Klasik sonrası hukuk devrinin sonlarından itibaren ise, bağışlayanın, dilediği zaman ölüme bağlı bağışlamadan rücu edebileceği kabul edilmiştir. YARON, R., Gifts In Contemplation Of Death In Jewish And Roman Law, Oxford University Press 1960, s. 52. Eski Roma’da vasiyetnamenin işlevini sağlar arası bir işlem niteliğine sahip olan “*mancipatio familiae*” üstlenmişti. Bir eşya hukuku işlemi karakteri taşıyan bu hukukî işlem çerçevesinde *pater familias*, aile mallarını güvenilir bir kişiye (*familiae emptor*) emanet eder ve bu kişiye, kendi ölümünden sonra bu malları belirli kişi ya da kişilere devretmesi görevini yüklerdi. Bu nedenle Roma hukukunda, ölüme bağlı tasarrufların tarihsel kökeninin doğrudan doğruya sağlar arası (*inter vivos*) işlem yoluyla gerçekleştirilen ölüme bağlı kazandırmalara dayandığı sonucuna varılabilir. Ölüme bağlı kazandırıcı işlemlerin atası gözüyle bakılabilecek olan sağlar arası *mancipatio familiae* işleminin, modern hukuk sistemlerindeki anlamıyla bir ölüme bağlı tasarrufa, tek taraflı bir işlem olan vasiyetnameye dönüşmesi için, bu işlemde hukukî ağırlığın mülkiyet devri ögesinden şekil ögesine kaymasını, bir diğer ifadeyle, mirasbırakanın ölüme bağlı son dileklerini dile getirip billurlaştıran sözlerle (*nuncupatio*) öncelik verilmesini ve *familiae emptor*’un da sıradan bir tanık konumuna düşmesini beklemek gerekir. Ancak belirtilmez ki Roma hukukunda, sağlar arası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı, bu tarihsel aşamadan sonra da, olağan bağışlama ile vasiyet rasında ortalama bir yer tutan *donatio mortis causa* ile varlığını sürdürmeye devam etmiştir. SEROZAN, s. 45-46.

muamele olduğunu göstermekte ve bu ihtiyaçların göz önünde bulundurulması suretiyle bu muamelenin uygulama alanı bulduğu halleri sıralama imkânı doğmaktadır. Ne var ki, konuyla ilgili kaynakların yetersizliği karşısında, Romalıların gerçekten her konuda ölüme bağlı bağışlama muamelesini kullanıp kullanmadıklarını kontrol etmek mümkün değildir<sup>120</sup>.

Bağışlayan, bağışlama konusu mala kendisi ihtiyaç duyduğu ve bu maldan yararlandığı sürece, bağışlanan, ancak bağışlayanın yerini bir başkası aldığı zaman bu mala sahip olabilecektir. Bu durumda, bağışlama konusu mal, küllî halefiyet (*successio per universitatem*) yoluyla mirasçılara intikal etmeyecek, aksine, ölüme bağlı bağışlama neticesinde bağışlananın cüz'î halefiyet (*successio in singulas res*) yoluyla iktisapta bulunması sağlanacaktır. Böylece bağışlayan, malvarlığının bir kısmı üzerinde, ölümünden sonra etkili olacak şekilde tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Böylece, “*donatio mortis causa*”, “*mortis causa negotia*” arasında yer almakta ve yalnızca tek taraflı ve rücu edilebilir muamelelerin “*mortis causa negotia*” olarak nitelendirilebileceği yönündeki görüş ile uyumlu olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu noktadan yola çıkılarak, kişilerin, tek taraflılık ve rücu edilebilirlik konularına önem vermelerine gerek kalmaksızın, malvarlıkları üzerinde, kendi ölümünden sonra etkili olacak şekilde tasarrufta bulunabilmelerinin mümkün hale geldiği ve buna imkân veren hukukî muamelelerin de “*mortis causa negotia*” muameleleri arasında yer aldığı sonucuna varılabilir<sup>121</sup>.

Ayrıca, Pandekt hukukçularının bu konuya ilişkin olarak ortaya koydukları tanım üzerinde yapılan çalışmalardan anlaşıldığı üzere; ölüme bağlı bağışlamanın konusunu oluşturan şeyin kaderi, terekeye dâhil olan ve vasiyetnameye veya kanunî mirasa ilişkin diğer kurallara göre sahiplerini bulacak malların kaderlerinden farklı olup; bağışlama konusu mala mirasçı veya mirasçılar değil bir başkası, yani kendisine ölüme bağlı bağışlamada bulunulan kimse sahip olmaktadır. Bu durumdan açıkça anlaşılabileceği üzere, *donatio mortis causa* ile terekeye dâhil olan mallara ilişkin olarak getirilen kısıtlamalar, *legatum* yoluyla getirilen kısıtlamalardan bile daha ileriye gitmektedir. Çünkü *legatum*, miras hukukunu düzenleyen kurallara tâbi olup, bu muamelenin etkisi daha ziyade, kendisine belirli mallar bırakılması halinde, bu

---

<sup>120</sup> SIMONIUS, s. 10.

<sup>121</sup> COHEN, s. 6- 7

malların lehdara teslim edilmesi yükümlülüğünün mirasçıya yüklenmesi şeklinde kendini göstermekteydi. *Donatio mortis causa*'nın varlığı halinde ise, yalnızca bağışlayan ve bağışlanan taraflar söz konusu olmakta ve bu ilişkide üçüncü bir kişinin varlığından söz edilememekteydi <sup>122</sup>.

Netice itibariyle bir bağışlama olması sebebiyle ölüme bağlı bağışlama akit karakterine sahipti <sup>123</sup>. Simonius'a göre, klasik hukuk döneminde, henüz ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin genel bir cayma hakkının varlığından söz edilemezken, diğer ölüme bağlı tasarruf muamelelerinde ise, tasarrufta bulunan kimse, hayatta olduğu sürece, muameleden dönme veya değişiklik yapma imkânına sahipti. Taraflar, muamelenin hükümlerini kesin olarak tayin etmek, bir diğer ifadeyle, bağışlayan tarafından bir daha bozulamayacak ve geri istenemeyecek şekilde düzenlemek istedikleri takdirde, *donatio mortis causa*'ya başvurmakta; böylece, ölüme bağlı bağışlama, Roma hukukuna yabancı olan miras sözleşmesinin kısmen dahi olsa yerine geçmekteydi. Buna göre, ölüme bağlı bağışlamanın, yaklaşan bir ölüm tehlikesi söz konusu olmadan ve bağışlayan henüz hayattayken malvarlıksal değerlerinde bir azalma meydana gelmeksizin kurulduğu hallerde, adeta bir miras sözleşmesi vazifesi gördüğü sonucuna varılabilirdi. Bizzat bağışlayanın kendi ölümüne bağlı olarak taahhütte bulunduğu veya *donatio retentio* <sup>124</sup> *usufructu*'da

---

<sup>122</sup> COHEN, s. 7- 8

<sup>123</sup> *Donatio mortis causa* ile *legatum* arasındaki en temel farklardan biri, bağışlamanın iki taraflı bir hukukî muamele yani akit olması sebebiyle, bu muamelenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarına ihtiyaç duyulmasıdır. Buna karşılık *testamentum*, tek taraflı bir hukukî muamele olup hukukî sonucun meydana gelmesi için tek bir kişinin irade beyanı yeterlidir. Bu nedenle, ölüme bağlı bağışlamanın konusu olan mal, bağışlayanın terekesinden değil, ölümün gerçekleştiği yani bağışlamanın hükümlerini doğurmaya başladığı andan itibaren bağışlayanın malvarlıksal değerleri arasından çıkıp bağışlanana geçmekte ve böylece ölüme bağlı bağışlama muamelesi, mirasçılardan miras kabul etmeleri halinde hükümlerini doğurabilen muayyen mal vasiyetinden farklı olarak, üçüncü bir kişinin aracılığına gerek kalmaksızın hükümlerini doğurabilmektedir. Roma hukukuna göre bir sözleşme yapılmak suretiyle küllî halefiyet tesis edilemeyeceği için *mortis causa* olarak kendisine bağışlamada bulunulan kimse, bağışlayanın bütün malvarlığının bağışlamanın konusunu teşkil ettiği hallerde dahi küllî halef olamamaktadır (*D.39.6.42 pr.*). Ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile küllî halefiyet tesis edilemeyeceğinden, yasal mirasçılar, *quarta Falcidia*'nın ölüme bağlı bağışlama muamelesi üzerinden karşılanmasını talep edebildikleri gibi, bu kimseler, aynı zamanda saklı paylı mirasçı olmaları halinde, bu saklı paylarının karşılanmasını da talep etme hakkına sahip olabilmekteydiler. COHEN, s. 161-162.

<sup>124</sup> *Retentio*: Normal şartlar altında bir şeyi sahibine iade etmekle mükellef olan bir kimsenin, bu şeyi iade etmekten kaçınması. Bu şekilde bir alıkoyma çeşitli hallerde söz konusu olabilir. Özellikle bir malı herhangi bir sebebe dayanarak geçici olarak elinde tutan ve kendisinden o malın iadesi istenen kimsenin, o mal için yaptığı masrafları alana kadar malı iade etmekten kaçınması. Bu durumda malın sahibi tarafından dava açılması halinde, iadeden kaçınan kimsenin *exceptio doli* ileri sürülebilmesi imkanı mevcut olup *exceptio* 'nun dayandığı sebebin gerçekliğinin ispatı halinde, malı iade etmekten kaçınan kimse, talebi yerine getirilinceye kadar, iadeden kaçınmaya devam edebilir. Ayrıca mirasçının *legatum* veya *fideicommissum*'dan doğan borcunu yerine getirmeden önce, *lex Falcidia*'ya dayanarak

olduğu gibi bağışlayan tarafından görevlendirilen üçüncü kişinin bağışlayanın ölümüne bağlı olarak taahhütte bulunduğu haller bu durumun örneklerini teşkil etmekteydi<sup>125</sup>. Ancak bağışlanana *fideicommissum* ile yükümlendirme imkânının tanınması<sup>126</sup>, *donatio mortis causa*'yı, Romalılar tarafından bilinmeyen miras sözleşmesinin yokluğundan doğan boşluğu kısmen dahi olsa doldurmak şeklinde üstlenmiş olduğu rolden uzaklaştırmıştır<sup>127</sup>.

Klasik hukuk döneminde, ölüme bağlı bağışlamanın tâbi olduğu bir geçerlilik şekli mevcut olmayıp, bağışlamanın ifasını sağlayan hukukî muamelelerin (*mancipatio, traditio, stipulatio, acceptilatio* vb.) tâbi olduğu şekil kurallarına uyulması yeterliydi. Şekil serbestîsi sayesinde, ölüme bağlı bağışlama, *fideicommissum* ile birlikte her konuda, özellikle bir vasiyetnamenin (*testamentum*) veya bir *codicilli*<sup>128</sup>,nin hazırlanmasının mümkün olmadığı hallerde başvurulabilen bir muamele niteliğindeydi. Ani bir ölüm tehlikesinin belirmesi halinde, bu tehlike ile karşı karşıya kalan kimsenin istediği kişilere vasiyette bulunmak amacıyla *lipripens*<sup>129</sup> ve şahitleri bulup davet etmek için yeterli zamanı olmayacağı için, bu gibi hallerde ölüme bağlı bağışlamaya başvurulması daha kolaydı<sup>130</sup>.

Ölüme bağlı bağışlamanın vasiyetnamenin tâbi olduğu şekil kurallarından muaf

---

terekenin net tutarının dörtte birini talep ettiği hallerde de *retentio*'nun varlığından söz etmek mümkündür. Kompilatörler tarafından metinler üzerinde yapılan değişiklikler dolayısıyla artık fark edilememekle birlikte, *retentio*'nun klasik hukuk döneminde, birçok hukukî durum için uygulanabilme özelliğine sahip olduğu söylenebilir. BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.

<sup>125</sup> Bkz. C.8.56.2.2, D.31.77.2, D.39.6.42 pr.

<sup>126</sup> Bkz. D.33.4.11

<sup>127</sup> SIMONIUS, s. 10-11. Rüger'e göre, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa* açısından genel nitelikte bir cayma hakkının mevcut olmadığını ileri sürenler, *fideicommissum* ile rücu edilebilirlik arasındaki ilişkiyi gözden kaçırmaktadırlar. D.31.77.1'de belirtildiği üzere, *donatio mortis causa* muamelesi her zaman *fideicommissum* ile yükümlendirilebilmekteydi (*Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest*). Metinde kullanılan *quoquo tempore* ifadesi, bağışlayanın, bağışlama muamelesinin kurulduğu andan itibaren bağışlanana *fideicommissum* ile yükümlendirebilme imkânına işaret etmektedir. Bağışlayanın, bağışlanana, hayatta olduğu sürece bağışladığı miktar ölçüsünde *fideicommissum* ile yükümlendirebilmesi, aslında bağışlayanın bağışladığı malvarlıksal değeri her zaman geri alabileceği başka bir ifadeyle bağışlamadan rücu edebileceği anlamına gelmektedir. RÜGER, s. 237.

<sup>128</sup> *Codicilli*: Vasiyetnameyi teşkil eden tabletlerden (*tabulae testamenti*) ayrı olarak, vasiyetnameye ilâve edilen ve ölüme bağlı tasarrufları içeren tabletler. Bunlarla, mirasçı nasbı hariç, her türlü vasiyette bulunulabilirdi (I. 2.25). UMUR, Lügat.

<sup>129</sup> *Lipripens*: *Per aes et libram* muamelelerinin yapıldığı sırasında terazi tutan kimse. UMUR, Lügat.

<sup>130</sup> SIMONIUS, s. 11-12; Dropsie'ye göre her ne kadar *donatio mortis causa* ile *legatum* arasında benzerlikler olsa da, *donatio mortis causa* netice itibarıyla bir tür bağışlama muamelesi olup bu muamelenin geçerli bir şekilde kurulduğundan söz edilebilmesi için bir *codicilli*'nin düzenlenmesine gerek yoktur. DROPSIE, s. 179-180.

olması, bu muamelenin farklı durumlarda kullanılabilme imkânlarını da beraberinde getirmektedir. Buna göre, bağışlayanın, ölüme bağlı bağışlamada bulunabilmek için *testamenti factio activa*'ya<sup>131</sup> sahip olmasına gerek yoktur<sup>132</sup>. *D.39.6.25.1*'de yer alan düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, bir kimsenin geçerli bir şekilde ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapabilmesi için sözleşme yapma ehliyetine (*Vertragsfähigkeit*) sahip olması gerekli ve yeterlidir. *D.39.6.25 pr.*'da ölüme bağlı bağışlamanın vasiyetname yapma ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından da yapılabileceği ifade edilerek, vasiyet yoluyla tasarrufta bulunabilme ehliyetinden (*Testierfähigkeit*) söz edilmiş ve *D.39.6.25.1*'de, *testamenti factio*'ya sahip olmayan *filius familias*'ın, *pater familias*'ın rızasıyla, sahip olduğu *peculium*<sup>133</sup> üzerinde

<sup>131</sup> *Testamenti Factio*: Vasiyette bulunmak, mirasçı nasbetmek, ölüme bağlı bir mamelek tasarrufunda bulunmak, bir kimseyi vasi tayin etmek veya vasiyetname tanzim edilirken şahit olabilmek ehliyeti. Postklasik devirde, mirasçı olabilmek ehliyetine de *testamenti factio* dendiğinden, Ortaçağ hukukçuları bunu *passiva* ve *activa* olmak üzere ikiye ayırdılar. *Testamenti factio activa*'ya, Roma vatandaşı, *sui iuris* ve fiil ehliyeti olanlar sahiptiler. Bu ehliyetin, vasiyetname yapıldıktan itibaren, vefat anına kadar devam etmesi lâzımdı. UMUR, Lügat.

<sup>132</sup> SIMONIUS, s. 12; DROPSIE, s. 180; DI MARZO, s. 514. *Donatio mortis causa*, sadece *testamenti factio activa*'nın eksikliği halinde başvurulabilen bir muamele olmayıp, klasik sonrası hukuk döneminde, ayrıca vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunma ehliyetine getirilen sınırlamaları dolanmak amacıyla da kullanılmıştır. Bununla birlikte, Nov. 87'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunma ehliyetine getirilen sınırlamalara ilişkin bu hükümler, zamanla *donatio mortis causa*'yı da kapsayacak hale getirilmiştir. SIMONIUS, s. 14. Vasiyette bulunan kimsenin, vasiyetname yapılırken *testamenti factio activa*'ya sahip olması, yani Roma vatandaşı olması, malvarlığı ve fiil ehliyetine sahip olması gerekirdi. Bu nedenle, kendi malvarlıkları olmadığı için aile evlâtlarının ve fiil ehliyetleri olmadığı için müsriflerin ve reşit olmayanların vasiyet ehliyetleri yoktu. Ayrıca bazı kişilerin (sağır, dilsiz, kör), vücut durumları nedeniyle, vasiyetnamenin tâbi olduğu şekil kuralları bakımından vasiyet ehliyetleri yoktu. Mirasın amacı, *familia*'nın idaresi için bir halef tayin etmek olduğundan, vasiyette bulunmak için *pater familias* sıfatına sahip olmak gerekirdi. Bu nedenle aile evlâtları (*filius familias*) aile reisinin rızası olsa bile vasiyette bulunamazlardı (*D.28.1.6 pr.*; *C.6.22.11*). Hukukçular ise bu kuralı, *filius familias*'ların kendilerine ait bir malvarlıklarının olmaması ile izah etmeye çalışmışlardır (*Ulp. 20.10*). Augustus, aile evlâtlarına, *peculium castrense* üzerinde vasiyette bulunabilme ehliyetini tanımış ve Iustinianus bunu *peculium quasi castrense*'ye teşmil etmiştir. Kör, sağır ve akıl hastalarının ehliyetsizlikleri sonraları hafifletilmiş, kadınların ehliyetsizliği ise, üzerlerindeki vesayaetin kalkması sonucu, tamamen kaybolmuştu. UMUR, s. 167-168; UMUR, Ders Notları, s. 509; DI MARZO, s. 514; KOSCHAKER/AYİTER, s. 365. Aynı yönde bkz. HONIG, s. 374; KÜÇÜKGÜNGÖR, Muayyen Mal Vasiyeti, s. 508-509. Roma hukuk anlayışına göre, atalarından kalan malları düşüncesizce sarf eden müsrif, hukukun katı kuralları ile karşılaşmaktadır. Aile, başında geçici olarak bulunacak reisinin ihtiyatsızlıklarına nezaret etmek için orada bulunmaktadır. Böylece, soruşturmadan sonra, praetor resmî bir törenle müsrifin fiil ehliyetini kısıtlar ve müsrif, akıl hastası (*furiosus*) gibi, kayyıma tâbi olur. VILLEY, M., Roma Hukuku Güncelliği (çev. Tahiroğlu, B.) İstanbul 2010, s. 87.

<sup>133</sup> Aile reisinin (*pater familias*) veya efendinin (*dominus*) aile elâtlarına veya kölelerine yönetmek ve işletmek üzere aile mamelekinden ayırarak verdiği mallar veya ekonomik bir değer taşıyan haklara *peculium* denmekteydi. İlk zamanlarda aile evlâtları ve köleler *peculium*'un tahsisi ile *peculium*'a dâhil olan mallar üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisini kazanıyorlardı. Ancak bu mallar üzerinde ivazsız muamelelerde bulunma yatkınlığına sahip değillerdi. Örneğin bu malları başkalarına bağışlayamazlar, üzerlerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunamazlardı. Zamanla *peculium*'un sadece tahsis edilmiş olmasının, aile evlâtlarına ve kölelere, *peculium*'a dâhil olan malları yönetme ve işletme yetkisi vermediği görüşü yerleşmeye başladı ve bunun için ayrıca özel bir yetkinin (*concessio administrationis*) verilmesi gerektiği kabul edildi. Iustinianus döneminde, hâkimiyet hakkına sahip olan kimse, hâkimiyet altındaki kimseye, *peculium*'u serbestçe idare edebilme yetkisini (*libera*

tasarruf ederek ölüme bağlı bağışlamada bulunabileceği ifade edilmek suretiyle adeta, *D.39.6.25 pr.*'da belirtilen durum bir örnek ile kuvvetlendirilmiştir<sup>134</sup>.

*D.39.5.7.2*'de yer alan düzenlemede belirtildiği üzere, aile evlâdına *peculium* tahsis edilmiş (*libera peculii administratio*) ve bu sermaye üzerinde bağışlamada bulunarak tasarruf edebileceği belirtilmişse, aile evlâdının geçerli bir şekilde bağışlama muamelesi yapabileceğinden şüphe edilmemesi gerekir. *D.39.5.7.3*'e göre, aile reisinin hâkimiyeti altında bulunan aile evlâdının mensup olduğu sınıfta, bu sonuca varılabilmesi için yeterliydi. Buna göre *senatus* sınıfına mensup olan bir kimsenin hâkimiyeti altında bulunan *filius familias*<sup>135</sup>, aksi açıkça belirtilmediği sürece,

---

*administratio peculii*) açıkça vermemişse, hâkimiyet altındaki kimse bu mallar üzerinde tasarruf muameleleri yapamamaktaydı. *Peculium* olarak verilen bu mallar hukuken aile reisinin veya efendinin mamelekinden çıkmamıştır. Aile reisinin veya efendinin ölümü halinde *peculium* aile reisinin veya efendinin mamelekinde kalır ve onun mirasçılara geçerdi. Ancak genellikle *peculium*, aile reisi veya efendi tarafından aile evlâdına veya köleye muayyen mal vasiyeti olarak bırakılmaktaydı. Köleler bakımından söz konusu olan *peculium*'un mahiyeti ve hukukî düzenleniş tarzı, tarihî gelişim içerisinde çok az değişmiştir. Oysa bu müesseseye aile evlâtları bakımından sürekli bir gelişim kaydetmiştir. Aile reislerinin ekonomik kaygılarından ve tarımdan ticarete geçişin yarattığı hukukî zorluklara bir çözüm yolu olarak, tamamen pratik amaçlarla ortaya çıkan bu müesseseye, uzun ve sürekli bir gelişim sonucunda doğuşundaki amacı aşmış ve Roma hukukunda çok önemli değişiklikler yaratmıştır. *Peculium* yoluyla aile evlâtlarının kazandığı mamelek ehliyeti aile mamelekinin dağılmasında ve eski Roma ailesinin çözülmesinde rol oynamıştır. Bir taraftan baba hâkimiyetine dayanan ailenin büyümesinin yarattığı bir arada yaşama ve barınma güçlükleri, diğer taraftan ekonomik ve siyasi gelişme sonucu aile evlâtlarının baba evlerini terk etmelerinin sebep olduğu çözümlene *peculium* müessesesini yaratmış ve geliştirmiştir. Diğer taraftan *peculium*'un aile evlâtlarına kazandırdığı ekonomik bağımsızlık ailenin çözülmesini hızlandırmıştır. Bu müessesenin beraberinde getirdiği bir diğer önemli değişiklik de aile evlâtlarına mamelek ehliyeti sağlamak suretiyle kişisel mülkiyet kavramını geliştirmesidir. Zira aile mameleki bir küle olarak ailenin tümüne ait sayılıyor, bu mamelek üzerinde tasarruf etme yetkisi ise aile reislerinin tekelinde görülmüyordu. KARADENİZ, Ö., Roma Hukukunda "Peculium" Müessesesi, AÜHFD, c. 25, S. 1-2, Y. 1968, s. 182 vd.

<sup>134</sup> COHEN, s. 26-27; DROPSIE, s. 180. Aynı yönde bkz. LIEBS, Schenkung, s. 1022.

*D.39.6.25 pr. (Marcianus libro IX ad institutionum):* *Tam is qui testamentum facit quam qui non facit mortis causa donare potest.*

*D.39.6.25.1 (Marcianus 9 inst.):* *"Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest"*

Metinden anlaşıldığı üzere, aile reisinin izni olsa bile vasiyetname düzenleyemeyen aile evlâdı, aile reisinin izin vermesi halinde *donatio mortis causa* muamelesi yapabilir.

*D.28.16 pr. (Gaius 17 ad ed. Provinc.):* *"Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit"*

Metinde ifade edildiği üzere, *patria potestas* altında bulunan bir kimse, aile reisinin izni olsa bile hukuken geçerli bir vasiyetname düzenleyemez.

*I. 2.12 pr.: "Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim hi qui alieno iuri subiecti sunt testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint..."*

"Vasiyette bulunma salahiyeti herkese verilmemiştir. Her şeyden evvel, başkasının hâkimiyeti altında bulunanlar vasiyette bulunmak hakkını haiz değildirler, o kadar ki, aile reisleri onlara bu müsaadeyi verse bile yine muteber olarak vasiyette bulunamazlar..."

<sup>135</sup> Kural olarak, aile evlâdı anlamına gelen *filius familias* kavramı, erkek çocukları kapsamakta, kız çocukları için *filia familias* kavramı kullanılmaktaydı. Ancak burdan yola çıkılarak, *peculium*'un yalnızca erkeklerle tahsis edildiği sonucuna varmak doğru olmaz. Belirli bir mal grubunu ya da bir miktar parayı yönetmekle görevlendirilmiş olan kız evlâtlar da, Roma hukukunda karşımıza

kendisine tahsis edilen *peculium* üzerinden bağışlamada bulunabilmekteydi. Ancak, *D.39.5.7.4*'de yer alan düzenlemeye göre, aile reisi, aile evlâdının kendisine tahsis edilen sermayeyi *donatio inter vivos* ile bağışlamasını yasaklamışsa, aynı yasağın *donatio mortis causa* için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira, *D.39.5.7.5*'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, aile evlâdının bu sermaye üzerinde *donatio mortis causa* yoluyla tasarrufta bulunabilmesi, aile reisinin buna ayrıca izin vermiş olmasına bağlıdır. Ancak belirtmelidir ki, *D.39.5.7.5*'de *donatio mortis causa* ile *donatio inter vivos* arasında yapılan ayırım ehliyeteye ilişkin olmayıp, sadece aile reisi tarafından aile evlâdına bağışlama muamelesi yapılabilmesi hususunda tanınan yetkinin her zaman ölüme bağlı bağışlamada bulunabilme yetkisini de kapsamadığı hususuna ilişkindir. Burada üzerinde durulan konu, aile evlâdına *donatio mortis causa* muamelesi yapabilme yetkisinin ayrıca tanınması gerektiğidir. Bu nedenle *D.39.5.7.5*'de yer alan düzenleme, bağışlama kavramının genel anlamda ölüme bağlı olarak yapılan veya yapılmayan her türlü bağışlamayı kapsayacak şekilde kullanıldığını belirten *D.50.16.67.1*'de yer alan düzenlemenin de istisnasını teşkil etmektedir<sup>136</sup>.

*Pater familias*'ın işletilmek üzere oğluna veya kölesine verdiği, mülkiyeti kendisinde kalan, aile evlâdının ve kölenin borçlarından tahsis edilen sermaye miktarı ile sınırlı olacak şekilde sorumlu olduğu *peculium profecticium*'un yanı sıra üzerinde durulması gereken bir diğer *peculium* türü daha mevcuttur. Buna göre, mülkiyeti aile evlâdına ait olan ve aile reisinin sadece intifa hakkına sahip olduğu *peculium adventicium*, aile evlâdının malvarlığına dâhil olduğundan, aile evlâdı, bu sermaye üzerinde tasarruf yetkisine (Verwaltungsbefugnis) sahip olup, aile reisinin izni olmaksızın ölüme bağlı bağışlamada bulunabilmekteydi<sup>137</sup>. Aynı durum *peculium*

---

çıkılmaktadır. *I.4.6.10*'da yer alan düzenlemede, *peculium*'un kız evlâtlara da tanınabileceği belirtilmiştir. Roma hukukunda belli şekillerde evlenen kadınlar, kocasının veya kocasının yaşayan bir erkek üst soyu varsa onun hâkimiyeti altına girdiklerinden, bu şekilde evlenmiş kadınlar da, kız evlât statüsünde sayılıyorlardı. Ancak *ius civile*'ye göre, *manus* altındaki kadınların yaptıkları sözleşmeler, kocayı bağlamazdı. Koca, bu durumdaki bir kadına *peculium* tanımışsa, kadının kurduğu bütün hukukî ilişkilerden sorumlu tutluyordu. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, G., Roma Hukukunda Actio De Peculio, DEÜHFD, c. 7, S. 2, Y. 2005, s. 109, dn. 25.

<sup>136</sup> COHEN, s. 27-28.

<sup>137</sup> *Pater familias*'dan önce ölen karısı çocuklarına miras yoluyla mallar bırakabildiği gibi özellikle *manus*'un bulunmadığı evliliklerde *filius familias*'ın ölen karısı da, kendisine miras yoluyla mallar bırakabilmekteydi. Bu mallar hukuken *pater familis*'in sayıldığından gerçekte aile evlâdına ait olmaz ve hemen *pater familias*'a intikal ederdi. İmparator *Constantinus* tarafından getirilen ve ailede çocukların malvarlığı bakımından bağımsız hale gelmesine olanak sağlayan hüküm gereğince, *bona materna* denilen bu mallar *filius familias*'a kalıyor ve *pater familias* bu malların yalnız idaresini ve

*castrense* ve *peculium quasi castrense*<sup>138</sup> için de geçerlidir. Bu nedenle söz konusu sermayeler açısından aile evlâdının adeta *pater familias* gibi hareket ettiği sonucuna varılabilir<sup>139</sup>.

Aile reisinin rızası olsa bile vasiyetname düzenleyemeyen aile evlâdının, *paterfamilias*'ın onayı ile yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelesinin, sosyolojik bakımdan aile evlâdı tarafından yapılmış gözükse de, hukukî açıdan *paterfamilias* tarafından yapılmış olduğu gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Kendisine ait bir malvarlığı bulunmayan ve aile reisinin sahip olduğu malvarlığı üzerinde tasarruf etme ehliyetine sahip olmayan aile evlâdı, aile reisinin, malvarlığından ayırmak suretiyle kendisine tahsis ettiği *peculium* üzerinde tasarrufta bulunduğu zaman, adeta aile reisinin doğrudan vekili sıfatıyla hareket ettiğinden, bağışlama muamelesinin asıl tarafı aile reisi olmuştur. Bu nedenle, aile evlâdı

---

intifa hakkını elde ediyordu. *Pater familias*'ın bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olmadığından, kendisinin ölümünde bu mallar terekenin dışında kalır ve mirasa dâhil olmayan mallar gibi maliklerine yani çocuklara iade edilirdi. *Constantinus*'un bu malların çocuklara kalacağını ifade etmesi aslında *pater familias*'ın malik olmadığı anlamına gelmemekteydi. Bu düzenleme ile çocukların daha sonraki mülkiyet hakları teminat altına alınmış ve sanki “beklenen bir hak” tesbit edilmiştir. *Pater familias*'ın bu mallar üzerindeki hakkı gittikçe zayıflarken çocukların hakkı kuvvetlenmiş ve nihayet *Iustinianus* zamanında çocuklar malların sarîh maliki olmuş ve *pater familias* intifa hakkı sahibi olarak kalmıştır. Özetle çocukların iktisap edebilecekleri malların kapsamı zaman içerisinde genişlemiştir. *Theodosius* zamanında gerçekleşen ilk genişleme neticesinde yalnız çocukların annelerinden miras yoluyla kalan mallar değil, çocukların annelerinden gelen ivazsız iktisaplar da *peculium adventicium* olarak nitelendirilmiş, daha sonra yalnız anneden değil annenin ailesinden ve akrabalarından kaynaklanan ivazsız her türlü iktisap bu guruba dâhil edilmiştir. Buna ek olarak, çocuğun nişanlısından veya karısı veya kocasından iktisap ettiklerinin de aynı mahiyette olduğu kabul edilmiştir. *Iustinianus* ise genel bir formül ile *filius familias*'ın, *pater familias*'ından başka kimden olursa olsun iktisap ettikleri ile kendi emeği ile kazandıklarının maliki olduğu ifade edilmiştir. *Pater familias* bu mallar üzerinde yalnız intifa ve idare hakkına sahip olup bu hakları dâhi çocuğa temlik yapan üçüncü şahıslar tarafından sınırlandırılabilirdi. AYİTER, K., Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 60-61. Aynı yönde bkz. KARADENİZ, *Peculium*, s. 192-193; SOHM, s. 178. Bir başka kişinin kölelerinin ya da aile evlâtlarının mansup mirasçı olarak mirastan yararlanmaları her zaman mümkündü. Ancak bu kişiler mirası, hâkimiyeti altında bulundukları efendinin (*dominus*) veya aile reisinin (*pater familias*) izni ile elde edebilmekte ve miras yoluyla iktisap edilen bu mallar efendinin veya aile reisinin malvarlığına dâhil olmaktaydı. Ancak, *Iustinianus* döneminde yapılan bir değişiklik neticesinde, aile evlâtlarının mirası kendi adlarına da kabul edebilmeleri mümkün olmuştur. UMUR, s. 162.

<sup>138</sup>Başkasının hâkimiyetine tâbi askerlerin savaşta iktisap ettikleri mallar yani *peculium castrense* kavramı klasik hukuk devrinde genişlemiş ve yalnız savaşta elde edilenler değil, savaşa giderken *filius familias*'a verilen hediyeler de *peculium castrense*'ye dâhil edilmiş hatta İmparator Hadrianus zamanında *filius familias*'ın karısından kendisine vasiyet suretiyle kalan malların da böyle addedilmesine karar verilmiştir. İmparator *Constantinus*'tan itibaren *peculium quasi castrense* kavramı ortaya çıkmıştır. Bunun savaşta elde edilen mallar ile ilgisi yoktu. Aile evlâdının devlet hizmetinde çalışmasının karşılığında elde ettiği kazançlar ve yine devlet hizmetinde çalışması karşılığında imparator tarafından kendisine yapılan bağışlar *peculium castrense*'ye eş tutularak bunlara *peculium quasi castrense* (asker *peculium*'u benzeri) denilmiştir. Bu *peculium* üzerinde de *filius familias*'ın serbest tasarruf hakkı vardı. AYİTER, Aile Hukuku, s. 60. Aynı yönde bkz. KARADENİZ, *Peculium*, s. 190-192

<sup>139</sup> COHEN, s. 27.

tarafından yapılan *donatio mortis causa*, aslında, aile reisinin, üçüncü kişinin ölümüne bağlı olarak yaptığı bağışlama muamelesi niteliğine sahipti<sup>140</sup>.

*Testamenti factio activia*'sı olmadığı için, vasisinin *auctoritas*'ı olsa bile vasiyetname düzenleyemeyen *pupillus*<sup>141</sup>, ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından ise ehliyetsiz değildi. Ancak *impubes*'ler kendilerini borç altına sokan veya malvarlığını azaltan tasarruf muamelelerini tek başlarına yapamayacaklarından, bu muamelelerin geçerli olabilmesi için, vasisinin (*tutor*) muameleye bizzat katılarak *auctoritas*'ı olduğunu belirtmesi gerekirdi. Eğer vasi, muvafakatı olduğunu izin veya icazet şeklinde bildirmişse muamele kendinden beklenen hükümleri doğurmazdı. Bu nedenle, *pupillus*'un, *donatio mortis causa* muamelesi yapabilmesi için vasisinin *auctoritas*'ına ihtiyacı vardı. Keza, *D.27.3.1.1*'de<sup>142</sup> yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, *pupillus*, *testamenti factio activa*'ya sahip olmamasına rağmen, kendisi tarafından yapılan *donatio mortis causa* muamelesi geçerli olup, *Iulianus*, *testamenti factio*'nun eksikliğinden, sadece, küçüğün vasisinin, vasilik görevi dolayısıyla yüklendiği sorumluluklar gereğince, ölüme bağlı bağışlamaya *auctoritas* vermekten kaçınması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>143</sup>.

*Sui iuris*<sup>144</sup> olmalarına rağmen henüz ergenliğe ulaşmamış olanlar, fiil ehliyetine sahip olmadıkları için, *testamenti factio activa*'ya da sahip olamazlardı. Zira *impubes*, aile reisinin egemenliği altında olmasa da, sağlam hüküm verme yeteneğine sahip olmadığından, vasisinin *auctoritas*'ı olsa bile (*auctoritas interpositio*), vasiyetname düzenleyemezdi. Bu durumdaki kişilerin, *donatio mortis causa* muamelesi yapabilmeleri için, sadece, fiil ehliyetlerindeki eksikliğin vasileri aracılığıyla tamamlanmasına ihtiyaçları olduğundan, vasilerinin *auctoritas*'ının eklenmesiyle *mortis causa* bağışlamada bulunabilecekleri kabul edilebilse de; vasi, muameleye *auctoritas*'ını verdiği için, tıpkı *donatio inter vivos* muamelesine

<sup>140</sup> SIMONIUS, s. 14.

<sup>141</sup> *Pupillus*: *Impubes*, yani henüz bülûğ çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayet (*tutela*) altında bulunan erkek (*pupillus*) veya kız (*pupilla*) küçükler. UMUR, Lügat.

<sup>142</sup> *D.27.3.1.1* (*Ulpianus libro XXXVI ad Edict*): *Unde quaeritur apud Iulianum libro vicensimo primo digestorum, si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accommodaverit, an tutelae iudicio teneatur. Et ait teneri eum: nam sicuti testamenti factio, inquit, pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.*

<sup>143</sup> SIMONIUS, s.12; COHEN, s. 28; YARON, s. 145-146.

<sup>144</sup> *Sui Iuris*: Aile reisinin hâkimiyeti altında bulunmayan ve bu sebeple haklara ehil olup, kendi hesabına iktisapta bulunabilen kimse. UMUR, Lügat.

*auctoritas* vermiş gibi sorumlu olacaktır<sup>145</sup>. Vasinin *donatio inter vivos* muamelesine *auctoritas* vermekten kaçınmasının sebebi, vesayet altındaki küçüğün (*pupillus*) malvarlığının azalmasına (*ad deminuendum*) sebebiyet vermemek iken; *donatio mortis causa* muamelesine *auctoritas* vermekten kaçınmasının sebebi ise, *pupillus*'un malvarlığı üzerinde asla ölüme bağlı tasarrufta bulunamamasıdır<sup>146</sup>. Zira, ne *pupillus*'un yerine geçen kimsenin (*Pupillarsubstitut*), ne de kanunî mirasçısının haklarının, vesayet altındaki küçük tarafından yapılan ölüme bağlı bir tasarruf neticesinde ihlâl edilmemesi gerekirdi<sup>147</sup>.

D.39.5.33.2'de<sup>148</sup> yer alan düzenlemeye göre, sağır ve dilsizler geçerli bir şekilde bağışlama muamelesi yapabilmekteydiler. Fakat bu kişiler, şekle uygun olarak söylenen sözleri duymak ve telâffuz edebilmek imkânından yoksun olduklarından, *stipulatio* yapma ehliyetine sahip olmadıkları gibi (*Gai. I. 3.105*), vasiyetnamenin tâbi olduğu şekil kuralları sebebiyle de vasiyette bulunabilmeleri mümkün değildi<sup>149</sup>. Ancak *Iustinianus* hukukunda, yalnız, doğuştan sağır ve dilsiz olanlar, vasiyetname düzenleme ehliyetiyle birlikte ölüme bağlı bağışlama muamelesi düzenleme

<sup>145</sup>Vasi, vesayet altındaki kişinin yararına hareket etmek zorundaydı. Bir aile reisi, egemenliği egemenliği altında olan kişilerin çıkarlarını nasıl koruyorsa, vasinin de aynen bu şekilde, vesayet altındaki kişinin çıkarlarını koruyucu yönde davranması gerekirdi. Vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışları neticesinde vesayet altındaki kişiye verdiği zararlardan sorumluydu. GÜNEŞ CEYLAN, s. 156-157. D.27.3.1 pr.'dan anlaşıldığı üzere, vasi, vesayet görevi dolayısıyla yapmaması gerektiği halde yaptığı ve yapması gerektiği halde yapmadığı herşeyden sorumludur. Yine *Gai. Inst. 1.191*'de vasinin hesap verme mecburiyetinden söz edilmektedir. D.27.3.1.1'de yer alan düzenlemede ise *Iulianus*, vesayeti altında bulunan küçük tarafından yapılan *donatio mortis causa* muamelesine *auctoritas*'ını vermesi halinde vasinin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir. Zira *donatio mortis causa* ile vasiyetname benzer hukukî muamelelerdi ve ergen olmayan küçükler vasiyetname düzenleyemezlerdi. Bu nedenle vasinin *donatio mortis causa* muamelesine *auctoritas*'ını vermemesi gerekirdi.

<sup>146</sup>Umur'a göre küçükler üzerinde vesayetin gayesi, ehliyetsiz küçüğü değil, onun mirasçısını kayırmaktır; yani amaç, mallarını idare edemeyen bir küçüğün mâmelekini muhafaza etmektir. UMUR, Ders Notları, s. 199.

<sup>147</sup>COHEN, s. 28.

<sup>148</sup>D.39.5.33.2 (*Hermogenianus libro VI ad iuris epitomarum*): *Mutus et surdus donare non prohibentur*.

<sup>149</sup>*Ulpianus, Regulae 20.13*: “*Mutus, surdus, furiosus, item prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba muncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit prodigus, quoniam commercium in illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest*”

“Dilsiz, sağır, akıl hastası ve mallarının idaresi hukuk tarafından yasaklanan müsrif, vasiyetname yapamaz. Çünkü dilsiz, söylenmesi gereken sözleri söyleyemez; sağır, malvarlığının alıcısı tarafından söylenen sözleri duyamaz; akıl hastası, mallara ilişkin olarak iradesini beyan etme konusunda gerekli aklî yeterliliğe sahip olmaz; müsrif ie ticarî işlemler yapmaktan yasaklıdır ve bu yüzden de malvarlığını satamaz.” KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 113. Aynı yöndeki düzenlemeler için bkz. D.28.16.1, I.2.12.3

imkânından da yoksun bırakılmışlardır (C.6.22.10)<sup>150</sup>. Ayrıca, işaretler yoluyla anlaşabilen sağır ve dilsizlerin, imparatorun özel izniyle vasiyetname düzenleyebilecekleri kabul edilmiştir (D.28.1.7)<sup>151</sup>. Keza bazı metinlerde<sup>152</sup> sağır ve dilsiz kimselere kayyım atandığından söz edilmektedir. Bunun sebebi, muhtemelen, hastalıkları sebebiyle bu hukukî muameleleri tek başlarına yapamayacak olan bu kişilerin iradelerindeki eksikliğin tamalanmasını sağlamaktır<sup>153</sup>. Doğuştan değil sonradan sağır ve dilsiz olup iradelerini yazıya dökebilme yetisine sahip olan kimseler ise, özel bir izne gerek olmaksızın geçerli bir şekilde vasiyetname düzenleyebilirlerdi<sup>154</sup>. Roma hukuku, sarhoşluğun hukukî muameleler üzerindeki etkisi ile meşgul olmamış, ancak sarhoşluk, ceza hukuku açısından hafifletici nedenlerden biri olarak kabul edilmiştir<sup>155</sup>.

D.39.6.15'de<sup>156</sup> belirtildiği üzere, askerî hizmette bulunan aile evlâtları, harpte elde etmiş oldukları mallardan oluşan *peculium castrense* üzerinde, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmekteydi<sup>157</sup>. Bu nedenle,

---

<sup>150</sup> SIMONIUS, s. 78; YARON, s. 149; DROPSIE, s. 36; DI MARZO, s. 515-516; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 113.

<sup>151</sup> YARON, s. 149; DROPSIE, s. 36.

<sup>152</sup> Bkz. D.3.1.3.3, D.26.5.8.3, D.27.1.45.2.

<sup>153</sup> YARON, s. 149.

<sup>154</sup> DROPSIE, s. 36; DI MARZO, s. 515-516; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 113.

<sup>155</sup> Bkz. D.48.19.2.2, D.49.16.6.7, C.9.7.1 pr. YARON, s.150.

<sup>156</sup> D.39.6.15 (Iulianus libro XXVII ad Digestorum): Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

<sup>157</sup> I. 2.12 pr.: ... exceptis his quos antea enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare neque, patre mortuo, cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet his quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. praeter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

İmparator Augustus, başkasının hâkimiyetine tâbi askerlerin harpte iktisap ettikleri mallar üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceklerini kabul etmiştir. Böylece, *pater familias*'ın *peculium*'un mukadderatına müdahale etme hakkı ortadan kaldırılmış oluyordu. Ancak *peculium castrense* sahibi aile evlâdı, vasiyetname bırakmadan ölürse, harpte iktisap ettiklerinden teşekkül etmiş olan malvarlığı yasal mirasçılık esasına göre dağıtılmaz, bütün mallar *pater familias*'a geçerdi. Hâlbuki bu mallar, *pater familias* tarafından aile evlâdına tahsis edilmiş değildi. İstisnâî nitelikteki bu hâl dışında, gerek

askerî hizmette bulunan aile evlâtlarının, ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından da gerekli ehliyeteye sahip oldukları kabul edilmekteydi. Keza, D.24.1.32.8'de<sup>158</sup> belirtildiği üzere, bir asker, karısına, savaşta elde ettiği malvarlığını bağışladıktan sonra gaib olmuşsa, bağışlama muamelesi geçerlidir. Zira asker aile evlâdının böyle bir malvarlığı üzerinde vasiyetname yapma hakkı varsa, ölüme bağlı bağışlama yapma hakkı da var demektir<sup>159</sup>. Cohen'e göre, bu metin, *legatum* ile *donatio mortis causa*'nın birbirine eşitlenmiş olduklarına işaret eden bir düzenleme olarak görülemeyeceği gibi, ehliyeteye ilişkin bir düzenleme olarak da görülmemelidir. Yazara göre, gerek D.39.6.15'de, gerekse D.39.5.7.6<sup>160</sup> ve D.24.1.32.8'de yer alan düzenlemelerde, sadece, bir imparator emirnamesi ile kabul edilen, “*argumentum a maiori ad minus*”a işaret edilmektedir<sup>161</sup>.

Aynı yönde görüş beyan eden Simonius'a göre, *fili milites*'lere<sup>162</sup>, sahip oldukları *testamenti factio activa*'ya dayanarak ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapma hakkı tanıyan bu metinlerde ehliyeteye ilişkin olarak yapılan açıklamaların, bir şeyi *mortis causa* olarak bağışlayan herkes için geçerli, genel bir ön şart olduğu şeklinde yorumlanmaması gerekir. Zira, hukukçular sadece, *fili milites*'lerin, vasiyetname düzenlemek suretiyle sahip oldukları *peculium castrense*<sup>163</sup> üzerinde tasarruf etme

---

klasik gerekse klasik sonrası hukuk dönemlerinde bu *peculium* her bakımdan *filius familias*'a ait bağımsız bir malvarlığı olarak kabul edilmiştir. *Iustinianus* hukukunda ise *peculium castrense*'nin vasiyetname düzenlenmemesi halinde dâhi pater familias'a kalmayacağı ve yasal mirasçılık esasına göre hareket edileceği kabul edilmiştir. AYİTER, Aile Hukuku, s. 59-60. *Augustus* tarafından askerî hizmette bulunan aile evlâtlarına tanınan, *peculium castranse* üzerinde vasiyette bulunabilme yetkisi, *Hadrianus* tarafından emekli ve ihtiyar askerlere (I. 2.12 pr.) ve *Iustinianus* tarafından da, *peculium quasi castrense*'ye teşmil edilmiştir. DI MARZO, s. 515; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 106-107.

<sup>158</sup> D.24.1.32.8 (*Ulpianus libro XXXIII ad Sabinum*): *Si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari (si modo impetravit ut testetur cum damnaretur), donatio valebit: nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.*

<sup>159</sup> Bu yönde bkz. LIEBS, Schenkung, s. 1022, dn. 55.

<sup>160</sup> D.39.5.7.6 (*Ulpianus libro XLIV ad Sabinum*): *Ceterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense, in ea condicione sunt, ut donare et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.*

<sup>161</sup> COHEN, s. 28-29.

<sup>162</sup> *Milites*: Askerler, kamu hizmetinde bulunmaları sebebiyle, ehliyet konusunda bazı imtiyazlara sahiptiler. Ayrıca *peculium castrense* üzerinde tasarruf imkânları vardı. Vasiyetname yaparken *ius civile*'nin gerektirdiği bütün şartlara uymak zorunda değildiler. UMUR, Lügat.

*Testamentum militis*: *Caesar* tarafından istisnai olarak, *Traianus* tarafından kesin şekilde tesbit edilmiş bu vasiyetname şekline göre, askerlerin, gerekli şekillere riayet etmeksizin, istedikleri zaman ve şekilde son arzularını beyan ederek yaptıkları vasiyetname. *Iustinianus* zamanında bu tür vasiyetnameyi yalnız seferberlik halindeki askerler yapabilmekte ve bir sene müddetle geçerli kalmaktaydı. UMUR, Lügat.

<sup>163</sup> *Peculium castrense*: Asker aile evladının harpte elde etmiş olduğu mallardan oluşan *peculium*. *Augustus*, askerlerin harp dolayısıyla maaş, ganimet ve ihsan olarak elde ettikleri mallar üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceklerini kabul etmişti. UMUR, Lügat.

ayrıcalıklarının, daha az kapsamlı olan *donatio mortis causa* muamelesi yapma hakkını da içermesi gerektiği fikrini ortaya koymuşlardır. Bu fikir silsilesi, bu üç metnin en eskisi olan *D.39.6.15*'de kullanılan özenli ifade biçiminden açıkça ortaya çıkmaktadır. *Ulpianus*'a ait olan diğer iki metin (*D.24.1.32.8*; *D.39.5.7.6*), bu metin (*D.39.6.15*) kadar açık bir ifade tarzı içermemekle birlikte, bu açıklamaya ters düşen ifadeler de içermemektedirler<sup>164</sup>.

Her ne kadar, *testamenti factio activa*'ya sadece Roma vatandaşı olanlar sahip olsa da, yabancılar (*peregrinus*), *donatio mortis causa* muamelesi yapmak suretiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânına sahiptiler<sup>165</sup>. Ayrıca *manus* altında bulunan (Geschlechtsvormundschaft) kadınlar da, aşağı yukarı *Hadrianus* döneminden önce, bir *coemptor*'a başvurmaksızın, *donatio mortis causa* muamelesi yaparak terekeleri üzerinde tasarruf edebilmişlerdir<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> SIMONIUS, s.13.

<sup>165</sup> SIMONIUS, s. 13; COHEN, s. 29. Aslın yabancılar, gerek vasiyette bulunma ehliyetinden, gerekse mirasçı olabilme ehliyetinden yoksun olduklarından, Roma vatandaşı olmayan bir kimse, Roma vatandaşı olan bir kimsenin yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelesi neticesinde de iktisapta bulunamazdı. Buna karşılık, kaynaklardan açıkça anlaşılmamakla birlikte, genel olarak kabul edildiği üzere, Roma vatandaşı olmayan bir kimse, bir Roma vatandaşı lehine ölüme bağlı bağışlamada bulunabilmekteydi. LIEBS, Schenkung, s. 1022.

<sup>166</sup> SIMONIUS s. 13-14; ROBY, s. 531. Kadınlar, Roma hukukunun ilk devirlerinde vasiyette bulunamazlardı. Kadınların, bu ehliyeti elde edebilmek için, kendilerini hâkimiyetten çıkaracak olan üçüncü bir şahsa, *mancipatio* yoluyla ve derhal devredilmek şartı ile (*fiduciaria coemptio*), bir *coemptio* yapmaları gerekirdi. Fakat imparator *Hadrianus*, ergen kadınlara, vasinin *auctoritas*'ı ile (*tutore auctore*) vasiyette bulunabilme hakkı bahşetmek suretiyle, kadınları, bu yola başvurmadan muaf tuttu. Ayrıca *praetor*, kanunî vasi değilse, vasinin *auctoritas*'ı olmadan vasiyette bulunan kadının gösterdiği mirasçılara, *bonorum possessio secundam tabulas* (vasiyetnameye uygun *bonorum possessio*) bahşederdi. Nihayet kadınlar üzerindeki vesayetin kalkması ile bütün kadınlar, geçerli bir şekilde vasiyette bulunabilme ehliyetini elde etmişlerdir. DI MARZO, s. 515; KÜÇÜKGÜNGÖR, s.111. bkz. *Gai. Inst. 1.115a*, *Gai. Inst. 2.112-113*. Birbirlerinden çok farklı kişi kategorilerinin fiil ehliyetinden mahrum olduklarının kabul edilmesi mümkündür. Roma hukuku da, günümüzde artık kaybolmuş olan ehliyetsizlik tipleri tanımıştır. Bunlardan en önemlisi kadının ehliyetsizliğidir. Bu ehliyetsizlik, sadece, bir babanın, büyük babanın veya kocanın hâkimiyetine tâbi bulunduğu faraziye söz konusu değildir. Zira bu durumda, kadın *sui iuris* (hak ehliyetine sahip) değildi. Fakat miras sonucu, kadın ailenin başına geçebildiğinde bile, kadının fiil ehliyetine sahip olması reddedilmekteydi. Bu düşünceye göre, fizik zayıflığı veya gelenekler, kadının evin efendisi olarak görev yapmasını engellemektedir. Kuşkusuz, kadının, yaptığı evlilik neticesinde, aileye daha önce miras kalan malların gitmesine yol açmasından da korkulmuştur. Kısaca kadın vesayet altına konulur ve vasisi olmadan, mallarının mülkiyetini devredemez, kendisini borç altına sokacak muamele yapamaz, dava açamazdı. Klasik devirde, bu ehliyetsizlik artık haklı görülmemekteydi. M.S. II. yy.'da *Gaius* tarafından belirtildiği üzere: “Kadınların karakterlerindeki hafiflik sebebiyle vasinin yönetimine ihtiyacı olduğu şeklindeki ortak düşünce, gerçekleri yansıtmaktan çok görünüşteki bir düşüncedir. Günlük hayatta ise, Roma’da kadınların genellikle, kendi işlerini kendilerinin yaptıkları görülmektedir.” (*Gai. Inst. 1.190*). Bu sebeple klasik hukuk, *ius civile*'yi düzeltmek için, kadının ehliyetsizliğini azaltmaya gayret etmiştir. Son imparatorluk devrinde ise, kadınlar üzerindeki vesayet, uygulanmaması sebebiyle kaybolmuş ve kadının ehliyetsizliği ortadan kalkmıştır. VILLEY, s. 84-86; EMİROĞLU, s. 61-63. Aynı yönde bkz. GÜNEŞ CEYLAN, s. 68-72; GÖNENÇ, Kadın, s. 24-29. Kadınların vesayet (*tutela*) altında olmalarına karşı tepkilerin giderek artması sonucunda, bir taraftan vesayet yavaş yavaş ve kendiliğinden kullanılamaz hale gelirken, diğer taraftan da bu konuda yasal

Ölüme bağlı bağışlama, ayrıca, lehine bağışlamada bulunulan kimsenin, bir vasiyetle mirasçı olarak atanabilme veya muayyen mal vasiyeti sebebiyle yapılan tasarruftan yararlanabilme ehliyetini (*testamenti factio passiva*) kısıtlayan kurallardan bağımsız olarak bir kazanımda bulunabilmesi sonucunu da beraberinde getirmekteydi<sup>167</sup>. Böylece, *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>168</sup> ve *lex Papia Poppaea*<sup>169</sup> ile getirilen düzenlemeler, bekârları ve çocuk sahibi olmayan kişileri miras hukuku açısından bazı haklardan mahrum bıraksada, kişilerin içinde bulundukları bu durumlar, ölüme bağlı bağışlama muamelesi neticesinde iktisapta bulunabilmeleri için engel değildi. Ancak bir *senatusconsultum*'un, bu yasaların *donatio mortis causa* muamelesi için de uyulanacağına ilişkin düzenleme içerdiği gerçeği<sup>170</sup>, *donatio mortis causa*'nın bu engeli aşmak bir diğer ifade ile kanuna karşı hile amacıyla kullanıldığını

---

düzenlemelerin yapılması zorunlu bir hâl almıştır. *Vesta* rahibeleri başlangıçtan beri vesayet altına alınmazken, *Augustus*, üç çocuklu anadan doğma hür ve dört çocuklu azatlı kadınların vesayetten bağışık olmalarını (*ius liberorum*) kabul etmiş, *Claudius* zamanında ise, agnatik akrabaların vesayeti (*agnatio*) kaldırılmış ve M.S. 4. yüzyılda vesayet tamamen ortadan kalkmıştır. TAMER, s. 277.

*D.39.6.43 (Neratius libro I ad responsorum): Fulcinus: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne susceperit, non quaerendum. Quod magis tuendum est.*

<sup>167</sup> SIMONIUS, s. 14; DROPSIE, s. 180; COHEN, s. 29. Bir kimsenin mirasçı olabilmesi için mirasçılık ehliyetine (*testamenti factio passiva*) sahip olması gerekirdi. Modern hukuklardaki genellik ve eşitlik ilkelerine dayanan hak ehliyetinin bir sonucu olan mirasçılık ehliyetinden farklı olarak, klasik hukuk devrinin sonuna kadar Roma vatandaşı olmayanlar mirasa ehil değildiler. Son dönem Roma hukukunda ise dinsizlerin ve dinden dönenlerin mirasçılık ehliyetine sahip olmadıkları kabul ediliyordu. Aynı şekilde müebbet cezalara veya ölüm cezasına mahkûm edilmiş kimselerinde mirasçı olamayacakları kabul edilirdi. Münferit bazı hallerde ise, mirasın iktisabının imkânsız olduğu kabul edilirdi. Buna göre, *Augustus* zamanında bekârlar ile çocuksuz evliler mirasçılık hakkından mahrum edilmişlerdir (*incapacitas*-ehliyetsiz). Daha sonraları, vasiyetçiyi öldüren veya vasiyette bulunmasına engel olan kişiler mirasçılık hakkından yoksun bırakılmışlardır. Buna karşılık başkasının kölesini veya bir aile evlâdını (*filius familias*) mirasçı nasbetmek mümkün olduğundan, bu kişiler hâkimiyeti altında bulundukları *dominus*'un veya *pater familias*'ın rızasıyla ve onların lehine iktisapta bulunurlardı. Fakat *Iustinianus* hukukunda, *filius familias*'ın mirasçı olma ehliyetine tam olarak sahip olduğu kabul edilirdi. DI MARZO, s. 505, 516-517; UMUR, Ders Notları, s. 513; KOSCHAKER/AYİTER, s. 372; HONIG, s. 401-402. KÜÇÜKGÜNGÖR, Muayyen Mal Vasiyeti, s. 509. Mirasçılık ehliyeti ile terekeyi iktisap ehliyeti arasındaki sunî ayrılığa *Iustinianus* hukukunda rastlanmamaktadır. HONIG, s. 403.

<sup>168</sup> *Lex Iulia Maritandis Ordinibus*: *Augustus* zamanında çıkarılmış bekârlıkla mücadele eden bu kanun evlileri ve çocukları himaye ederek, bekârları, özellikle miras hukukunda bazı haklardan mahrum etmekteydi (M.Ö. 18). UMUR, Lügat.

<sup>169</sup> *Lex Papia Poppaea*: *Augustus* zamanında çıkarılmış ve *lex Iulia de maritandis ordinibus* hükümlerini tadil eden bu kanun, evli ve çocuk sahibi kimseleri himaye etmekte, özellikle miras konusunda, yalnız bekârları ve dulları değil, evli olup çocuğu bulunmayanları da bazı haklardan mahrum etmekteydi. UMUR, Lügat.

<sup>170</sup> *D.39.6.35 pr. (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.*

kanıtlamaktadır<sup>171</sup>.

*Donatio mortis causa*, başlangıçta, sadece olağan bağışlama muamelesinin bir türü ise, bağışlananın *testamenti factio passiva*'ya sahip olması gerekmediği gibi, *donatio mortis causa*'nın yabancılara bir imtiyaz sağlamak için kullanılmış olduğu da düşünülebilir. Ancak *Latini Iuniani*'lerin<sup>172</sup>, *Fr. Vat. 259*'da yer alan düzenleme sebebiyle, ölüme bağlı bağışlamalardan yararlanma ehliyetine sahip olmamaları, yabancılardan bu haktan *lex Iunia Norbana* (M.S. 19) ile getirilen düzenlemeden önce mahrum bırakıldığı varsayımına yol açmaktadır<sup>173</sup>.

Eski Yunan ve Ortaçağ Hukuklarında, ölüme bağlı bağışlamanın, genellikle, saklama muamelesi (*Verwahrungsgeschaef*-*Vedia*)<sup>174</sup> bağlamında yapıldığı görülmektedir. Her iki hukuk sisteminde de, saklama muamelesine konu olan malın bir yedimeine verilmesinin yanı sıra, bizzat bağışlananda saklandığı hallere rastlanmaktadır: Bağışlayan, tehlikeli bir girişimde bulunmadan önce, tehlikenin atlatılması halinde iade edilmesi veya sembolik bir bedel karşılığında geri satılması kaydıyla nesneyi bağışlanana, bir arkadaşına veya bir manastıra teslim etmiştir. Simonius'a göre,

<sup>171</sup> SIMONIUS, s. 14-15; COHEN, s. 157. Aynı yönde bkz. HONIG, s. 429.

<sup>172</sup> *Latini Iuniani: Lex Aelia Sentia* ve muhtemelen M.S. 19 senesinde çıkarılan *lex Iunia Norbana* ile hukukî durumları tesbit edilmiş olan *praetor* azatlıları. Bu kişiler özgürlüklerini elde etmekle birlikte Roma vatandaşlığını elde edemezlerdi. *Ius commercii* hakkına sahip oldukları gibi, hukukî muameleler neticesinde kazanımda bulunabilmekte, vasiyetname ile mirasçı tayin edilebilmekte veya muayyen mal vasiyeti neticesinde iktisapta bulunabilmekteydiler. Bu kişiler vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olmayıp, ölümlerinde, *patronus*'ları, mallarını, *peculium* imiş gibi elde ederlerdi. Bu nedenle *Latini Iuniani*'lerin özgür bir kişi gibi yaşadıkları fakat bir köle gibi öldükleri söylenirdi. *Iustinianus* bu sınıfı ortadan kaldırmıştır. BERGER, s. 537; UMUR, Lügat. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BUCKLAND, W. W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge University Press 2010, s. 533 vd.

<sup>173</sup> SIMONIUS, s. 15. Honig'e göre, *Latini Iuniani*'ler, *lex Iunia Norbana* ile getirilen düzenleme neticesinde ölüme bağlı bağışlamalardan yararlanma imkânından yoksun bırakılmışlardır. HONIG, s. 429.

<sup>174</sup> Dostluğa ve güvene (*fides*) dayalı bir ilişki olan *vedia*, yani bir kimsenin kendisine ait bir malı muhafaza etmesi amacıyla güvenilir bir kişiye emanet etmesi, Roma toplumunun en eski dönemlerinde dâhi görülmektedir ve bu niteliğiyle oldukça geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Roma hukuku kaynaklarında *vedia* sözleşmesini ifade etmek üzere *depositum* ve *deposita* terimleri kullanılmış ancak sözleşmenin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde, *vedia* sözleşmesi, bir kimsenin menkul bir malı bir başkasına ücretsiz olarak muhafaza etmesi için teslim ettiği ve malı teslim alan kişinin talep üzerine bu malı sahibine iade etmekle yükümlü olduğu, aynı nitelikte, eksik iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. *Vedia* işlemi ilk olarak *XII Levha Kanunu* tarafından hukuken dikkate alınmış ve kendine hukukî sonuçlar bağlanmıştır. *Vedia* işleminin bir sözleşme olarak değerlendirilip korunmaya başlanması ilk belirtilerine ise Cumhuriyet döneminin son yüzyılında rastlanmaktadır. Bu çerçevede, *vedia* işlemi, *praetor*'un müdahalesi neticesinde *actio in factum* tanınmak suretiyle korunmuştur. İlk imparatorluk döneminin birinci yüzyılında ise, klasik dönem hukukçularının çalışmaları sayesinde, *vedia* işlemi, *ius civile* tarafından borç doğuran bir sözleşme (*contractus*) olarak tanınmıştır. KÜÇÜKGÜNGÖR, E., *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, Ankara 2002, s. 149-150.

Romalıların ölüme bağlı bağışlama muamelesinin de, zaman zaman bir emanet (muhafaza-saklama) amacı içerip içermediği sorusu ortaya atılabilir. Yazara göre, *donatio mortis causa*'nın en sık rastlanılan biçimi, tehlikenin atlatılması ve hayatta kalınması halinde istirdat talebinde bulunma hakkının saklı kalması kaydıyla, ölüm tehlikesi sırasında gerçekleşen bir teslim şeklinde olduğundan, ölüme bağlı bağışlamanın, bağışlama konusu malın saklatılması amacıyla da yapıldığı akla yakın bir ihtimaldir. Kaynaklarda, *donatio mortis causa*'nın emanet amaçlı kullanımından açıkça söz edilmese de, ölüme bağlı bağışlama kurumunun bu işlevinden etkilenmiş olabilecek metinler mevcuttur: Özellikle, *D.39.6.1.1*<sup>175</sup> ve *I.2.7.1*'de ele alınan, *Telemachus*'un *Piraeus*'a yaptığı bağışlamanın altında, bir emanet amacının yattığı açıkça göze çarpmaktadır<sup>176</sup>. Yazara göre, *donatio mortis causa*'yı, özellikle, bağışlayanın menfaatini sağlamaya yönelik bir işlem olarak tanımlayan *D.39.6.1 pr.*<sup>177</sup> ve *D.39.6.35.2*'de<sup>178</sup> yer alan teorik açıklamalar da, bağışlama muamelesine bağlı bir emanet amacına işaret etmektedir. Ayrıca *Paulus Sent. 3.7.1*'de yer alan düzenlemede, *donatio mortis causa* muamelesine başvurulacak hallerle ilişkin olarak, artık, klasik hukuk dönemi kaynaklarında ilk sırada yer alan hastalık halinden değil<sup>179</sup>, saklama muamelesine sebebiyet veren tipik haller olan savaşa gitmek veya deniz yolculuğuna çıkmak üzere yola koyulma durumlarından söz edilmektedir. Bir sonraki paragrafta ise, klasik hukuk döneminde istirdat hakkının dayanağını teşkil eden hallerden biri olan “iyileşme”den söz edilmektedir<sup>180</sup>.

<sup>175</sup> *D.39.6.1.1 (Marcianus libro IX ad institutionum) Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

<sup>176</sup> Düşmanlarına karşı savaşa çıkan *Telemachus*, ölmesi halinde hediyelerin kendisinde kalabileceği, ancak zafer elde etmesi halinde bu hediyeleri kendisine geri vermesi şartıyla *Nestor*'un hediyelerini *Piraeus*'a bırakmıştır.

<sup>177</sup> *D.39.6.1 pr. (Marcianus libro IX ad institutionum): Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum.*

<sup>178</sup> *D.39.6.35.2 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: "Se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum".*

<sup>179</sup> *D.39.6.3 (Paulus libro VII ad Sabinum): Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundae:*

<sup>180</sup> SIMONIUS, s. 15-16. Simonius'a göre, *donatio mortis causa*'nın, bağışlama konusu malın saklatılması amacıyla yapıldığına örnek teşkil edebilecek metinler (*D.39.6.35.1-4* ve *D.39.6.1*), muhtemelen, klasik hukuk döneminin sonlarında veya klasik sonrası hukuk döneminde kaleme alınmışlardır. Yazara göre ölüme bağlı bağışlama muamelesi, M.S. 3. ve 4. yüzyıllarda, genellikle bağışlamaya konu olan malın saklatılması gayesiyle yapılmıştır. Bir taraftan bu dönemde yaşanan siyasi belirsizlik, diğer taraftan da klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa*'nın, vasiyetname yoluyla halefiyete getirilen sınırlamaları dolanmak amacıyla kullanılması sebebiyle bu sınırlayıcı hükümlerin *donatio mortis causa*'yı da kapsadığına ilişkin düzenlemeler neticesinde son verilmiş olması, ölüme bağlı bağışlamanın M.S. 3. ve 4. yüzyıllarda, daha ziyade, bağışlama konusu malın

Tarafların *donatio mortis causa*'ya başvurmalarının bir diğer sebebi de, bağışlananın, diğer ölüme bağlı tasarruflardan farklı olarak, bağışlayan henüz hayattayken, bağışlama konusu maldan yararlanabilmesidir. Ancak, bağışlanan, bağışlayanın ölümüne kadar, her zaman, bir istirdat talebi ile karşı karşıya kalma tehlikesi altındadır. Ayrıca, gerek istirdat talebinin ileri sürülebileceği başlıca haller olan, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup sağlığına kavuşması ve bağışlananın kendisinden önce ölmesi hallerinde, gerekse bağışlayanın *capitis deminutio*<sup>181</sup>, ya uğraması veya iflâs etmesi sebebiyle kendisi tarafından yapılmış olan ölüme bağlı bağışlama muamelelerinin dikkate alınması hallerinde, bağışlananın kendisi veya mirasçıları, bağışlama konusu malın devredilmesiyle istirdat talebinin ileri sürülmesi arasındaki zaman diliminde elde edilen semereleri de iade etmek zorunda kalırlardı<sup>182</sup>.

## B.Mortis Causa Capi Oarak Donatio Mortis Causa

*D.39.6.18 pr.*, *D.39.6.31 pr.* ve *D.39.6.38*<sup>183</sup>'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, *donatio mortis causa*, Romalı hukukçuların, "*mortis causa capio*" adı altında

---

saklatılması gayesiyle yapıldığı sonucuna götürmektedir. *Donatio mortis causa*'nın, vedia muamelesi (saklatım işlemi) olarak kullanılması, muhtemelen, klasik sonrası hukuk öğretisinin oluşumunu etkilemiş ve *donatio mortis causa*'nın içerisinde tam iki taraflı aynî akitler olarak kabul edilen isimsiz akitlerin (*contractus innominati*) yansımalarının olduğu kabul edilmiştir: "Do, *ut facias*- Veriyorum, yapman için" (bkz. *D.39.6.35.3*). SIMONIUS, s. 16, dn. 28; Eski Yunan hukukunda ve Roma hukukunda ölüme bağlı bağışlananın bağışlama konusu malın saklatılması amacıyla (*Depositalebenzweck der Schenkung auf den Todesfall*) yapıldığı hususunda ayrıca bkz. BRUCK, s. 6.

<sup>181</sup> Her insanın hak ehliyeti, hürriyet, vatandaşlık ve aile durumlarına göre belirlenmiş olan *status*'una bağlıdır. Fakat bu üç *status*, kat'î mahiyette olmayıp değişmelere uğrayabilir. Bu *status*'lar yükselir veya alçalır, düzelebilir veya bozulabilir. Bu *status* değişiklikleri ise, bir kimsenin hukukî durumunda bazı bazı kısıtlamalar meydana getirilebilir. Bu gibi hallerde Romalı'lar, *capitis deminutio*'dan söz ederler. SCHWARZ, s. 221, 229.

<sup>182</sup> SIMONIUS, s. 17. Bkz. *D.12.4.12*; *D.22.1.38.3*

*D.12.4.12 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisse donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum et partus et quod adcrevit rei donatae repetere potest.*

*D.22.1.38.3 (Paulus libro VI ad Plautium): Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita conditio nascatur.*

<sup>183</sup> *D.39.6.18 pr. (Iulianus libro LX ad Digestorum): Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat...*

*D.39.6.31 pr. (Gaius libro VIII ad edictum provinciale): Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit...*

*D.39.6.38 (Marcellus libro I ad legem Iuliam et Papiam) Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis...*

bir araya topladıkları iktisap yolları arasında yer almıştır<sup>184</sup>. *Donatio mortis causa*'nın, *mortis causa capiones* olarak isimlendirilen muamelelerden sayılması, lehine ölüme bağlı bağışlama yapılan kimseyi mirasçı ve muayyen mal vasiyeti alacaklısı ile birçok bakımdan eşit tutan bir dizi hukuksal-politik kararname sebebiyle uygulama açısından oldukça önemlidir<sup>185</sup>. Klasik hukuk döneminden önce, *lex furia testamentaria* ve *lex voconia* ile belirlenen azamî tutarların, bir şeyi gerek muayyen mal vasiyeti alacaklısı (*legatorum nomine*) sıfatıyla gerekse ölüm sebebiyle (*mortis causa*) iktisap eden kişiler açısından geçerli olduğu kabul edilmiş (*Gai. I. 2.225 ve 2.226*); klasik hukuk döneminde ise, *senatus consultum* yoluyla getirilen oldukça önemli bir düzenleme ile, bekârların, çocuk sahibi olmayanların ve eşlerin ehliyetlerine ilişkin radikal kısıtlamalar içeren *lex Iulia et Papia, mortis causa capiones* olarak isimlendirilen muameleleri de kapsayacak hale getirilmiştir (*D.39.6.35 pr., D.39.6.36, D.39.6.9*). Yine klasik hukuk döneminde düzenlenen bir yasa ile, ölüm sebebiyle bir şeyi iktisap eden kimselerin *testamenti factio passiva*'ya sahip olmaları gerektiği kabul edilmiştir (*D.35.1.55*)<sup>186</sup>.

*D.39.6.8 pr., mortis causa capiones* olarak kabul edilen hukukî işlemlerin tespiti açısından yol gösterici bir düzenlemedir:

*D.39.6.8 pr. (Ulpianus libro VII ad Sabinum): ... quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur...*

Metinde ifade edildiği üzere, bir kişinin ölümü dolayısıyla gerçekleşen her iktisap *mortis causa capio*'dur. Çok geniş kapsamlı olan bu ifadeye, *D.39.6.31 pr.*'da yer alan düzenleme ile önemli bir kısıtlama getirilmiştir<sup>187</sup>:

---

<sup>184</sup> Klasik hukuk devrinde, ölüme bağlı bağışlamanın, muayyen mal vasiyetinden ayrılmasıyla *mortis causa capio* kavramı daralarak, ne mirasçı nasbı, ne muayyen mal vasiyeti, ne de ölüme bağlı bağışlama olmayan ölüme bağlı kazanmalara inhisar etti. Örneğin: *Titius*, A'ya 100 verirse mirasçı olsun. Burada A ne vasiyetten yararlanan kimse, ne bağışlanan ne de mirasçı olup sadece bir şartın süjesidir (*positus in conditione*). Fakat bir tasarruf süjesi (*positus in dispositione*) değildir. Bu nedenle terekeye karşı bir talep hakkı olmayıp, ayrılan malın kendisine verilmesinin tek teminatı mirasçı nasbedilen *Titius*'un aksi halde mirasçı olamayacağıdır. Bu nitelikteki ölüme bağlı tasarruflar, evli olmayanlarla, çocuk sahibi olmayanları mağdur eden kanunlara karşı hile için keşfedilmiştir. Çünkü bu yasal düzenlemeler, bu gibi tasarrufları kapsamamaktadır. KOSCHAKER/AYİTER, s. 424.

<sup>185</sup> SIMONIUS, s. 17-19; Aynı yönde bkz. KASER/KNÜTEL, s. 362.

<sup>186</sup> SIMONIUS, s. 17-19.

<sup>187</sup> SIMONIUS, s. 21.

*D.39.6.31 pr. (Gaius libro VIII ad edictum provinciale): Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione seperantur.*

“Eğer birisinin ölümü üzerine bize bir şey kazanma olanağı verilirse, ölüme bağlı olarak bir şey kazanırız. Kendine özgü bir biçimde belirtilmesi gereken kazanım biçimi buna istisna oluşturur. Çünkü, miras, *legatum* veya *fideicommissum* yoluyla bir şey elde eden kişi, bir başkasının ölümü ile bir şey kazanmaktadır. Ancak bu kazanım biçimleri kendi adlarıyla anılmaktadır. Bu nedenle bunlar bu tür bir kavram belirlemesinden istisna tutulmuştur.”<sup>188</sup>

Dilsel nedenlerden dolayı, *lex*’in “*exceptis his capiendi figuris*” ifadesinden itibaren birkaç kez *interpolatio*’ya maruz kaldığı ve *hereditas*, *legatum* ve *fideicommissum*’a ilişkin ayırımın da klasik dönem hukukçuları tarafından yapılmadığı kabul edilmiştir. Simonius’a göre, metnin, en azından içeriksel doğruluğunun belgelenmesi mümkündür<sup>189</sup>:

Vasiyetname (*testamentum*) yoluyla doğan mirasçılık ve muayyen mal vasiyeti (*legatum* ve *fideicommissum*) ile *mortis causa capio* arasında bir ayırım yapıldığı, bu kavramları birbiri ile karşılaştırmak suretiyle aralarındaki farkları ortaya koyan metinlerde, şüpheyi mahal vermeyecek derecede açıktır: *D.35.2.1.8* (muayyen mal vasiyeti), *D.35.2.76 pr.* ve *D.35.2.93* (vasiyetname yoluyla doğan mirasçılık), *D.35.1.55* (*neque enim illud . . . testamenti nomine, sed mortis causa capitur*). Aynı şekilde, yasal mirasçılık (*Ab Intestato*-Intestaterbschaft) da bir *mortis causa capio* hali teşkil etmemiştir; çünkü yasal mirasçılık, *lex Iulia et Papia*’nın düzenleme alanına girmediği gibi, *mortis causa capio* ile ilgili kaynaklarda da zikredilmemiştir. *Latini Iuniani*’ler, *mortis causa capio* muameleleri neticesinde iktisapta bulunma ehliyetine sahip olmamalarına rağmen, *fideicommissum* ile yapılan kazandırmaları kabul edebildiklerinden; *fideicommissum*’un da bir *mortis causa capio* hali olarak

<sup>188</sup> Latince metnin Türkçe çevirisi, OĞUZ, s. 39-40.

<sup>189</sup> SIMONIUS, s. 21.

görülmeyeceği sonucuna varılabilir (*Gai. I. 2.275*)<sup>190</sup>.

Bir işlemin *lex Iulia et Papia* ile getirilen düzenlemeye tâbi olması ve bu işlem neticesinde iktisapta bulunulabilmesi için *testamenti factio passiva*'ya sahip olunmasının ön koşul olarak aranması, yalnızca, bu işlemin, muayyen mal vasiyeti ve mirasçı atanması işlemleri ile benzer bir işlevi yerine getirmesi ve yine bu işlemler ile benzer bir etkiye sahip olması halinde anlam kazanmıştır. Böylece, *mortis causa capio*, herhangi bir şekilde ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan iktisap olarak addedilmiş ve sadece bu iktisabın doğrudan doğruya ölüme bağlı tasarruf neticesinde gerçekleştiği hallerde değil, ölüme bağlı tasarrufun dolaylı bir sonucu olduğu hallerde de *mortis causa capio*'nun varlığından söz edilmiştir. Örneğin, *statuliber*<sup>191</sup>'in hürriyetini kazanmak için gerekli olan şartı yerine getirdiği hallerde veya bir *heres substitutus*'un (alt mirasçı), asıl mirasçıyı mirastan feragate teşvik etmek için ödediği feragat tazminatında böyle bir durum söz konusudur<sup>192</sup>.

Yasal mirasçılığın, *mortis causa capio* halleri arasında yer almaması ve *lex Iulia et Papia* ile getirilen düzenlemeye tâbi olmaması sebebiyle, aynı durumun, dolaylı olarak yasal mirasçılıktan kaynaklanan tüm iktisap türleri için de geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Böylece bir sonraki hak sahibinin (Nächstberechtigt), yasal mirasçıya, mirastan feragat etmesi için ödediği tazminat da *mortis causa capio* olarak görülmüş olamaz. Dolayısıyla, *D.39.6.8 pr.*<sup>193</sup>'un içeriği tam olarak anlaşılamayan ve görünüşe göre tahrif edilmiş ilk cümlesinin, yasal mirasçının kabulüne ilişkin olmadığı ve *D.29.2.24*<sup>194</sup>'de yer alan düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi

<sup>190</sup>SIMONIUS, s. 21-22. Roma hukukuna göre mirasçılık (*hereditas*), bir kimsenin, ölenin yasal durumuna halef olmasıdır. Mirasçı, ölenin tüm malvarlığı ile alacak ve borçlarını iktisap ederdi. Roma'da mirasçılık, vasiyetname (*testamentum*) yoluyla ya da yasal olarak kazanılırken, mirasbırakan, vasiyetnamesiyle, bazı mallarının, belirlediği kimselere verilmesini isteyebilirdi (*legatum*). TAMER, s. 84.

<sup>191</sup>*Statuliber*, şarta bağlı olarak (*condicio*) veya bir vade (*dies a quo*) tayin edilmek suretiyle vasiyetname ile azat edilen kölenin, şart gerçekleşinceye veya vade olarak belirlenen tarih gelinceye kadarki hukukî durumunu belirten tâbirdir (*Status*'unu bekleyen kimse). Şartın gerçekleşmesi veya vade olarak belirlenen tarihin gelmesi halinde, köle, mirasçı tarafından başka bir kimseye devredilmiş olsa dâhi, *ipso iure* hür olur. Şartın gerçekleşmesine mirasçı engel olursa, köle, yine hür sayılırdı. SOHM, s. 172; WATSON, s. 42.

<sup>192</sup>SIMONIUS, s. 22.

<sup>193</sup>*D.39.6.8 pr. (Ulpianus libro VII ad Sabinum): Qui pretio accepto hereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo <accepit, qui> ab intestato successurus <est>, mortis causa capere videtur... veya ... sive [ab eo] <ad eum, qui> ab intestato successurus <est>, ...*

<sup>194</sup>*D.29.2.24 (Ulpianus libro VII ad Sabinum): Fuit quaestionis, an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendae causa capit, et optinuit hunc pro herede quidem non gerere, qui ideo accepit, ne heres sit, in edictum tamen praetoris incidere. Sive igitur a substituto non heres accepit*

gerektiği sonucuna varılabilir. Bu durumda kendisine ödeme yapılan kişinin değil, ödemeyi yapan kişinin, “*ab intestato successurus*”<sup>195</sup> olduğu sonucuna varılacaktır<sup>196</sup>.

Simonius’a göre, *mortis causa capio*’ya ilişkin kaynaklarda yer alan örnekler, kendisi tarafından yapılan açıklamaları doğrular niteliktedir. Buna göre, ölüme bağlı bağışlamanın yanı sıra, şarta bağlı olarak atanan bir mirasçının, muayyen mal vasiyeti alacaklısının veya bir *statuliber*’in, bu şartın gerçekleşmesi için bir edimi yerine getirmesi halinde, edim alacaklısının, bu edim sonucunda elde ettiği menfaatleri “*mortis causa*” iktisap ettiği kabul edilebilir<sup>197</sup>. Bu yolla elde edilen kazanımlar, doğrudan doğruya mirasbırakanın mal varlığından çıkmamakla birlikte, bir ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanmışlardır. Yine, *heres substitutus*’un veya kanunî mirasçının (Intestaterbe), asıl mirasçıyı (Haupterbe) mirası reddetmeye teşvik etmek için ödediği feragat tazminatı (Abstandsgeld) ve *legatum* yoluyla kendisine muayyen mal vasiyet edilmiş olan kimseye (*legatarius* veya *honoratus*), mirasçıya karşı ileri sürebileceği alacak hakkından feragat etmesi için ödenen tazminat, ölüme bağlı tasarrufun dolaylı birer sonucuydu<sup>198</sup>. Bu durumda, vasiyetnameye dayalı iktisabın kaim değeri, *capio* olarak nitelendirilmekteydi. Ancak, bu hususun daha belirsiz bir şekilde ortaya çıktığı *capiones* halleri de, nihayetinde, ölüme bağlı tasarrufun birer sonucudurlar. Bu nedenle, gerek vasiyetnamenin geçerliliğinde menfaati olan bir şahsın, mirası kabule teşvik etmek amacıyla mirasçıya verdiği hediyenin kabulü halinde (D.39.6.21, D.39.6.31.2), gerekse ikinci mirasçı (*substitutus*-kaim, ikame olunan, yedek mirasçı) lehine olacak şekilde, bir kadına, henüz doğmamış çocuğu adına *bonorum possessio contra tabulas*<sup>199</sup> ileri sürmesi ve

---

*sive a legitimo, mortis causa accepisse videtur. Idemque erit et si non accepit, sed promissa sit ei pecunia: nam et stipulando mortis causa capit.*

<sup>195</sup>Bir kimseye mirasçılık vasfının tanınması, yani muayyen sebebe istinaden mirasın o kimseye arz edilmesi (*delatio hereditatis*), iki türlü olabilir: Ya, miteveffa, vasiyette bulunarak bir kimseyi mirasına çağırabilirdi ve bu takdirde mansup mirasçılık doğardı; veya, vasiyet bulunmadığı takdirde, bir kimse (*ius civile*’ye göre en yakın agnatik hısımlar) hukuken mirasçı olur ve buna da *ab intestato* mirasçılık denirdi. Bu ikinci mirasçılığa ortaçağ hukukçuları *legitima hereditas*, yani kanunî mirasçılık demişlerdi. Ancak Romalılara göre, *legitima hereditas* tâbiri, *praetor* mirasçılığının muhalif mefhumu olarak *ius civile* mirasçılığı anlamına gelirdi. UMUR, s. 162.

<sup>196</sup> SIMONIUS, s. 22.

<sup>197</sup> Bkz. D.35.1.55, D.35.2.76 pr., D.35.2.93, D.39.6.8 pr., D.39.6.31.2, D.39.6.36, ve D.39.6.38

<sup>198</sup> Bkz. D.29.2.24, D.39.6.8 pr. ve D.39.6.31.2.

<sup>199</sup>Bonorum possessio contra tabulas (Contra lignum testamenti): Müteveffa, yapmış olduğu vasiyetnamede, fûruu arasından bazılarını mirasçı naspetmemiş veya usulüne uygun olarak mirastan iskat etmemişse, *praetor*’un, vasiyetnamedeki tasarruflar hilâfına, o şahıslara tereke mallarının zilyetliğini vermesi. UMUR, Lügat; Praetor tarafından tanınan bonorum possessio, ius civile miras

böylece birinci mirasçının (*institutus*- mansup, ön mirasçı) mirası iktisap etmemesi veya edememesini sağlamak amacıyla yapılan ödemenin kabulü halinde (D.39.6.12) elde edilen iktisapların da *mortis causa* oldukları kabul edilir<sup>200</sup>.

Simonius'a göre, bu kavramla ilgili klasik hukuk dönemi öğretisi, muhtemelen *lex Iulia et Papia*'ya ilişkin şerhler aracılığıyla geliştiğinden, *Augustus*'tan önceki dönemde, tam olarak aynı düşüncelerin bu kavram ile henüz bağdaşmamış olması ihtimâl dâhilindedir. Ancak bu durum, klasik öncesi hukuk dönemindeki *mortis causa capio* ile klasik hukuk dönemindeki *mortis causa capio* arasında önemli bir fark olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, daha ziyade *lex Furia*'ya ilişkin kaynaklardan (*Gai. I. 2.225 ve 4.23*) ve kutsal (dinî) hukuktan (*ius sacrum*) anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı tasarrufta bulunmak amacıyla kullanılan bağışlama muamelesi, *mortis causa capio* olarak görülmekteydi. Fakat *lex Furia* ve *lex Voconia* ile getirilen düzenlemelerden (*Gai. I. 2.226*) anlaşıldığı üzere, klasik öncesi hukuk döneminde bile, “ölüm sebebiyle” gerçekleşen her iktisap, asla, *mortis causa capio* olarak görülmemektedir. Bu yasal düzenlemelerde “*capere mortis causa*”, “-ve” (veya) bağlacı kullanılmak suretiyle, “*capere legatorum nomine*”nin yanında alternatif olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, bu düzenlemeler aracılığıyla, mirasçının durumunun, muayyen mal vasiyeti alacaklısının (*legatarius*) ve lehine mal vasiyet edilen diğer şahısların karşısında iyileştirilmesi amaçlandığından, mirasın iktisabının (Erbschaftserwerb) bu kategoride yer aldığı düşünülemez<sup>201</sup>.

Buna karşılık, klasik öncesi hukuk döneminde geçerli olan *mortis causa capio* kavramı, doğrudan doğruya olmasa da müteveffanın ölüme bağlı tasarruflarından

---

sisteminin aksayan ve eksik kalan yönlerini düzeltme ve tamamlama amacı taşıyordu. Bonorum possessio türlerinden biri olan bonorum possessio contra tabulas testamenti (vasiyetnameye aykırı bonorum possessio) ile praetor, bir vasiyetnamede mirasçı olarak atanmaları için gerekli şartları taşımalarına rağmen vasiyet ile mirasçı atanmayan ve aynı zamanda mirastan iskat edilmemiş olan çocuklara (*liberi*), vasiyetname hükümlerinin hilâfına zilyetlik tanırdı. DI MARZO, s. 510; UMUR, Ders Notları, s. 507; HONIG, s. 369; KÜÇÜKGÜNGÖR, 89. Malların zilyetliği anlamına gelen bonorum possessio, Roma miras hukuku terminolojisinde praetor mirasçılığı olarak bilinmektedir. *Ius civile*'ye göre mirasçı olması mümkün olmayan kişilerin, mirastan yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla praetor tarafından bazı ayrıcalıklar tanınarak bu kişilerin, tereke mallarının zilyetliğini elde etmeleri imkânı sağlanmıştır. Bu durumdaki kişilere, Roma miras hukukunda bonorum possessor (malların zilyedi) adı verilmektedir. Bu kişi, öncelikle praetor'un sağladığı zilyetliği koruyan vasıtalarından yararlanır daha sonra da kazandırıcı zamanışımı yoluyla zilyetliğine sahip olduğu tereke mallarının, maliki haline gelirdi. GÜNAL, A. N., Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras, AÜHFD, c. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 430-431.

<sup>200</sup> SIMONIUS, s. 23-24

<sup>201</sup> SIMONIUS, s. 25.

kaynaklanan tüm iktisapları henüz kapsamadığından, klasik hukuk döneminde geçerli olan *mortis causa capio* kavramından ayrılmıştır. Mirastan feragat için ödenen feragat tazminatında olduğu gibi, bu hukukî işlemlerin bazılarının, *lex Furia* ve *lex Voconia* ile getirilen düzenlemelere tâbi tutulmaları, anlamsız olurdu. Bununla birlikte, bir kavramın, belirli bir içerikten belirsiz bir içeriğe doğru gelişme göstermesi ihtimal dâhilinde olmadığından; “*mortis causa capio*” kavramının klasik hukuk dönemindeki kullanımı, bu kavramın, klasik öncesi hukuk döneminde de, yalnızca, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin olmadığını göstermektedir. Bu nedenle, “*mortis causa capere*”nin, klasik öncesi hukuk döneminde de, çerçevesi oldukça belirsiz bir şekilde çizilmiş bir üst kavram olduğu muhtemeldir. Gerek kutsal (dinî) hukuk ile gerekse *lex Furia* ve *lex Voconia* ile getirilen düzenlemelerin, *ratio legis*<sup>202</sup> sebebiyle, *legatum*’un yanında kapsaması gereken bütün hukukî işlemlere oldukça yüzeysel bir şekilde işaret edilmiştir<sup>203</sup>.

### C.Üçüncü Kişinin Ölümüne Bağlı Bağışlama

Bir dizi metinde<sup>204</sup>, üçüncü kişinin ölümüne bağlı *donatio mortis causa*’dan söz edilmekte; bu metinlerden biri olan *D.39.6.18 pr.*’da *Iulianus* tarafından verilen örnek sayesinde, bu muamelenin, *donatio mortis causa* gibi kurulduğu anlaşılmaktadır. İki muamele arasındaki fark, istirdat hakkının ileri sürülebilmesinin, üçüncü kişinin iyileşmesine bağlı olması ve bağışlananın, üçüncü kişiden daha uzun yaşaması gerektiğidir<sup>205</sup>. Ölüme bağlı bağışlamada olduğu gibi, üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlama da, icrası için *datio ob rem*’in yapıldığı geciktirici şarta bağlı bir muamele olup; muamelenin hükümlerinin bağlandığı geciktirici şart ise, üçüncü şahsın mevcut bir tehlike yüzünden bağışlanandan önce ölmesidir. *D.39.6.18 pr.*’da yer alan “*reddatur*” ve “*maneap apud*” ifadeleri ise, mülkiyetin intikalinin derhal gerçekleştirildiğini açıkça göstermektedir. Ancak, klasik hukuk döneminde bozucu şart kavramı mevcut olmadığından<sup>206</sup> “*condicio*” ifadesinden yola çıkılarak, taraflar

<sup>202</sup> *Ratio Legis*: Bir kanunu çıkarırken, kanun koyucunun takip ettiği gaye. Manâ ve mantığı iyi anlaşılmayan bir kanunu yorumlayan ve uygulayan kimselerin başvurmaları gereken, kanunun ruh ve gayesi. UMUR, Lügat.

<sup>203</sup> SIMONIUS, s. 26.

<sup>204</sup> Bkz. *D.24.1.26.1*, *D.39.6.8 pr.*, *D.39.6.11* ve *D.39.6.18 pr.*

<sup>205</sup> *D.39.6.18 pr. (Iul. libro 60 dig.): . . . Veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneap apud Maevium.*

<sup>206</sup> Eski ve klasik hukuk devirlerinde, Romalı hukukçular şart kavramını daha ziyade geciktirici şart olarak kullanırlardı. Zira geciktirici şarta bağlı muamele askıda bir muamele (*condicio pendet*) iken;

arasında, idaye ilişkin, kural olarak dava edilemeyen, bir *pactum* (Rückgabepactum) yapıldığı sonucuna varılabilir<sup>207</sup>.

*D.39.6.8 pr.* ve *D.39.6.18 pr.*'da yer alan düzenlemelerin açıkça ortaya koyduğu üzere, bağışlananın, üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlama neticesinde iktisap edittikleri, *mortis causa capio* olarak değerlendirilmiştir. Simonius'a göre, bu değerlendirme, sorunun çözümü açısından yol gösterici niteliktedir. Romalı hukukçular, bazı işlemleri, "*mortis causa capio*" kavramı altında biraraya toplayarak, miras hukukunun bazı kurallarına tâbi kılmayı amaçlamışlardır. Böylece, üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlama, aralarında özellikle *lex Iulia et Papia* ile ehliyetin kısıtlanmasına ilişkin olarak getirilen kuralların da (*D.39.6.9*) yer aldığı ve *mortis causa capiones* adı altında bir araya toplanan muameleler için de geçerli olduğu kabul edilen, miras hukukuna alanındaki kurallara tâbi kılınmıştır. Muamelenin tarafı olmayan üçüncü bir şahsın ölümüne bağlı bağışlamanın miras hukuku hükümlerine tâbi kılınması, ancak, bu muamelenin, bir ölüme bağlı tasarrufun temelini teşkil etmesi halinde anlam kazanmaktadır. Bu değerlendirmeler ışığında bakıldığında, yalnızca, muamelenin hükümlerini doğurması kendisinin ölümüne bağlanan üçüncü kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Bu noktada ise, bir kişi tarafından yapılan bağışlamanın, nasıl başka bir kişi tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf muamelesi olabildiği sorusu akla gelmektedir. Ancak, bir hukukî işlemin *mortis causa capiones* olarak nitelendirilebilmesi için, işlemin hukukî yapısının değil, arka planda yatan ekonomik ve sosyolojik sebeplerin belirleyici olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu çelişkili durum açıklığa kavuşmaktadır. Böylece, üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlamanın, hukukî açıdan değil, toplumsal açıdan, üçüncü kişi tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf muamelesi görüntüsü kazandığı sonucuna varılabilir<sup>208</sup>.

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, *filiusfamilias*'ın kendisine tahsis edilen *peculium* üzerinden yaptığı ölüme bağlı bağışlamanın (*D.39.6.25.1*), aslında, *pater familias*'ın, *filius familias*'ın ölümüne bağlı olarak gerçekleştirdiği bağışlama

---

bozucu şarta bağlı muamele hükümlerini hemen doğuracağı için askıda olma durumu yoktur. Bozucu şart varmış gibi görünen hallerde, hukukî muamele şartsız yapılmıştır, ancak bu muameleye eklenmiş olan rücu (dönme) anlaşması geciktirici şarta bağlıdır. Bir diğer ifade ile Romalı hukukçular bozucu şartın neticelerine dolaylı yoldan varırlardı. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 194.

<sup>207</sup> SIMONIUS, s. 26-27.

<sup>208</sup> SIMONIUS, s. 28.

muamelesi olduğu sonucuna varılır. Hâkimiyet altında bulunan bir *filius*'un (*filius in potestate*), hukukî olmayan anlamda, terekisi üzerinde yaptığı bu tasarruf, üçüncü kişinin ölümüne bağlı *donatio mortis causa*'nın başlıca örneğini teşkil etmiştir. Konuya ilişkin dört metnin tamamı<sup>209</sup>, gerçekten de, *pater familias*'ın, aile evlâdının ölümüne bağlı olarak yaptığı bağışlamadan söz etmektedir. Bu metinlerde, *pater familias*, açıkça bağışlayan olarak nitelendirilirken, D.39.6.25.1'de yer alan düzenlemede tereddüt edilmeksizin *filius* tarafından yapılan *donatio mortis causa*'dan söz edilmesi, *paterfamilias*'ın farklı bi rol üstlenmiş olduğu ihtimalini akla getirmektedir. Bu durumda, *paterfamilias*'ın, aile evlâdının arzusunu, bazen, temsil yetkisi (*Vertretungsmacht*) vermek suretiyle değil, bizzat yerine getirdiği ihtimali su yüzüne çıkmaktadır<sup>210</sup>.

D.39.6.18 pr.'da *Iulianus*, aile evlâdının ölümüne bağlı olarak yapılan bağışlamanın yanı sıra, *pater familias* tarafından, erkek kardeşinin ölümüne bağlı olarak yapılan bağışlamadan söz etmektedir. Hatta *Ulpianus*, D.39.6.8 pr.'da, *Iulianus* tarafından D.39.6.18 pr.'da yapılan açıklamaları aktarırken, bir akrabanın ölümüne bağlı olarak yapılan bağışlamadan söz etmiştir. Dolayısıyla, hâkimiyet altında bulunan kimse tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf muamelesi, üçüncü şahsın ölümüne bağlı bağışlamanın tek örneğini teşkil etmemektedir. Ölüm döşeğindeki şahsın yakınlarının, muhtemelen son arzusunu dile getirmesi üzerine, onun adına ölüme bağlı bağışlama muamelesi düzenledikleri açıktır. Bu gibi bağışlamaların varlığı, Romalıların vasiyetnameye büyük değer vermeleri ile açıklanabilmektedir. Zira, son arzularının böyle bir muamele aracılığıyla yerine getirilmesinin, bazen, ölüm döşeğindeki şahıs açısından tek teselli olduğu düşünülmüştür. Her ne kadar, tek bir bağışlama muamelesi varmış gibi gözükse de, bu hukukî işlem, amacı gereği iki farklı cömertliği ihtiva etmiştir: Ölüm döşeğindeki şahıs, bağışlanana ölüme bağlı bağışta bulunulmasına müsaade ederken; bağışlayan, ölüm döşeğindeki şahsı düşünerek, onun adına ölüme bağlı bağışlamada bulunmaktadır. Bu şekilde, üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlama ile üçüncü kişi tarafından tesis olunan cihaz (*dos adventicia*) arasında açık bir benzerlik olduğu sonucuna varılabilir. Zira, boşanma veya kocanın ölümü halinde kadın tarafından ileri sürülebilen istirdat hakkının açıkça gösterdiği üzere, doğrudan doğruya kocaya verilen *dos*, kadının menfaatine yapılan

<sup>209</sup> Bkz. D.24.1.26.1, D.39.6.8 pr., D.39.6.11 ve D.39.6.18 pr.

<sup>210</sup> SIMONIUS, s. 29.

bir cömertlik ihtiva etmektedir<sup>211</sup>. Üçüncü kişinin ölümüne bağlı bağışlamanın, üçüncü kişi tarafından yapılan bir ölüme bağlı tasarruf içerdiği yönündeki değerlendirme, bu muamelenin *mortis causa capiones* olarak kabul edilmesi ve böylece, bağışlananın iktisabının, ölüm döşeğindeki üçüncü şahıstan kaynaklandığı sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Bu burumda, bağışlananın, ölüm döşeğindeki şahıs ile arasındaki ilişki, *lex Iulia et Papia*'nın uygulanması açısından belirleyici olmuştur<sup>212</sup>.

#### IV.DONATIO MORTIS CAUSA'NIN TESTAMENTUM İLE AYNI KURALLARA TÂBİ TUTULMASI

##### A.Genel Olarak

*Donatio mortis causa*, klasik hukuk döneminde, *donatio inter vivos* gibi, sadece, taraflardan birinin malvarlığında ivazsız bir artış sağlanmasının sebebi (*causa donandi*) olarak görülse de, ölüme bağlı tasarruf muamelelerine benzerliği sebebiyle, sağlar arası bir muamele olan olağan bağışlamaya kıyasla özel bir yere sahipti. *Constantinus* tarafından yeniden düzenlenmesi neticesinde, bağışlama, kendine özgü yapısı olan bir muamele halini almış ve ölüme bağlı bağışlama, olağan bağışlama için getirilen yeni düzenlemelerden etkilenerek aynı kaderi paylaşmıştır. *Constantinus*, bu düzenlemelere ek olarak, ölüme bağlı bağışlamayı yeni şekil kurallarına tâbi kılmıştır. Zamanla, doğuda olduğu gibi batıda da, ölüme bağlı bağışlamayı olağan bağışlamanın tâbi olduğu kurallardan ayırarak ölüme bağlı tasarruflara yaklaştırma eğilimi ortaya çıkmıştır. Bu eğilim, küllî halefiyete ilişkin bir düzenleme olan mirasçı nasbının, terekeye dâhil mallardan sadece birine veya birkaçına ilişkin olan ölüme bağlı tasarruf muamelelerine kıyasla ikinci planda yer almasına sebebiyet veren ve gittikçe daha belirgin şekilde kendini gösteren çabalardan da anlaşılmaktadır. Bütün ölüme bağlı tasarruflar için geçerli olan, muameleden serbestçe rücu edebilme hakkının, en azından klasik sonrası hukuk dönemine ilişkin olarak, *donatio mortis causa* için de geçerli olduğunun şüpheye yer bırakmayacak kadar açık olması, ölüme bağlı bağışlamanın, ölüme bağlı tasarruflara

<sup>211</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. RÜGER, s. 152-199.

<sup>212</sup> SIMONIUS, s. 29-30.

benzetilmesi eğiliminin bir sonucudur<sup>213</sup>.

Klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa*, yalnızca, ulaşılmak istenen benzer bir amacın hukuk düzeni tarafından öngörülen bir yaptırımı gerekli kıldığı hallerde miras hukuku kurumlarına eşitlenmekteydi. Bir diğer ifadeyle, klasik dönem hukukçuları, *donatio mortis causa*'nın ölüme bağlı tasarruf vazifesi gördüğü olgusunu göz ardı etmemişler ve *donatio mortis causa*'yı, birçok bakımdan, *legatum* için geçerli olan kurallara tâbi kılmışlardır. *Iustinianus* hukukunda ise, *donatio mortis causa*'nın ve *legatum*'un şematik olarak eşitlendikleri ve benzer hükümlere tâbi tutuldukları görülmektedir. Bu gelişmeye yol açan asıl sebep, *Iustinianus*'un "hukuku sadeleştirme ve yeknesaklaştırma" çabaları olmuştur. *Iustinianus*'un, bu iki hukuk kurumunun presip olarak eşitlendiğini bildirdiği C.8.56.4'de yer alan düzenleme, bu eşitlemenin kanun koyucunun iradesini yansıtan dayanağı veya en azından belgesi niteliğindedir. Ancak, uygulamada bu eşitleme, bu iki hukuk kurumu ile ilgili her hususa ilişkin olmayıp, şekle ilişkin kuralların yanında, sadece, bir hukukî muamelenin mahiyeti gereği, normal olarak, kendiliğinden doğan unsurları (*naturalia negotii*) kapsamış ve *Iustinianus*, *donatio mortis causa*'nın sağlar arası işlem niteliğini yadsımayı hiç düşünmemiştir<sup>214</sup>.

Simonius'a göre, klasik hukuk dönemine ilişkin olmayan ve D.39.6.15<sup>215</sup>'de *legatum*'dan kaynaklandığı açıkça belirtilen tek kural, *mortis causa* bağışlamada

<sup>213</sup> KASER, RPR II, s. 564-565. Muhtemelen, ancak klasik sonrası hukuk döneminde, bağışlamadan serbestçe cayabilme, ölüme bağlı bağışlamaya uygulanmıştır. KOSCHAKER/AYİTER, s. 424. Bağışlayanın, böyle bir yetkiyi muhafaza etmemiş olsa bile, *mortis causa* bağışlamayı, sonradan pişman olması sebebiyle (*ex paenitentia*) daima feshedebileceği, *Iustinianus* dönemine ait bir gelişmedir. DI MARZO, s. 494; *Donatio mortis causa*, kural olarak, bağışlayanın ölümünden önce rücu edilebileceği bir muamele olarak kabul edilmektedir. Klasik hukuk döneminde, bağışlayanın dilediği zaman ölüme bağlı bağışlamadan rücu edip edemeyeceği belirsiz olmakla birlikte, bağışlayanın, en azından *Iustinianus* hukukunda bu hakka sahip olduğu şüpheye mahal vermeyecek derecede açıktır. Bu nedenle, klasik dönem hukukçularına atfedilmiş olan metinlerde, bağışlayanın dilediği zaman *donatio mortis causa*'dan rücu edebileceği belirtilmiş veya ima edilmişse, bu metinlerin *interpolatio*'ya mağruz kaldıklarından şüphe edilebilir. (Örneğin, D.39.6.13.1, D.39.6.30). BORKOWSKI, s. 6.

<sup>214</sup> SIMONIUS, s. 74-75; HARDER, s. 64-65. Sonuç olarak, *Iustinianus* döneminde Romalılar üç farklı yola başvurmak suretiyle ölüme bağlı kazandırmada bulunabiliyorlardı. Bunlar: *Legatum* veya *fideicommissum*, *donatio mortis causa* ve *fideicommissum a debitore relictum*'dur. *Donatio mortis causa* ile *fideicommissum a debitore relictum* ise, *testamentum*'dan farklı olarak, sağlararası işlem aracılığıyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı sunmaktaydı.

<sup>215</sup> D.39.6.15 (*Iulianus libro XXVII ad Digestorum*): *Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.*

bulunan kimsenin sahip olduğu genel cayma hakkıdır. Ancak, bu noktada dâhi, bu iki hukuk kurumunun gerçekten başlangıçtan beri mi eşitlenmiş olduğu yoksa bu kurumların birbirine eşitlendiği yönünde sonradan yapılan bir değişikliği haklı göstermek amacıyla mı böyle bir düzenlemeye gidildiği hususu belirsizdir<sup>216</sup>.

Her ne kadar, klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa*, muamelenin tâbi olduğu şekle ilişkin kurallar açısından, *legatum*'dan ve *fideicommissum*'dan ayrılrsa da, iktisadî açıdan bakıldığında, *donatio mortis causa* ve *legatum* muameleleri birbirine yaklaşmaktaydı. Bu nedenle, *donatio mortis causa*'nın, klasik hukuk döneminde dâhi, belirli açılardan *legatum*'a benzer bir görünüm arz etmesi şaşırtıcı değildir<sup>217</sup>. Keza, klasik hukuk döneminde, tıpkı *legatum* lehdarı gibi ölüme bağlı bağışlamadan yararlanan kimse de, *fideicommissum* yükümlüsü olabilirdi<sup>218</sup>. Bir diğer ifadeyle, bir kimsenin ölümüne bağlı olarak bazı haklar elde eden herkese ve dolayısıyla *donatio mortis causa* ile kendisine bağışlamada bulunulan kimseye de *fideicommissum* ile yükümlülük getirilebilirdi<sup>219</sup>. Ayrıca, *Septimus Severus*'un emirnamesi ile, mansup mirasçı, terekenin net tutarının 1/4'ünün (*quarta Falcidia*) kendisine bırakılmasını zorunlu kılan ve dolayısıyla malvarlığının 3/4'ünden fazlasının muayyen mal olarak vasiyet edilmesini yasaklayan *lex Falcidia*'ya dayanarak, *donatio mortis causa* ile kendisine bağışlamada bulunulan kimseye de başvurabilmekteydi<sup>220</sup>.

Derleyicilerin, klasik hukuk dönemine ait eserleri elden geçirirken *interpolatio* ile

<sup>216</sup>SIMONIUS, s. 75.

<sup>217</sup>SCHULZ, Classical, s. 332. Roma hukukunda, *donatio mortis causa* karşısında takınılan alabildiğine geniş yürekli tavır zamanla değişmiş ve katılaşmıştır. Daha klasik hukuk döneminden başlayarak, *donatio mortis causa* ile *legatum*'un tâbi oldukları hukukî rejim, gitgide daha geniş ölçülerde birbirine yakınlaştırılmıştır. İşlemi geri alma yetkisi, kazandırmayı *fideicommissum* ile yükümlendirip kayıtlama imkânı ve mirasçıların sorumluluğu noktalarında her iki kazandırma türü arasında paralellik kurulmuştur. *Legatum*'a özgü yasal düzenlemeler olan, *lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Falcidia*, *lex Iulia et Papia Poppaea* "*donatio mortis causa*"ya da uygulanmıştır. *Iustinianus*, şekil yönünden de aynı koşulları öngörerek her iki işlemi hemen hemen tümüyle (*per omnia fere*) şematik bir biçimde özdeşleştirmek suretiyle (D.39.6.37 pr.; I. 2.7.1; C.8.56.4) bu gelişmeyi noktalamıştır. SEROZAN, s. 47.

<sup>218</sup>HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 505; KASER, RPR I, s. 764. D.31.77.1 (*Papinianus 8 resp.*): "*Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest*" Bu metinde belirtildiği üzere, *mortis causa* olarak kendilerine bağışlamada bulunulan kişiler, herhangi bir süre için *fideicommissum* ile yükümlendirilebilir.

<sup>219</sup>BORKOWSKI, s. 7. Bu noktada belirtilmelidir ki, vasiyetçinin ölümü neticesinde herhangi bir şey elde edemeyen bir kimseden, *fideicommissum* ile kendisine yüklenen vasiyeti yerine getirmesi de beklenemezdi. JOHNSTON, D., The Roman Law of Trusts, New York 1988, s. 15.

<sup>220</sup>SCHULZ, Classical, s. 332; Aynı yönde bkz. DROPSIE, s. 179-180; KASER, RPR I, s. 764.

değişikliğe maruz bıraktıkları *D.39.6.37 pr.*'da<sup>221</sup> belirttikleri üzere, *donatio mortis causa*'nın *legatum*'a benzediği genel bir kural olarak dikkate alınmalı ve *legatum*'a uygulanan her kuralın *donatio mortis causa* için de uygulanmasının zorunlu olduğu göz önünde bulundurulmalıydı. Benzer şekilde, *I.2.7.1*'de<sup>222</sup> yer alan düzenlemede, *Iustinianus* tarafından çıkarılan ve *C.8.56.4*'de kendisinden söz edilen emirnameye atıfta bulunularak, ölüme bağlı bağışlamaların muayyen mal vasiyetleri arasında sayıldığı ve bu emirname ile öngörülen şekle uymaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle, derleyicilerin, *donatio mortis causa*'yı *legatum*'a benzetmek amacıyla hareket ettikleri gayet net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak kaynakların yetersizliği karşısında, bu benzetme çabalarının, klasik hukuk döneminde hangi noktalara ulaştığının ve bu çabaların ne kadarının klasik sonrası dönem hukukçularına atfedilebileceğinin belirlenmesi oldukça güçtür<sup>223</sup>.

Sonuç olarak, *donatio mortis causa*, *mortis causa negotium* adı altında gruplandırılabilir muamelelerden biridir. *Mortis causa negotium* olarak nitelendirilen bir diğer muamele olan *legatum*'u düzenleyen kurallar, bir taraftan kanun koyucunun getirdiği düzenlemelerle, diğer taraftan uygulamanın yarattığı ihtiyaçlar sebebiyle, aynı grupta yer alan diğer muameleler olan *fideicommissum* ve *donatio mortis causa* için de geçerli hale getirilmiş ve bu gelişim sürecinin bir sonucu olarak, *donatio mortis causa*, imparatorluk devrinde *legatum*'a eşitlenmiştir. *Donatio mortis causa*'nın, *mortis causa negotium* olarak nitelendirilemeyeceğinin savunulması halinde, *fideicommissum*'un da bu nitelikte bir muamele olmadığı yönünde, kabul edilmesi pek de mümkün olmayan, bir sonuca varılır. *Legatum*, ölüme bağlı muamelelerin arasında en çok uygulananı olmakla birlikte, başka ölüme bağlı muameleler de mevcuttu. *Legatum* için geçerli olan hükümler, gerek bu hükümlerle getirilen düzenlemeler neticesinde, gerekse *mortis causa negotium*

<sup>221</sup> *D.39.6.37 pr. (Ulpianus libro 15 ad legem Iuliam et Papiam): "Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipendum."*

<sup>222</sup> *I.2.7.1: "Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia . . . a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis cunnumberetur."*

<sup>223</sup> SCHULZ, Classical s. 332. Schulz'a göre, bağışlayanın, klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa* muamelesinden rücu edemeyeceği açıktır. Bu dönemde, *donatio mortis causa*, esas itibariyle taraflar arasındaki sözleşme niteliğini korumuş ve vasiyetçi *legatum*'dan rücu edebildiği halde bağışlayan ölüme bağlı bağışlamadan rücu hakkına sahip olamamıştır. Bu nedenle, kaynaklarda, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlamadan rücu edebileceği yönünde bir ifadeye rastlanması halinde, bu ibareleri ihtiva eden metinlerin ya yanlış oldukları ya da *interpolatio*'ya maruz kaldıkları sonucuna varılmalıdır. SCHULZ, Classical, s.332.

grubuna giren muamelelerin ortak özellikleri sebebiyle, bu gruba giren diğer muameleler için de uygulanır hale gelmişlerdir. *Mortis causa negotium*'a ilişkin bu gelişim süreci, ölüme bağlı bağışlamanın, olağan bağışlamadan uzaklaşması sonucunu da beraberinde getirmiştir<sup>224</sup>.

## B.Lex Furia ve Lex Voconia

*Donatio mortis causa*'nın, sağlar arası işlem aracılığıyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı sunması, hukukî gelişim süreci içerisinde, miras hukukuna ilişkin bir dizi kuralın *donatio mortis causa* için de uygulanmasına yol açmıştır. Bu süreç içerisinde, bir taraftan kanun koyucunun getirdiği düzenlemeler ve yargısal kararlar ile kanuna karşı hilenin önünü kesmek amacıyla o dönemin hukuk politikasını yansıtan hükümler *donatio mortis causa*'ya esnetilirken; diğer taraftan da hukukçular, vasiyetnamelere ilişkin bazı kuralları, hakkaniyeti sağlama düşüncesiyle, *donatio mortis causa* için de geçerli kılmışlardır. Bu eşitleme çabalarının başlangıcı aşağı yukarı klasik öncesi hukuka kadar dayanmaktadır<sup>225</sup>. Klasik sonrası hukuk döneminde ve özellikle *Iustinianus* hukukunda, *legatum* ve *fideicommissum*'un eşitlenmesi yönündeki çabalar göze çarparken; *Iustinianus*, C.6.43.1.1 ve C.6.43.2'de yer alan düzenlemelerle, bütün vasiyetnamelerin müşterek bir mahiyete (*una natura*) sahip olduklarını beyan etmiş<sup>226</sup>, ölüme bağlı bağışlamalar ise, her şeyden önce, terekenin muayyen mal vasiyetleri aracılığıyla aşırı bir şekilde yükümlendirilmesinin engellenmesi yönündeki prensip sebebiyle, vasiyetnameler ile eşitlenmiş ve dolayısıyla bu alandaki yasal düzenlemelere tâbi kılınmıştır<sup>227</sup>.

Kaynakların (*Gai. I. 2.225*, *Gai. I. 4.23*) mutabık olarak ortaya koyduğu üzere, muhtemelen M.Ö. 2.<sup>228</sup> yüzyılın başlarında düzenlenen *lex Furia testamentaria*, vasiyetçinin, bazı yakınları haricindeki kişilerin, *legatorum nomine* veya *mortis causa* neticesinde 1000 As'ı aşan miktarda iktisapta bulunmalarını yasaklamıştır<sup>229</sup>:

<sup>224</sup> COHEN, s. 146-147.

<sup>225</sup> SIMONIUS, s. 31; Aynı yönde bkz. DROPSIE, s. 179;

<sup>226</sup> MAYER-MALY, s. 206; KASER/KNÜTEL, s. 358.

<sup>227</sup> MAYER-MALY, s. 206-207.

<sup>228</sup> Kanun, muhtemelen M.Ö. 204-169 yılları arasında *lex Voconia*'dan önce fakat *lex Cincia*'dan sonra yayımlanmıştır. KASER, RPR I, s. 756, dn. 2; KASER, Verbotsgesetze, s. 33; WATSON, Succession, s. 163; JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B., Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge University Press 1972, s. 247, dn. 7.

<sup>229</sup> SIMONIUS, s. 31; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 495; KASER, RPR I, s. 756; KASER,

Gai. I. 2.225: *Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est.*

M.Ö. 169 yılında yayımlanan *lex Voconia* isimli bir diğer kanunla, bir taraftan kadınların vasiyetname ile mirasçısı olarak tayin edilmeleri yasaklanırken<sup>230</sup> diğer taraftan da hiç kimsenin, muayyen mal vasiyeti veya diğer ölüme bağlı işlemler (*legatorum nomine mortisve causa*) neticesinde, mirasçılara düşen miktardan daha fazlasını iktisap edemeyeceği kuralı getirilmiştir<sup>231</sup>.

---

Verbotsgesetze, s. 33; BUCKLAND, Main, s. 223; WATSON, Succession, s. 162; JOLOWICZ/NICHOLAS, s. 247; UMUR, Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları, s. 180. *Lex Furia Testamentaria, lex quam minus perfecta* (daha az tam kanun) mahiyetinde bir kanun olduğundan, yapılan işlemi geçersiz kılmaz fakat muameleyi ceza tehdidi altına alırdı. 1000 As'ı aşan muayyen mal vasiyetlerini yasaklayan bu yasal düzenelemeye rağmen, lehine mal vasiyetinde bulunulmuş olan kimse, mirasçıdan 1000 As'ı aşan vasiyetin yerine getirilmesini isterse, bunun dört katı ceza ödemek zorunda kalırdı. Bir diğer ifade ile, muamele geçerli kalır, fakat muameleden faydalanan kimse ceza öderdi. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 16.

<sup>230</sup> İktisadî bakımdan toplumun en üst sınıfında yer alan, bir diğer ifadeyle malvarlıksal değerleri fazla olan kimselerin, kadınları mirasçı olarak tayin etmelerini yasaklayan bu yasal düzenleme, mirasbırakanın cinsiyeti kız olan tek bir çocuğa sahip olması halinde dâhi uygulanmıştır. Bununla birlikte kadınların, iktisadî bakımdan bu sınıfa mensup olmayan kimseler tarafından mirasçı olarak atanmaları mümkündü. Ayrıca, bu sınıfa mensup olan kimselere, diğer mirasçılarına kalan miktardan fazla olmamak şartıyla, *legatum*'lar yoluyla kadınlara 1000 As'ı aşan miktarda muayyen mal vasiyetinde bulunabilme imkânı sağlanarak, kadınların mirasçı olarak tayin edilmelerine getirilen bu keyfî ve antifeminist sınırlandırma biraz olsun yumuşatılmıştır. Ancak ilk imparatorluk devrinin başlarında ortaya çıkan *fideicommissum* müessesesi sayesinde, *lex Voconia* ile getirilen bu tahdit önemini kaybetmiştir. Zira mirasbırakan, bir erkeği mirasçı tayin etmek ve onu *fideicommissum* yoluyla bütün malvarlığını bir kadına verme mükellefiyeti altına sokmak suretiyle kanunu dolanabilmiştir. WATSON, s. 78, 80; WATSON, Succession, s. 169-170. Romalı zengin kadınlar, kanunî miras hakkının (*ab intestato*) yanı sıra, lehlerine yapılması mümkün olan vasiyetname ve muayyen mal vasiyetleri sayesinde, servete dayalı bir gücün de sahibi olmaya başlamışlardır. Kadınların, servetlerinin artışı neticesinde ortaya çıkan keyfî hâkimiyetleri, sadece *Plautus*'un komedilerinde ve Roma edebiyatında en gözde konulardan biri olmakla kalmamış, aynı zamanda, kanun koyucunun da dikkatini çekmiştir. GÖNENÇ, Kadın, s. 143. Roma hukukunun miras rejimi sebebiyle, kadınlar önemli malvarlıklarına sahip olmuşlardır. Normal *ab intestato* (kanunî) miras kaynağına, lehlerine yapılması mümkün olan vasiyetname ve muayyen mal vasiyetleri kurumlarının aınları ekleniyordu. Kadın, *sui iuris* olsa bile, bu önemli mal kitlesi üzerinde tasarrufta bulunmak hususunda serbest değildi. Bir *res Mancipi* malın devri gibi muameleler vasiyetinin kontrolüne bağlıydı. Fakat çoğu zaman, aile reisi, kızına, vasiyetname ile, birçok vasi arasında seçim yapma hakkı tanıyordu. Ayrıca, kadın, *res nec Mancipi* mallar üzerinde dilediği gibi tasarruf edebiliyor ve böylece günlük hayattaki masrafların çoğunu ve gösteriş için satın alınan şeyleri, bir sınır olmadan yapabiliyordu. Zenginliğinde tamamen bağımsız, refahın aylaklığının yarattığı ölçüde serbest davranışlara sahip olan zarif çevrelere mensup Romalı kadın, mallarını kısır ve hattâ skandallara yol açacak biçimde hesapsızca israf edebilmekteydi. Romalı kadın, bunları tekrar elde etmek için, bir vasiyetname veya bağışlama yapanın yardımına muhtaç oluyordu. Zenginliğe bağlı olan bu gösteriş, ilk yasal müdahalelerin de sebebi olmuştur. Bu yasal düzenlemelerden biri olan *lex Voconia* (M.Ö. 169) ile getirilen yasaklar, en zengin yurttaşları, 100.000 *sestres* serveti olan ilk sınıfın vasiyetnamelerini ilgilendiriyordu. Bu sınıfa mensup olan kişilerin, kadınlar lehine yaptıkları tam veya kısmî mirasçı naspları iptal ediliyor ve vasiyetname yapma hürriyetleri sınırlandırılıyordu. Zira, mirasçının aldığından daha fazlasını vasiyetname ile bırakmak yasaklanmıştı. İlk sınıfa mensup bir yurttaşın kızı da, mirasçı olarak seçilemezdi. VILLERS, s. 434-435.

<sup>231</sup> TAMER GÜVEN, D., Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHFM, c. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s.

*Gai. I. 2.226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent.*

*Lex Furia Testamentaria* ile istenen sonuç elde edilemediği için yayımlanan *lex Voconia*'nın yürürlük alanına giren hususlarda, *lex Furia Testamentaria* geçersiz kılınmıştır. Ancak her iki yasa da M.Ö. 40 yılında *lex Falcidia*'nın yayımlanmasının ardından geçerliliklerini kaybetmişlerdir<sup>232</sup>.

Kanun koyucunun bu yasalar ile ulaşmak istediği amaç hakkında bir belirsizlik söz konusudur. Muayyen mal vasiyetleri ile aşırı yüklenildiği için vasiyetname yoluyla doğan mirasın reddedilmesini engelleme çabası, *donatio mortis causa*'nın bu

---

235; UMUR, s. 180; SIMONIUS, s. 32; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 495; WATSON, Succession, s. 167; JOLOWICZ/NICHOLAS, s. 248. Watson, *Gai. Inst. 2.225* ve *Gai. Inst. 2.226*'da yer alan düzenlemelere dayanarak, gerek *lex Furia* gerekse *lex Voconia* ile getirilen sınırlamaların *donatio mortis causa*'yı da kapsadığını açıkça ifade etmiştir. WATSON, Succession, s. 167. Kadınların vasiyetname ile mirasçılıklarını en çok etkileyen değişiklik M.Ö. 169'da *lex Voconia*'nın kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Yasaya göre, yüksek sınıflara mensup kişiler kadınları *heredes* olarak belirleyemezlerdi. Bu düzenlemeyle bir taraftan kadınların vasiyetnamesiz miras paylarına dokunulması engellenmiş diğer taraftan da yüksek sınıflara mensup kadınların vasiyetname yoluyla *heredes* yapılması engellenerek onlara darbe indirilmiştir. Böylece, vasiyetname yapılmamışsa, kadın kanunî miras payını alacak, vasiyetname varsa erkekler *heredes* olacak, kadına terekenin bir bölümünü içeren miras hissesi (*legatum partitionis*) bırakılacak ve eğer vasiyetname yapılmış ancak kadınlar ihmal edilmişse, vasiyetnamesiz mirasçılık paylarını alacaklardır. Ancak şu da belirtilmelidir ki, *lex Voconia* ile getirilen düzenlemeden kaçmayı sağlayacak hileler de (*fideicommissum hereditatis*) bilinmekteydi. *Lex Voconia* kadınların aleyhine düzenlemeler içeren bir yasa olarak ortaya çıkmış ve lüks tüketime karşı kabul edilmiş yasalardan biri olarak, Roma'da kadınların lüks harcamalara olan düşkünlüğünü ortadan kaldırmaya çalışmıştır. TAMER GÜVEN, s. 235-236. Mücevher kullanılmasını ve rengârenk elbiseler giyilmesini yasaklamak suretiyle kadınların sefahatini önleyen *Oppia Kanunu*'na (M.Ö. 215) karşı, kadınların meydan okuyan girişimlerinin başarıyla sonuçlanması ve kanunu ilga eden *lex Valeria Fundania*'nın kabulünden sonra (M.Ö. 195), *Cato*, önlemler alınması gerektiğini düşünüyordu. Kadınların artan servetlerine şiddetle karşı çıkan *Cato*'nun desteği ile *Voconius*'un girişimi başarı kazanmış ve M.Ö. 169'da, doğrudan doğruya Roma'nın en zengin sınıfının vasiyetnamelerine ilişkin olup büyük ölçüde kadınları hedef alan *lex Voconia* yürürlüğe girmiştir. Bu yasal düzenleme ile, kadınların, belirli bir miktarın üzerinde serveti olan vatandaşlar tarafından mirasçı tayin edilmeleri ve yüksek sınıflara mensup kişilerin, malvarlıklarının yarısından fazlasını bir kadına bırakmaları yasaklanmıştır. *Aulus Gellius*, kanunun, ilk imparatorluk devrinde uygulanmadığını belirtmektedir. Artık servet sayımlarının yapılmaması, bu uygulamayı zaten olanaksız hale getirmekteydi. Diğer taraftan *Gaius*, bu tedbirin *fideicommissum*'lar yoluyla nasıl kadının yararına kullanıldığından söz etmektedir (*Gai. Inst. 2.174*). Bu durum, *Augustus* kanunlarının, bekâr ve evli olduğu halde çocuksuz olan erkekler gibi kadınların da miras haklarını sınırlandıran hükümleri ile uyumludur. Zira yasaklar, *fideicommissum*'lar aracılığıyla delinmiştir. GÖNENÇ, Kadın, s. 144-145.

<sup>232</sup> SIMONIUS, s. 32; KASER, RPR I, s. 756; KASER, Verbotsgesetze, 35,50-53; BUCKLAND, Main, s. 223. *Lex Voconia* ile getirilen düzenlemenin ihlâl edilmesi halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı konusunda kaynaklarda herhangi bir bilgiye rastlanmamakla birlikte, muayyen mal vasiyetinin mirasçılara düşen miktardan fazlasının geçersiz olarak addedildiği sonucuna varılabilir. BUCKLAND, Main, s. 223; Kaser'e göre, *lex Voconia leges perfectae* (tam kanun) niteliğinde olduğundan, bu kanun ile getirilen yasağa aykırı olan muameleler batıl sayılmaktaydı. KASER, Verbotsgesetze, s. 50.

düzenlemelerin kapsamına dâhil edilmesini açıklayamadığından, *Gaius* (*Gai. I. 2.224-26*) tarafından ileri sürülen düşüncenin doğru olması düşük ihtimaldir. Bu düzenlemelerin, aşırı harcamalar ve gösterişli bir yaşam tarzı ile mücadele edilen İkinci Kartaca Savaşını takip eden dönemde yayımlanan bir dizi kararnameye dâhil olduğu daha olasıdır. Mirasçının aksine, muayyen mal vasiyeti alacaklısı ve ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile kendisine bağışlamada bulunulan kişi, müteveffanın (mirasbırakanın) şahsını devam ettirmemekte ve bu kişiler lehine yapılan kazandırmalar neticesinde terekeye dâhil olan mallar adeta dağıtmakta, israf edilmekteydi. *Lex Voconia* ise, muhtemelen kadınlar tarafından yapılan lüks harcamalara karşı getirilen özel bir düzenleme olmuştur<sup>233</sup>.

Mirasçı atamasına ilişkin olarak getirilen yasak, ancak, muayyen mal vasiyetlerinin ve diğer ölüme bağlı kazandırmaların kapsamına da bir sınırlama getirildiği takdirde amaca uygun bir düzenleme haline gelmiştir<sup>234</sup>.

Klasik öncesi hukuk dönemine ait yasal düzenlemeler olan *lex Furia*'nın ve *lex Vocania*'nın, “*mortis causa capare*” ifadesi sebebiyle ölüme bağlı bağışlamaları da kapsadığı yönünde ortaya konulan iddiayı destekleyecek kanıtlara ihtiyaç vardır. Bu konuda *Simonius* tarafından ileri sürülen görüşe göre, M.Ö. 116-27 yılları arasında yaşamış olan Romalı akademisyen ve yazar *Marcus Terentius Varro* (*Varro*) tarafından ifade edildiği üzere, henüz M.Ö. 1. yüzyılda bile “*mortis causa capere*” ifadesiyle, özellikle, ölüme bağlı bağışlamanın kabulü akla gelmiştir. *Varro*'nun Roma toplumunun tarihine ve yaşam tarzına ilişkin olarak kaleme aldığı “*de vita populi Romani*” isimli eserin üçüncü kitabında, *lex Furia*, “*Plebique scito cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra ases mille.*” cümlesi ile tasvir edilmiştir. *Varro* bu eserinde sadece *lex Furia*'dan söz etse de, *lex Vocania* için de benzer ifadelerin aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı düşünülebilir. Zira, *lex Vocania*,

---

<sup>233</sup> SIMONIUS, s. 32-33; Aynı yönde bkz. MAYER-MALY, s. 203; WATSON, Succession, s. 163-164. Vasiyetnamelere getirilen yasal kısıtlamaların temelinde yatan asıl sebep, lüks olarak nitelendirilebilecek, gösteriş amacıyla yapılan tasarruflarlar neticesinde malvarlığının dağılması ile mücadele etmektir. Ancak, ilerleyen dönemlerde, bu alanda yapılan yasal düzenlemelerin öne çıkan sebebi, asıl mirasçılarının terekeden elde etmeleri gereken asgarî miktarın garanti altına alınmasını sağlamak olmuştur. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, bu yasal düzenlemelerin temelinde yatan asıl sebep, terekenin muayyen mal vasiyetleri neticesinde azalması ve bu sebeple mirasçılarının mirası reddetmelerinin önüne geçmektir. Zira, mirasçılar mirası kabul etmedikleri zaman, vasiyetname ile birlikte muayyen mal vasiyetleri de (*legatum* ve *fideicommissumlar*) batıl hale gelmekteydiler. DROPSIE, s. 179, dn. 1; KASER, RPR I, s. 756.

<sup>234</sup> SIMONIUS, s. 33.

*Varro*'nun yaşadığı dönemde hâlâ geçerli olup ölüme bağlı bağışlama muamelesi için de uygulanmıştır. Yürürlükte olan bir kanun metninin tek bir yüzyıl içinde esaslı bir değişikliğe uğrayarak tamamen farklı bir anlam kazanması düşük bir ihtimal olduğundan, gerek *lex Furia* gerekse *lex Voconia* ile getirilen düzenlemelerin “*mortis causa capere*” ifadesi sebebiyle ölüme bağlı bağışlama muamelesini de kapsadığı düşünülebilir. Zira, “*mortis causa capere*” ifadesi, zaten, *lex Furia* ve *lex Voconia* yayımlandığı sırada da ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin bir ifadeydi. *Varro*'nun ve *Digesta*'da *donatio mortis causa*'ya ilişkin en eski beyanı (D.39.6.43) kaleme alan ve muhtemelen ilk imparatorluk devrinde *Augustus* zamanında yaşamış bir hukukçu olan *Fulcinius*'un birbirine yakın zamanlarda yaşadıkları düşünüldüğünde, tarihsel devamlılığın bu arada kesintiye uğradığı şeklinde bir varsayıma dayanılamayacağından, *lex Voconia* ile düzenlenen *mortis causa capio* ve *Varro*'nun ele aldığı *donatio mortis causa* ile klasik hukuk dönemindeki ölüme bağlı bağışlama arasında bir benzerliğin bulunmadığı varsayımında bulunulması da akla uygun değildir<sup>235</sup>.

Cohen'e göre, *minus quam perfecta*<sup>236</sup> niteliğinde bir kanun olan ve M.Ö. 2. yüzyılın başlarında düzenlenen *lex Furia testamentaria* vasiyetçi tarafından yapılan tasarruflar neticesinde akrabaların mağdur edilmelerini önlemek amacıyla getirilen yasal bir düzenlemedir. Yazara göre, “*legatorum nomine*” ifadesi metin içerisinde özellikle zikredildiğinden, kanun metninde geçen “*mortis causa capere*” ifadesi muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ile ilgili olmayıp, bu ifade, kesinlikle “*donatio mortis causa*” anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır. Ölüme bağlı bağışlama, muayyen mal vasiyetinden sonra, *mortis causa capio*'nun en çok başvurulmuş türü olduğundan, yasanın, *mortis causa capio* ifadesini dar anlamda ele aldığı ve *donatio mortis causa*'yı göz ardı ettiği düşünülemez. *Lex Furia testamentaria* ile istenen sonuç elde edilemediği için M.Ö. 169 yılında çıkarılan *lex Voconia*'nın metninde de tamamen aynı kelimeler kullanılmış olup her iki yasanın da benzer düzenlemeler

<sup>235</sup> SIMONIUS, s. 33-34. *Lex Furia* ve *lex Voconia* ile getirilen düzenlemelerin, başlangıçtan itibaren, *donatio mortis causa*'yı da kapsadığı yönünde bkz. DROPSIE, s. 179, dn. 1; KASER, RPR I, s. 764; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 504-505.

<sup>236</sup> Vasiyetli, 1000 As'ı aşan miktardaki muayyen mal vasiyetinin yerine getirilmesini isteyecek olursa, mirasçı, bir *manus iniectio pura iudicato* ile yani *magistra*'ya haber vermeksizin, hâkim tarafından verilmiş bir karar olmadığı halde, sanki öyle bir karar verilmiş gibi, doğrudan doğruya dört misli para cezasını ondan alırdı. Böylelikle *lex Furia testamentaria*'ya riayet edilmeksizin yapılan bu muamele batıl sayılmamakta fakat o muameleyi yapmış olan kimselere ceza verilerek yasağa riayet edilmesi sağlanmaktaydı. BUCKLAND, Main, s. 223; KASER, Verbotsgesetze, s. 33.

içerdikleri sonucuna varılabilir. *Lex Furia* ve *lex Voconia*'dan farklı olarak, M.Ö. 40 yılında çıkarılan *lex Falcidia*<sup>237</sup> ile getirilen yasal düzenleme ise, “*quam cautum est, ne plus civi Romano legare liceat quam dodrantem*” ifadelerinden anlaşıldığı üzere, başlangıçta, *donatio mortis causa*'ya ilişkin olmayıp, bu düzenleme ile terekenin tamamı esas alınmaktaydı. Ancak sonradan *Severus*'un emirnamesiyle, bu kanun, ölüme bağlı bağışlamayı da kapsayacak hale getirilmiş ve böylece “*portio legis Falcidiae*” hesaplanırken, vasiyetçi tarafından yapılan bağışlamaların da dikkate alınması gerekmiştir<sup>238</sup>.

### **C.Donatio Mortis Causa Neticesinde İktisapta Bulunma Ehliyetine Getirilen Kısıtlamalar**

#### **1.Lex Iulia et Papia**

*Augustus* zamanında çıkarılmış (M.Ö. 17), bekârlıkla (*coelibes*) mücadele eden *lex Iulia de maritandis ordinibus* (Evlenmenin tanzimine müteallik *Augustus* kanunu), mirasbırakanın altıncı dereceye kadar hısımları ve yakın sıhrî hısımları olmadıkları sürece dul ve boşanmışlar dâhil evli olmayanların, miras ve muayyen mal vasiyetlerini iktisap edebilme ehliyetlerinin olmadığına hükmetmiştir. Yine *Augustus* zamanında çıkarılmış (M.S. 9) ve *lex Iulia de maritandis ordinibus*'un hükümlerinden bazılarını değiştiren *lex Papia Poppaea*<sup>239</sup> ise, cinsiyetlerine göre, 20-25 yaşını geçmiş ve 50-60 yaşından küçük olup, mirasbırakanın altıncı dereceye kadar hısımları ve yakın sıhrî hısımları olmadıkları sürece, evli olup çocuğu bulunmayanların (*orbi*), kendilerine vasiyet yoluyla bırakılan miktarın yarısından fazlasını iktisap edemeyecekleri kuralını getirmiştir<sup>240</sup>. *Incapacitas* olarak

<sup>237</sup> Gai. Inst. 2.227: *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.*

<sup>238</sup> COHEN, s. 150-151; Aynı yönde bkz. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 505; KASER, RPR I, s. 764.

<sup>239</sup> Bu kanun ile getirilen düzenleme neticesinde, evlilikte çocuk bulunmadığı takdirde eşler, miras yolu ile birbirlerinin malvarlığının ancak 1/10'unu alabilmişlerdir. Bu düzenleme neticesinde eşler vasiyetnameleri ile birbirlerine, yabancılara bırakabildiklerinden daha azını bırakabilmişlerdir. I.8.5.19'da yer alan düzenlemede, bir erkeğin, malvarlığının 1/4'ünü metresine bırakabildiği halde, karsına ancak 1/10'unu bırakabilmesinin garipliğine işaret etmektedir. C.8.5.7.2'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bu kanunun hükümleri, *Honorius* ve *Theodosius* tarafından M.S. 410 yılında kaldırılmıştır. TAMER GÜVEN, D., Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHF, c. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 231.

<sup>240</sup> Bütün topluluklarda olduğu gibi Roma'da da evlilik birliği ile ailenin ve aile kültürünün devamı amaçlanmıştır. Bu fikre uygun olarak Romalı, evliydi ve çocuklu bir aile içerisinde yaşamını

adlandırılan bu ehliyetsizlik, *testamenti factio passiva*'ya sahip olunmasından bağımsızdı. Mirasın intikalinden itibaren 100 gün zarfında evlenmemiş olan *caelibes*'e bırakılmış olan şey *caducam* (hükümsüz) olur ve Roma halkının hazinesine (*erarium*) intikal ederdi. Benzer şekilde, *orbi*'nin iktisap edemediği yarım lar da *caducam* olur fakat bu yarım ları o vasiyetname içinde bulunan çocuklu kimselerin talep etme hakları (*qui in eo testamento liberos habebant*) olurdu. Fakat bu durumda olan kişiler mevcut değilse, bu yarım lar da Roma hazinesine intikal ederdi<sup>241</sup>.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, bekârlara ve çocuk sahibi olmayanlara karşı çeşitli yaptırımlar içeren *Augustus*'un Evlilik Kanunları, özellikle ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kısıtlamalar içermektedir. Miras hukukuna ilişkin bu kısıtlamalar, başlangıçta, *donatio mortis causa* için geçerli değillerdi. Ancak *lex Iulia et Papia Poppaea* ile getirilen düzenleme, kanuna karşı hilenin önlenmesi amacıyla çıkarılan bir *senatus* kararı ile *legatum*'a yakınlaştırılması sırasında *donatio mortis causa*'yı da kapsamına almıştır<sup>242</sup>. Bu *Senatus Consultum*'un yayımlanması muhtemelen

---

sürdürüyordu. Çocuksuzluk ve buna bağlı olarak ata kültürünün ihmali geleneksel olarak da doğru bulunmuyordu. Bu durum esasen, Roma gibi tarıma dayalı toplulukların bir gereğiydi. Ancak Roma'nın siyasi bir güç haline gelmesi ve zenginleşmesi halk arasındaki sosyal farklılaşmaları beraberinde getirmiş ve özellikle üst tabaka arasında çiftçi düşüncesi terk edilmeye başlanmıştır. Sosyal yapıda meydana gelen bu farklılaşma başkasının evliliğine saygı gösterilmemesi ve zinanın artması sonucunu doğurmuştur. Milattan sonraki yıllarda iç savaşın etkisiyle örf ve adetlerin kalkması, bu fikirlerin özellikle üst tabaka arasında giderek yayılmasına sebep olmuştur. Savaşların sona ermesinden daha ileri bir tarihte imparator olan *Augustus*'un, devleti yeniden teşkilatlandırmak ve örf ve adetleri canlandırmak amacıyla yaptığı reform niteliğindeki yasal düzenlemeler arasında evliliğe ilişkin olanlar olağanüstü bir yere sahiptir. Bu düzenlemelerin merkezinde üst tabakanın devamını tehlikeye sokan evlenme adetlerinin değiştirilmesi ve Roma halkının yeni nesilleri yer almaktaydı. *Augustus*'un evliliğe ilişkin iki kanunu (*lex Iulia de maritandis ordinibus* ve *lex Papia Poppaea*) gerek bekârları ve dulları gerekse evli olup da çocuğu bulunmayanları özellikle miras hukuku alanında bazı haklardan mahrum etmek suretiyle evliliği ve çocuk sahibi olmayı teşvik etmekteydi. Direnmeyle karşılaşsa da bu yasal düzenlemeler yüzyıllar boyunca yürürlükte kalmış ve hristiyanlığın kabulünden sonra uygulamadan kalkmışlardır. SOMER, P., *Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Y. 2002, s. 171-172. Hukukçular tarafından *Leges Iulia et Papia Poppaea* tabiri altında toplanmış olan bu iki yasal düzenlemenin amacı, bir taraftan evli ve çocuklu olan kimselere çeşitli imtiyazlar tanımak diğer taraftan da bekârlara ve çocuk sahibi olmayanlara ekonomik ve sosyal açıdan çeşitli dezavantajlar getirmek suretiyle evliliği ve çocuk sahibi olmayı teşvik etmek ve geleneksel ailevi değerlerin bozulmasının önüne geçmektir. MOUSOURAKIS, G., *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Cornwall 2005, s. 281, dn. 6. Bu iki yasal düzenlemenin toplumsal etkilerinin tesbiti mümkün olmamakla birlikte, Roma hukukunun aile ve miras hukuku alanlarını karmaşık bir hale getirdikleri kesindir. CROOK, J., *Law And Life of Rome*, New York 1987, s. 106.

<sup>241</sup> SIMONIUS, s. 38-39; DI MARZO, s. 560-561; HONIG, s. 170, 402; KUNTZE, s. 552; KASER, RPR I, s. 318-320. Aynı yönde bkz. GÜNEŞ CEYLAN, *Evlenme*, s. 126-131; HADLEY, J., *Introduction To Roman Law In Twelve Academical Lectures*, Colorado 1996, s. 310; LIEBS, *Schenkung*, s. 1019.

<sup>242</sup> D.39.6.35 pr. (*Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam*): *Senatus censuit placere mortis causa*

*Vespasianus* ile *Hadrianus* arasındaki zamana denk gelmektedir<sup>243</sup>. Etkisi bakımından *legatum*'a daha yakın duran ve bu nedenle bu düzenlemeye daha önce tâbi kılınmış olması gereken *fideicommissum*, *Vespasianus* zamanında *Senatus Consultum Pegasianum*<sup>244</sup> ile getirilen düzenlemenin kapsamına alınırken; *fideicommissum*'un bu yasalara tâbi olduğu, *Hadrianus* zamanında zaten bilinen bir şey olmuştur<sup>245</sup>. *Lex Iulia et Papia*'nın hükümleri sadece ölüme bağlı bağışlamadan kaynaklanan iktisaplar için değil, aynı zamanda tüm *mortis causa capiones*'ler için geçerliydi (D.39.6.36; D.39.6.38). D.39.6.9'da yer alan düzenlemede kullanılan genel ifadeden (*Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt*) yola çıkılarak, *lex Iulia et Papia*'nın ehliyeteye sahip olmamaya ilişkin kurallarının yanı sıra, *lex Iunia* ile getirilen düzenlemenin de *donatio mortis causa* üzerinde uygulandığı sonucuna varılabilir<sup>246</sup>.

İktisap ehliyeti için bağışlayanın ölüm anı belirleyici olmuştur:

D.39.6.22 (*Africanus libro I ad Quaestionum*): *In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit*"<sup>247</sup>

Bu metinde yer alan cümlelerin *lex Iulia et Papia*'nın uygulaması için önem teşkil ettiği, D.39.6.10 ve D.39.6.31.50 pr.'da yer alan düzenlemeler sayesinde doğrulanmaktadır. Bu düzenlemelere göre, bağışlananın ehliyetsizliği durumuna

---

*donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.*

<sup>243</sup>SIMONIUS, s. 38-39, KASER, RPR I, s. 764; JOHNSTON, s. 34, dn. 36; KOSCHAKER/AYİTER, s. 424; Aynı yönde bkz. LIEBS, Schenkung, s. 1019.

<sup>244</sup>*Fideicommissum* ile yükümlü olup, bütün veya hemen hemen bütün terekeyi iade etmek zorunda olan mirasçılarının mirası kabul etmemeyi tercih etmeleri ve bu nedenle *fideicommissum*'ların hükümsüz kalması sebebiyle *Vespasianus* zamanında (M.S. 69-79) çıkarılan *Senatus Consultum Pegasianum*, *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemenin *fideicommissum*'lar için de geçerli olacağını hükme bağlamış ve terekeyi devretmekle yükümlü olan mirasçıya, mirası reddetmesini önlemek için terekenin 1/4'ünü muhafaza etme hakkı tanınmıştır. RADO, T., *Principatus* Devrinde Roma Hususi Hukukunun *Senatus Consultum*'lar Yoluyla Islahı, İstanbul 1954, s. 33; DI MARZO, s. 589; UMUR, Ders Notları, s.522; KOSCHAKER/AYİTER, s. 422; HONIG, s. 427; BUCKLAND, Manuel, s. 220; KASER RPR I, s. 762-763; BUCKLAND, Main, s. 230; LEE, s. 244; CROOK, s. 127.

<sup>245</sup>Bir *fideicommissum* ile mal iktisap edebilme ehliyetine sahip olan yabancıların, bekârların (*caelibes*), çocuğu olmayanların (*orbi*), gayri muayyen kimselerin (*personae incertae*) ve vasiyetten sonra *sui* olmayanlardan doğan çocukların bu ehliyetleri, *Vespasianus* ile *Hadrianus* zamanında çıkarılan *Senato* kararlarıyla kaldırılmıştır (*Gai. Inst.* 2.285-287). DI MARZO, s. 588; KOSCHAKER/AYİTER, s. 414.

<sup>246</sup>SIMONIUS, s. 39.

<sup>247</sup>krş. D.39.6.35.7

karşı bir ikameli mirasçı tayin edilmesi<sup>248</sup> yalnızca, iktisap ehliyetinin varlığının, bağışlama konusu malın intikali sırasında henüz belirlenememesi durumunda anlam kazanmıştır. Bu düzenleme, *donatio mortis causa*'nın, ancak bağışlayanın öldüğü andan itibaren malvarlığının nihaî anlamda yer değiştirmesi sonucunu doğurduğunu, buna karşılık, bağışlayanın ölümünden önce mülkiyetin iktisabı söz konusu olsa bile, bağışlananın zenginleşmesinin sadece geçici bir durum olarak nitelenedirilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir<sup>249</sup>.

Kaynaklar, *lex Iulia et Papia* ile getirilen düzenlemenin *donatio mortis causa* açısından nasıl uygulandığı hususunda yeterince aydınlatıcı değildir. Örneğin, devredilmiş olan malların nasıl geri istendikleri belli olmadığı gibi; kendisine, evlenebilmesi için, mirasın intikalinden itibaren yüz günlük bir süre tanınan *caelibes*'de olduğu gibi bağışlanana da, kişisel ilişkilerini *Lex*'e uygun hale getirebilmesi için böyle bir süre tanınıp tanınmadığı da bilinmemektedir. Ancak *D.32.87*<sup>250</sup> ve *D.39.6.37 pr.*<sup>251</sup>, da yer alan düzenlemeler, *legatum* için geçerli olan kurallara dayanıldığı yönünde bir tahminde bulunmaya sevk etmektedir. Nitekim, *lex Iulia et Papia*'ya ilişkin şerhlerden kaynaklanan her iki fragmanda da, *donatio mortis causa*, *legatum* ile genel olarak eşit görülmektedir. Simonius'a göre, genelliği itibariyle klasik hukuk dönemine ilişkin olması imkânsız olan bu eşitlemenin arkasında, *donatio mortis causa* ve *legatum*'un, bu yasa bakımından benzer bir şekilde ele alındığına dair bir imanın yattığı sonucuna varılabilir<sup>252</sup>.

## 2.Lex Iunia Norbana ve Yabancı Kimselerin Durumu

Simonius'a göre, lehine ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapılan *Latini Iuniani*'lerin (*Latinus Iunianus*), bu bağışlamaları iktisap etmek hususunda gerekli ehliyeteye sahip olmamaları, muhtemelen, *lex Iulia et Papia* ile getirilen düzenlemenin

<sup>248</sup> İkame (*substituto-sub statuo; instituo ise-in statuo*), tâli bir mirasçı nasbı, yani ilk nasbolunan mirasçının mirası iktisap etmek istemediği veya edemediği haller için ikinci bir mirasçı (*heres substitutus*) tayini idi. DI MARZO, s. 532.

<sup>249</sup> SIMONIUS, s. 40.

<sup>250</sup> *D.32.87 (Paulus libro quatro ad legem Iuliam et Papiam): Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continetur.*

<sup>251</sup> *D.39.6.37 pr. (Ulpianus libro 15 ad legem Iuliam et Papiam): Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.*

<sup>252</sup> SIMONIUS, s. 40-41.

*donatio mortis causa*'yı da kapsayacak hale getirilmesinden çok daha eskilere dayanmaktadır. *Lex Iunia*<sup>253</sup>, da yer alan düzenleme gereğince, *Latinus Iunianus*'lar vasiyetname yoluyla iktisapta bulunma ehliyetine sahip değillerdi. Ancak, ehliyeteye ilişkin bu eksiklik, *testamenti factio passiva*'ya ilişkin olmayıp, *lex Iulia et Papia* ile, ehliyetsizliğe ilişkin olarak getirilen kurallarla uyum halindedir. Zira gerek *lex Iunia*, gerekse *lex Iulia et Papia*, hükümsüzlüğe ilişkin kanunlardı. Diğer taraftan, *Fr. Vat.* 259'da yer alan düzenlemeye göre, *Latinus*'lar *donatio mortis causa* neticesinde iktisapta bulunamayacakları gibi *capere mortis causa*'da bu kişiler için geçerli bir iktisap yolu değildi<sup>254</sup>.

(*Papinianus 12 resp.*) *Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipii donationem esse apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur, quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia removetur.*

*Papinianus*'un *Responsum*'umuna göre, bir kadın, vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın bir Latin'e, sağlar arası bir işlemle (*non mortis causa*), *res mancipi* ve *res nec mancipi* mallar bağışlamış; Latin kişi, *res nec mancipi* malın zilyetliğini zaten elde ettiğinden (*Interdictum Utrubi*), bu malın iktisabına karşı *lex Cincia*'ya dayanmak suretiyle hiçbir şey yapılamamıştır. Oysa henüz kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilmemiş *res mancipi* mala ilişkin bağışlama, *mancipatio* muamelesi gerçekleşmiş olsa dâhi, bağışlayanın ölümünden önce iptal edilebilmiştir. Zira, vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın yapılan *mancipatio* muamelesi neticesinde, muameleye konu olan mallar,

<sup>253</sup> *Lex Iunia (Lex Iunia Norbana)*: Azat etmeyi düzenleyen ve gerekli usul ve şekillere uyulmadan yapılmış azat muameleleri sonunda *Latini Iuniani* ismi altında, tam Roma vatandaşı olmayan bir azatlı sınıfının oluşmasına sebep olan kanun. *Iustinianus*'un *Institutiones*'ine göre, M.S. 19 yılında çıkarılmış, fakat bazı müelliflere göre, M.S. 4 yılında köle azat etmeyi sınırlamak üzere *Augustus* tarafından çıkarılan bir kanun olan *lex Aelia Sentia*'dan eski olması gerekmektedir. UMUR, Lügat. Di Marzo'ya göre, M.S. 19 senesinde çıkarılmış bir kanun olan *lex Iunia* (sonradan *Iunia Norbana*) dostlar arasında ismen azat edilen (*nominatim inter amicos manumissi*) kölelere, *ius civile* hürriyetlerini bahsetti ve prensip olarak Roma vatandaşlığını vermemekle birlikte, bu kişileri, *Latini Iuniani* ismi altında, latinlerin hukukî durumunu iktisap etmiş fakat daha aşağı seviyede tutulan hür kimseler (*Latini Coloniarii*) ile eşit seviyeye getirmiştir. *Latini Iuniani*'ler, *commercium*'a, yani Romalılar ile *mancipatio* yapma hakkına sahip olmakla birlikte, *ius quiritium (ius civile)* gereğince, mülkiyet iktisap edemezlerdi. Bu kişiler, vasiyetname düzenlemek, miras ve muayyen mal vasiyeti iktisap etmek ve vasiyetname ile vasi olmak ehliyetlerinden yoksundular. Öldükleri vakit malları, adeta *peculium* hukuku gereğince, efendilerine intikal ederdi. DI MARZO, s. 43-44.

<sup>254</sup> SIMONIUS, s. 41; COHEN, s. 157; Aynı yönde bkz. KASER, RPR I, s. 764.

sadece zamanaşımı ile iktisaba elverişli olacak şekilde (*ad usucapionem*) devredilmiş olduğundan<sup>255</sup>, *replicatio legis Cinciae* ile desteklenen bir *rei vindicatio* ile istenilen hukukî sonuç elde edilebilmiştir<sup>256</sup>.

*Responsum*, kadının mirasçılarının da *Latin*'e karşı harekete geçebilme imkânına sahip olup olmadıkları sorusunu da yanıtlamaya çalışmıştır. Bağışlayan, *lex Cincia*'ya dayanmak suretiyle, bağışın *imperfecta* olduğu ve bu nedenle hükümsüz addedilmesi gerektiği yönünde bir *exceptio*'yu bizzat ileri sürmemişse, mirasçılar bir şey yapamazlardı (*morte Cincia removetur* – ölümle *lex Cincia* hükümsüz kalır). *Papinianus*, “ölümle *lex Cincia* hükümsüz kalır” kuralına rağmen, taraflar arasında *donatio mortis causa* muamelesi kurulduğu düşüncesini kabul etmemiştir. Zira, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi halinde, muameleden rücu edilmesi artık mümkün değildi. Buradan yola çıkılarak, taraflar arasındaki muamele *donatio mortis causa* olsaydı, kendisine bağışlamada bulunulan *Latin*, hukukî bir koruma vasıtasına sahip olamayacaktı sonucuna ulaşılabilir. Zira, “*Latino quoque*” ifadesinin açıkça ortaya koyduğu üzere, bu sonuca varmamızın sebebi, bağışlananın statüsüdür. Gerek *commercium*'a gerekse vasiyetname yoluyla iktisapta bulunma ehliyetine sahip olan *Latini coloniarii*'lerin<sup>257</sup>, hangi nedenden dolayı, ölüme bağlı bağışlamaları iktisap

<sup>255</sup> Kendisine ait olmayan bir malı bağışlayandan veya bağışlama muamelesini yapmaya yetkili olmayan birinden, bağış yoluyla mal devralan kişinin, mülkiyeti hemen kazanması mümkün olmayacağından, bu kişinin, kazandırıcı zamanaşımından yararlanarak *ius civile* mülkiyetini kazanabilmesi, *pro donato* veya *causa donandi* denilen sebebin (*iusta causa pro donato*) varlığı ile mümkündür. Diğer taraftan, Roma hukukuna göre, bu sebebe dayanarak *usucapio* ile iktisabın gerçekleşebilmesi için devreden ve devralan kişiler arasında hibenin yasaklanmamış olması gerekirdi. Örneğin klasik hukuk döneminde karı-koca arasındaki hibeler yasaklandığından, bu yasağa rağmen böyle bir bağışlamada bulunulmuşsa, bağışlama hukuken kabul edilen bir sebebe dayanmadığı için mülkiyet karşı tarafa geçmeyecektir. *D.41.6.1.2*'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, böyle bir durumda kazandırıcı zamanaşımı ile de mülkiyet kazanılamaz. GÜNAL, A. N., Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara 2006, s. 60-61, 63. Bağışlama ile bir kimse bir malını belirli bir şahıs lehine ivazsız olarak terk eder. Roma hukukuna göre, bağışlama, ya teslim suretiyle ya da bağışlama taahhüdü şeklinde yapılmaktaydı. Mevcut metinlerin *usucapio* konusunda, sadece teslim suretiyle yapılan bağışlamayı dikkate alıp, bağışlama taahhüdünden söz etmemelerinin sebebi, *stipulatio*'nun taraflar arasında kurduğu bağın, ancak taahhüt edilen şeyin aynen yerine getirilmesiyle çözülmesidir (*solutio*). Roma hukukçuları ise, *solutio*'yu *usucapio*'nun ayrı bir sebebi olarak ele almışlardır (*pro soluto*). Ancak, *usucapio*'dan söz eden bu metinlerde verilen örneklerde bağışlayan, üzerinde tassarufta bulunma hakkına sahip olmadığı bir şeyi bağışlamakta veya bir *res Mancipi*'nin teslim muamelesi yapılmak suretiyle bağışlanmasında olduğu gibi, onu temlik ederken kanunî şekillere riayet etmemektedir. Aksi takdirde *usucapio*'dan söz etmeye gerek kalmazdı. Örneğin, klasik hukuk döneminde, karı-koca arasındaki bağışlamalar yasaklanmış olduğundan, bağışlama konusu malın mülkiyetinin *usucapio* ile kazanılması mümkün değildi (*Si inter virum et uxorem donatio sit, cessat usucapio*). Zira bu durumda *usucapio*, meşru olmayan bir sebebe dayanmaktaydı. SUBAŞI, s. 435-437.

<sup>256</sup> SIMONIUS, s. 42.

<sup>257</sup> *Latini Coloniarii*: Latinlerin hukukî durumunu iktisap etmiş, fakat daha aşağı seviyede tutulan hür kimseler. UMUR, Lügat.

etme ehliyetinden yoksun bırakılmaları gerektiği anlaşılamadığından, aslında *Latini Iuniani*'lerin mağdur edilmesinin amaçlandığı sonucuna varılabilir<sup>258</sup>.

*Latini Iuniani*'lerin geri plana atılmasının, *Augustus* zamanında yayımlandığı farz edilen *Lex Iunia*'ya dayandığı tahmin edilmektedir. *Hadrianus*'un, iktisapta bulunma ehliyetinden yoksun bıraktığı (*oratio Divi Hadriani*) yabancı kimselerin (*peregrini*) aksine (*Gai. I. 2.285*), *Latini Iuniani*'ler, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın, *fideicommissum* aracılığıyla iktisapta bulunabilmişlerdir (*Gai. I. 2.275*)<sup>259</sup>. Bu durum, *Latini*'lerin *donatio mortis causa*'ya ilişkin ehliyetsizliklerinin, *fideicommissum*'un bir hukuk kurumu olarak ortaya çıkmasından çok daha önce var olması gerektiğini göstermektedir; çünkü *legatum*'a çok daha yakın duran *fideicommissum*'u kapsamaksızın, yalnızca *donatio mortis causa*'nın, *legatum* ile eşitlenmiş olduğu düşünülemez<sup>260</sup>.

*Latini*'lerin, *testamentum* yoluyla iktisapta bulunma ehliyetine sahip olmadıkları yönündeki düzenleme neticesinde, bu kişilerin durumunun, *testamenti factio*'ya sahip olmayan yabancı kimselerin (*peregrini*) durumuna kısmen eşitlenmesinde olduğu gibi (*Gai. I. 2.110*); *Latini*'lerin, *donatio mortis causa* yoluyla da iktisapta bulunamayacakları yönündeki düzenleme de, ancak bu kuralın yabancı kimseler için de geçerli olması ile açıklanabilmektedir. *Mortis causa capio* neticesinde iktisapta bulunulabilmesi için *testamenti factio passiva*'nın varlığının arandığı yönünde *D.35.1.55*'de yer alan düzenleme ise bu tespiti doğrulamaktadır<sup>261</sup>:

*D.35.1.55 (Iavolenus libro 13 ad Epistularum): Maevius, cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset: condicioni parere debet et ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat, licet nummos non faciat accipientis: quid enim interest, utrum tali personae dare iubeatur an aliquo loco ponere vel in mare deicere? Neque enim illud, quod ad talem personam perventurum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur.*

Tüm *mortis causa capiones* halleri, yapıları gereği, sağlar arasında gerçekleşen

<sup>258</sup> SIMONIUS, s. 42-43.

<sup>259</sup> SIMONIUS, s. 43; HONIG, s. 421.

<sup>260</sup> SIMONIUS, s. 43.

<sup>261</sup> SIMONIUS, s. 43.

hukukî işlemler olduklarından ve bu nedenle, yabancı kimseler tarafından da kullanılabildiklerinden, *testamenti factio*'ya sahip olunması şartının, kanun koyucunun düzenlemesi neticesinde yürürlüğe girmiş olması gerekir. Bu yasanın ne zaman kabul edildiği ve yürürlüğe girdiği sıradaki durum hakkında, muhtemelen *Lex Iunia*'dan daha eski olduğu dışında, bilgi sahibi değiliz<sup>262</sup>.

#### **D.Pars Legitima (Quarta Legitima - Portio Debita)**

##### **1.Portio debita patrono'nun Korunması**

Ehliyeti kısıtlayan yasaların yanında, özellikle *pars legitima*<sup>263</sup>, *donatio mortis causa*'nın miras hukuku kurumlarına yaklaşmasına yol açmıştır. Azatlının (*libertinus*) mal varlığından *patronus*'un payına düşen saklı payın (*portio debita patrono*)<sup>264</sup> hesaplanması ve tamamlanması sırasında *donatio mortis causa*'ya başvurulması bu konuya ilişkin en eski uygulamalardan biridir. Azatlının kız veya erkek ilk dereceden füruu (*liberi*) olmayan mirasçılarının yanında, *patronus*, terekenin yarısı üzerinde hak sahibiydi. *Praetor*, tabii çocukları olmadığı veya çocuklarını mirastan iskat ettiği hallerde, malvarlığının yarısını *patronus*'una veya onun erkek *liberi*<sup>265</sup>'sine bırakmamış olan azatlının vasiyetnamesine karşı, *bonorum possessio contra tabulas* bahşetmişti. Bu durumda, terekenin yarısı, *patronus*'un *portio debitas*'sını teşkil ediyordu. Ayrıca, azatlının mal varlığının değeri 100.000 *sesterz*'i (100 altın) aştığı ve üçten az çocuk mirasçı olarak tayin edildiği takdirde, *patronus*'a, *lex Papia Poppaea* ile *pars virilis*<sup>266</sup> sağlanmış ve azatlının vasiyetnamesinde bu hakkı göz ardı etmiş olması halinde, *patronus*, kendine düşen

<sup>262</sup> SIMONIUS, s. 43-44.

<sup>263</sup> *Pars Legitima, Quarta Legitima* veya *Portio Debita: Querela inofficiosi testamenti*'nin ileri sürülmesini öneleyebilmek için, bu itirazı ileri sürebilecek olan kimselere, vasiyetname ile bırakılması gereken hisse. III. yüzyılda getirilen bu düzenlemeye göre, bu hisse, müteveffa *ab intestato* ölmüş olsaydı, ilgiliye, yani usul, füru ve bazı hallerde kız ve erkek kardeşlere kalacak miktarların dörtte birine muadildi (C. 3.28.6, I. 2.18.3). UMUR, Lügat.

<sup>264</sup> Özel hukuk yönünden azatlılar, eski efendilerine (*patronus*) bağımlılıktan kurtulamazlardı. Azatlı, *patronus*'a saygı göstermek ve *stipulatio* ile yüklendiği hizmetleri yerine getirmek, eski efendisi zaruret haline düşerse onun geçimine yardım etmek zorundaydı. Azatlıyı korumak ve kollamak yükümlülüğü altında olan *patronus* ise, azatlının malvarlığı üzerinde kanunî miras hakkına sahipti. *Patronus*'un, azatlıya karşı sahip olduğu hakların tamamına *iura patronatus* denirdi (D.37.14, C.6.4). DI MARZO, s. 48-49; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 152.

<sup>265</sup> *Liberi*: Hâkimiyeti altında bulunsun veya bulunmasın, bir kimsenin, kız veya erkek, ilk dereceden füru. UMUR, Lügat.

<sup>266</sup> *Pars virilis (Porto virilis)*: Müteveffanın vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde, aynı derecede bulunan mirasçıların, tereke üzerinde elde ettikleri birbirine eşit payların her biri. BERGER, s. 636.

pay için *bonorum possessio contra tabulas*<sup>267</sup> talep edebilmiştir<sup>268</sup>.

Bu saklı pay, sadece, ölüm sırasında mevcut olan terekeye göre değil, azatlının, henüz hayattayken, belirli şekillerde yaptığı tasarrufların hesaba katılması neticesinde elde edilen terekeye göre tespit edilmiştir<sup>269</sup>. *Patronus, testamentum, ab intestato*<sup>270</sup> veya *donatio mortis causa* sebebiyle, bu yolla belirlenen saklı payının altında bir pay elde ederse, bu temlikleri kabul eden şahıslara karşı bir iptal davası, daha doğru bir ifadeyle bir tenkis davası açma hakkına sahipti. Buna göre, *patronus*, azatlının geride bir vasiyetname bırakması halinde *actio Fabiana*<sup>271</sup>, azatlının kanunî mirasına başvurulması (*intestatus*) halinde ise *actio Calvisiana*<sup>272</sup> ile hakkını koruyabiliyordu<sup>273</sup>.

Bu *actio*'lar ile *alienationes dolo malo factae* ve *alienationes mortis causa factae* olmak üzere iki farklı temlik türüne itiraz edilebilmekteydi. Kaynaklardan anlaşıldığı

<sup>267</sup> *Querela inofficiosi testamenti*'yi ileri sürebilecek kişilerden biri olan *patronus*'un, böyle bir itirazda bulunmasını önleyebilmek için, kendisine bırakılması gereken hissenin (*portio debita*), *legatum* veya *fideicommissum* yoluyla temlik edildiği hallerde olduğu gibi (D.38.2.3.15; D.38.2.3.16), azatlı tarafından, sahip olduğu miras payına denk düşen bir payın *donatio mortis causa* ile kendisine bağışlanmış olması halinde, bağışlanan, *bonorum possessio contra tabulas* elde edememiştir (D.38.2.3.17). Hakkaniyete uygun bu düzenelemenin temelinde yatan düşünce, *donatio mortis causa* muamelesinin de, netice itibarıyla, ölüme bağlı bir tasarruf içerdiği gerçeğidir. SIMONIUS, s. 63-64.

<sup>268</sup> SIMONIUS, s. 44; Aynı yönde bkz. DI MARZO, s. 552; HONIG, s. 399-400. *Iustinianus* hukukunda, azatlı bir erkeğin veya kadının malvarlığı 100 altından az ise, *patronus*, vasiyetnameye girmeyebilirdi. Ancak, terekenin değerinin daha yüksek olduğu hallerde ise, *liberi* mevcut olmadığı veya haklı bir sebeple mirastan iskat edildiği takdirde *patronus*, vasiyetnamedeki malvarlığının en az üçte birinin kendisine bırakılmış olmasını talep edebilirdi. DI MARZO, s. 552; HONIG, s. 400.

<sup>269</sup> SIMONIUS, s. 44-45; Müteveffanın, vefatından önce yapmış olduğu bağışlamalar ve cihazlar da, saklı paylı mirasçıyı aynı şekilde zarara uğratmışsa, saklı paylı mirasçının iddiası, bağışlama ve cihazlara da teşmil edilirdi (*querela inofficiosi donationis; querela dotis*). UMUR, Ders Notları, s. 531.

<sup>270</sup> Bir vasiyetnamesi bulunmadığı, yaptığı vasiyetname herhangi bir sebeple geçerli olmadığı veya mansup mirasçılar mirasçı olamadığı ya da mirası kabul etmedikleri zaman, mirası kanunî mirasçılara intikal eden bir diğer ifade ile kanunî mirasına başvurulmuş kimselere *ab intestato* (*intestatus*) denirdi. *Ab intestato mirasa* “kanunî miras” da denilmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, kanunî miras tâbiri, kelime olarak, *legitima hereditas* tâbirine karşılık gelmekle birlikte, Roma hukukçularına göre, *legitima hereditas*, *praetor* mirası karşılığı olarak, *ius civile* mirası anlamını taşımaktadır. *Ab intestato* mirasa kanunî miras diyenler Romalı hukukçular değil, *ius civile* ve *ius honorarium* ayırımını dikkate almayan ortaçağ hukukçularıdır. *Ab intestato*'nun “hukukî miras” anlamında kullanılması daha yerinde olurdu. UMUR, Ders Notları, s. 522-523.

<sup>271</sup> *Actio Fabiana* (*Actio Faviana*): Azatlının (*libertus*), *patronus*'un mirasçılık haklarını ihlâl edecek şekilde ve hile ile, yaşayanlar arasında veya muayyen mal vasiyeti yoluyla yapmış olduğu temliki muameleleri, *patronus*'un, kendisine zarar verdiği oranda feshedebilmesini sağlayan *arbitraria praetor* ceza davası. Azatlının hileli hareket etmesi yeterli olmakta, onunla muameleyi yapmış olanın iyi veya kötü niyetine bakılmamaktaydı. UMUR, Lügat.

<sup>272</sup> *Actio Calvisiana*: *Ab intestato* ölmüş bir azatlının (*libertus*), *patronus*'a düşecek olan kanunî miras haklarını eksiltmek amacıyla, hayattayken yapmış olduğu hileli muamelelerin iptal edilebilmesi için *patronus*'a tanınmış, *praetor*'un koyduğu, şahsî *arbitraria*, ceza davası. Davanın açılabilmesi için, yalnız azatlının hile ile hareket etmesi yeterliydi. UMUR, Lügat.

<sup>273</sup> SIMONIUS, s. 44-45; COHEN, s. 155; Aynı yönde bkz. DI MARZO, s. 49; HONIG, s. 400.

üzere, bu iki durum birbirinden açıkça ayrılmaktadır<sup>274</sup>. *Donatio mortis causa* ve *legatum*'un saklı paylı mirasçılık (Pflichtteilsrecht) hususunda da benzer düzenlemelere tâbi tutuldukları açıktır. Aslında, saklı paylı mirasçılık, hukukî temellerini *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemede bulmaktadır. *Quarta Falcidia*'nın hesaplanması sırasında *legatum*'lar ile birlikte *donatio mortis causa* muamelelerinin de dikkate alınması, bu alanda atılmış önemli bir adımdır. Muayyen mal vasiyetlerinin, terekenin 3/4'ünü aşması halinde, o orana inecek şekilde *ipso iure* tenkis edilmelerinde<sup>275</sup> olduğu gibi, *donatio mortis causa* muamelesi de, mansup mirasçının saklı payını ihlâl ettiği oranda batıl addedilmekteydi. Bu nedenle, *donatio mortis causa*, ancak saklı paylı mirasçıların haklarını ihlâl etmediği oranda geçerli olurdu. Cohen'e göre, saklı paylı mirasçının saklı payının hesaplanması sırasında, *donatio mortis causa* muamelesi, tıpkı *legatum* gibi hesaba katıldığından, “*querela inofficiosae donationis*”<sup>276</sup> ve veya benzer bir amaca hizmet eden başka bir hukukî vasıtaya gerek olmadığı gibi, böyle bir yola başvurulması da mümkün değildi<sup>277</sup>.

Müteveffanın yapmış olduğu vasiyetname, *bonorum possessio contra tabulas* neticesinde, *bonorum possessor*<sup>278</sup> un haklarını ihlâl ettiği oranda hükümsüz hale gelmekteydi. Ancak *D.37.5.1 pr.*<sup>279</sup> da yer alan düzenlemeye göre, *praetor* tarafından kendisine tanınan *bonorum possessio* neticesinde, müteveffanın vasiyetnamesini hükümsüz hale getiren kimsenin, müteveffanın arzusuna uygun olarak, *legatum* ve *fideicommissum* yoluyla belirli kimseler lehine yapılan tasarrufları yerine getirmesi

<sup>274</sup> Bkz. *D.5.3.16.6, D.38.5.1.1, D.38.5.1.11*. SIMONIUS, s. 45

<sup>275</sup> “*Portio legis Falcidiae ipso iure apud heredem remanet*”

<sup>276</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s.

<sup>277</sup> COHEN, s. 155.

<sup>278</sup> Bazı hallerde *praetor*, *ius civile*'nin mirasçılık hakkı tanımadığı kimselere tereke mallarının zilyetliğini vermekteydi. Bu kişi *ius civile*'ye göre *heres* yani mirasçı sıfatını alamadığından, *bonorum possessor* yani malların zilyedi ismiyle anılır, ziyetlik davalarıyla korunmak suretiyle mallardan yararlanır, muayyen müddetin sonunda ise, kazandırıcı zamanaşımı ile malların mâlikî haline gelirdi. Malların zilyetliği, *ius civile*'ye göre mirasçılık (*heres*) sıfatı vermez, ancak zilyetlik davalarından (*actio ficticia* niteliğindeki *actio publiciana in rem* ve *interdictum quorum bonorum*) istifade ettirir ve zilyede, terekeyi kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap etme imkânı verirdi. Ancak *praetor*'un, zamanaşımı ile iktisaba götüren bu zilyetliği talep eden şahsın, müteveffaya ait terekenin tamamının veya bir kısmının zilyetliğini elde etmesinin hakkaniyete uygun olduğu kanaatine varmış olması gerekirdi. Mirasta, *ius civile*'nin karşılığı olarak *praetor* hukuku kısmını teşkil eden *bonorum possessio*, postklasik devirde imparatorluk hukuku tarafından geliştirilmiş ve genellikle, *ius civile* – *praetor hukuku* ikiliğinin diğer alanlarında da olduğu gibi, *Iustinianus* hukukunda, *ius civile*'ye de hâkim olacak şekilde, onunla tamamen kaynaşmıştır. UMUR, s. 164-165; UMUR, Ders Notları, s. 506-508; Aynı yönde bkz. HONIG, s. 370.

<sup>279</sup> *D.37.5.1 pr. (Ulpianus libro XL ad edictum): Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.*

gerekirdi. Her ne kadar bu düzenlemede, *donatio mortis causa*'dan söz edilmemiş olsa da, lehlerine *bonorum possessio contra tabulas* tanınmış olan saklı paylı mirasçılar, saklı paylarının hem *legatum* hem de *donatio mortis causa* üzerinden karşılanmasını talep edebildiklerinden, bu belirli kişilerin, lehlerine yapılan *donatio mortis causa* muameleleri açısından da korunmaları gerekir<sup>280</sup>.

*Praetor* tarafından, tereke mallarının zilyetliği vasiyetnamedeki tasarruflar hilâfına kendisine verilen bir kimse, gerek *legatum* ve *fideicommissum* gerekse *donatio mortis causa* neticesinde kazanımda bulunamaz<sup>281</sup>. Zira *D.37.5.5.2*<sup>282</sup>, de yer alan düzenlemede belirtildiği üzere, müteveffanın, çocukları lehine yaptığı *legatum*'ların yerine getirilmesi gerekirken, bunun istisnasını lehlerine *praetor* tarafından *bonorum possessio* tanınmış olan çocuklar oluşturur. Bu durumda, bu çocukların

<sup>280</sup> COHEN, s. 156. *Praetor*, mirasbırakanın alt soyu olan, fakat ne mirasçı olarak atanmış, ne de usulüne uygun bir şekilde mirastan ıskat edilmiş bir şahsa *bonorum possessio contra tabulas* tanıdığı takdirde, sadece *legatum*'lar ve *fideicommissum*'lar değil, aynı zamanda müteveffa tarafından gerçekleştirilen *donatio mortis causa* muameleleri de hükümsüz kılınmıştır. Ancak, *D.37.5.3 pr.*'da yer alan düzenlemeye göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesi, *D.37.5.1 pr.*'da sayılan kişilerden biri lehine yapılmışsa iptal edilemezdi. Buna karşılık, bağışlanan, sayılan kişiler arasında yer almıyorsa, *bonorum possessor*, müteveffa tarafından yapılan ölüme bağlı bağışlamanın da iptalini talep edebilirdi. Bu nedenle, müteveffanın, alt soyu, anne ve babası ve diğer akrabaları (*exceptae personae*) lehine yapmış olduğu vasiyetnamelerin iptal edilmesini engelleyen *Edictum de praestandis legatis*, *donatio mortis causa* muamelesi için de uygulanmıştır. Keza, *D.37.5.5.7* ve *D.37.5.20*'de yer alan düzenlemelerde de, bu kuralın, *donatio mortis causa* muamelesi için de uygulandığından söz edilmektedir. Böyle bir durumda, istirdat talebinin ileri sürülebilmesini sağlayan dava hakkında kaynaklarda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bağışlayanın ölümünden sonra, yani bağışlama muamelesinin hükümlerini kesin olarak doğurmasından sonra, bir *condictio* ileri sürülmesi artık mümkün olmadığından, burada ancak bir *actio in factum* söz konusu olabilirdi. Böylece, her müşterek mirasçının daha doğrusu her *bonorum possessor*'un, tereke üzerinde sahip oldukları paylarıyla orantılı bir kısmın, bağışlama muamelesi üzerinden kendilerine iade edilmesini talep edebilme hakkına sahip olduğu varsayılır. *D.37.5.5.2*'de yer alan düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, kendisine *bonorum possessio contra tabulas* yetkisi verilmiş olan müteveffanın alt soyu, akrabalık derecesine göre, *Edictum de praestandis legatis* ile getirilen düzenlemenin kapsamına girmelerine rağmen, *legatum*'ların ve *fideicommissum*'ların ifasını talep edememişlerdir. Aynı hukukî düşünce tarzının *donatio mortis causa* muamelesi açısından da sağlanması için etkin bir kanun yoluna ihtiyaç duyulmuştur. Zira, *bonorum possessio contra tabulas* elde edildiği sırada, bağışlama muamelesi genellikle çoktan tamamlanmış olmaktaydı. *D.37.4.18.1*'de yer alan düzenleme ile bu nitelikte bir dava imkânına işaret edilmektedir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, *patronus*'un sahip olduğu *bonorum possessio*'da olduğu gibi, her bir mirasçının, bağışlamadan yalnızca kendi miras payına karşılık gelen kısmın iadesini *actio in factum* ile talep edebilme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir. Bağışlama, *bonorum possessor*'un mal varlığını arttırdığı miktarda, zaten mirasta iade (denkleştirme) kapsamına girdiği için, uygulamada özel bir denkleştirme davasına yönelik ihtiyaç aslında yok denecek kadar azdı. SIMONIUS, s. 61-63, 69.

<sup>281</sup> Bkz. *D.37.4.18.1*

<sup>282</sup> *D.37.5.5.2 (Ulpianus libro XL ad Edictum): Omnibus autem liberis praestari legata praetor voluit exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis: nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat an vero legatum persequatur: si elegerit contra tabulas, non habebit legatum: si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas.*

vasiyetnamedeki tasarruflar hilâfına tereke mallarının zilyetliğini mi talep edecekleri yoksa tercihlerini muayyen mal vasiyeti yönünde mi kullanacakları hususunda karar vermeleri gerekir. Ancak, bağışlayanın, bağışlama konusu malı bağışlanana terk etme yönündeki iradesini beyan etmesi ve bağışlananın kabul beyanı, bağışlayan henüz hayattayken, yani, vasiyetname henüz açılmadan önce gerçekleştiğinden, bağışın kabulü, *bonorum possessio contra tabulas*’dan feragat anlamına gelmese de; muayyen mal vasiyetinin kabulü ile birlikte, lehdar, artık *bonorum possessio* iddiasında bulunamaz. *Donatio mortis causa* ile *legatum* arasındaki bu farka rağmen, *D.37.5.1 pr.* ve *D.37.5.5.2*’de yer alan düzenlemelerin, *donatio mortis causa* için de geçerli olduğu kabul edilmelidir<sup>283</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, *actio Fabiana* ve *actio Calvisiana* arasında yapılan bu keskin ayırım ve özellikle de *Praetor* Beyannamesinde, “*mortis causa*” temliğin “*dolo malo*” temliğin önünde yer alması, Di Paola<sup>284</sup> tarafından ileri sürülen, azatlı tarafından yapılan her ölüme bağlı bağışlama muamelesinin, aslında, *patronus*’u aldatmak amacıyla yapıldığı (*Praesumptio iuris*) karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Simonius’a göre, Di Paola, *Praesumptio iuris* karinesine dayanarak, *patronus*’un hakkı ihlâl edilmeksizin düzenlenen bir *donatio mortis causa* muamelesinin de, bağışlayanın malvarlıksal durumunun veya aile ilişkilerinin ölümünden önce değişmesi halinde, *debita portio*’yu ihlâl edebileceği ihtimalini bütünüyle göz ardı etmiştir. Yazara göre, her ne kadar Di Paola, ortaya koyduğu bu tezi desteklemek üzere, *D.38.5.1.2*’de yer alan düzenlemeye dayansa da, ilgili metin, kendisi tarafından ortaya konulan argümanları desteklememektedir<sup>285</sup>:

*D.38.5.1.2 (Ulpianus libro XLIV ad Edictum.): Quod autem mortis causa filio donatum est, non revocatur: Nam cui liberum fuit legare filio, quantum quantum vellet, is donando non videtur fraudasse patronum.*

Simonius’a göre, “*fraudare*” kelimesi, sadece, “hile yapmak-dolandırmak” anlamına gelecek şekilde değil, aynı zamanda “mağdur etmek-birisinin hakkına tecavüz etmek” anlamında da kullanılmıştır. Bunun dışında, “*donando*” yanında “*mortis*

<sup>283</sup> COHEN, s. 156.

<sup>284</sup> DI PAOLA, S., *Donatio Mortis Causa*, Catania 1950, s. 228, zikr. SIMONIUS, s. 45-46.

<sup>285</sup> SIMONIUS, s. 46.

*causa*” ifadesine yer verilmemesi, metinde yer alan “*nam-çünkü*” ibaresi ile başlayan cümlelerin, yalnızca ölüme bağlı bağışlamaya değil, aslında, aile evlâdına yapılan her türlü bağışlamaya ilişkin olduğu tahminine yol açmaktadır<sup>286</sup>.

Simonius’a göre, iptal (tenkis) davalarının anlamı göz önünde bulundurulduğunda, *donatio mortis causa*’ya mutlak surette başvurulması, *Praesumptio iuris*’in varlığına ilişkin bir varsayım olmaksızın da açıklanabilmektedir. Bu davalarla, *patronus*’un, yalnızca *bonorum possessio* ile elde edebileceği kısım üzerinde değil, ayrıca, azatlının, hür yaşadığı süre boyunca edindiği mal varlığı üzerinde de pay sahibi olması sağlanmak istendiğinden, azatlının, ölümünü düşünerek, sahip olduğu mallar hakkında karar verebilmesini sağlayan bütün hukukî işlemlerin göz önünde bulundurulması gerekmiştir. *Donatio mortis causa*’nın da ölüme bağlı tasarrufta bulunmak amacıyla geliştirilmiş bir muamele olması sebebiyle, bu muameleye bütün tenkis davalarında başvurulmuştur. *Praetor*, bir malın temlikinin veya bir hakkın devrinin kötü niyetle yapılması (*Alienationes dolo malo*) sebebiyle iptal edilmesinin yanı sıra; yapısı gereği olmasa da temelinde yatan amaç yüzünden ölüme bağlı tasarruf muamelesi teşkil edebilecek başka temliklerin de söz konusu olabileceğini ve üzerinde *patronus*’un da hak sahibi olduğu terekeyi azalttığı takdirde bu muamelelerin *patronus*’un hakkını ihlâl etmiş olacağı gerçeğini göz önünde bulundurmıştır. Böylece, terekenin azalması ve de ölüme bağlı tasarrufun bağışlamanın asıl gayesini teşkil etmesi hallerinde, bu ihlâl, *dolos (dolus)* olarak kabul edilmiştir<sup>287</sup>.

*Acito Fabiana* ve *actio Calvisiana* birer tenkis davası olup, *D.38.5.1.11*<sup>288</sup> ve *D.38.5.1.21*<sup>289</sup>’de yer alan düzenlemelerden, bağışlananın veya orantılı olarak bağışlananların, yalnızca, saklı payın tamamlanmasını sağlayan miktar kadar

<sup>286</sup> Bkz. *D.38.5.3.5. SIMONIUS*, s. 46.

<sup>287</sup> *SIMONIUS*, s. 47.

*D.38.2.3.20 (Ulpianus libro XLI ad Edictum): Debitam autem partem eorum, quae cum moritur libertus habuit, patrono damus: mortis enim tempus spectamus. Sed et si dolo malo fecit, quo minus haberet, hoc quoque voluit praetor pro eo haberi, atque si in bonis esset.*

<sup>288</sup> *D.38.5.1.11 (Ulpianus libro XLIV ad Edictum): Si pluribus in fraudem libertus donaverit vel pluribus mortis causa, aequaliter patronus adversus omnes in partem sibi debitam sive Faviana sive Calvisiana experietur.*

<sup>289</sup> *D.38.5.1.21 (Ulpianus libro XLIV ad Edictum): Quamvis autem in partem Faviana competat, attamen in his quae dividi non possunt in solidum competit, ut puta in servitute.*

sorumlu oldukları anlaşılmaktadır<sup>290</sup>.

## 2.Lex Falcidia

Romalı hukukçular için, *donatio mortis causa*'nın, sağlar arası muameleler arasında mı yoksa ölüme bağlı muameleler arasında mı yer aldığının tespiti, hukukun sistematik hale getirilmesi açısından değil, muameleye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından büyük öneme sahipti. Başka bir deyişle, ölüme bağlı tasarruflar ile arasındaki yakınlık, *donatio mortis causa*'nın *donatio inter vivos*'dan ayrılıp miras hukuku alanındaki yasal sınırlamalara tâbi tutulması sonucunu doğurmuştur. Bu tedbirlerden bir tanesi de, *lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* için de geçerli olmasıydı<sup>291</sup>.

Roma toplumunun örf ve adetlerine göre Romalılar, ölüme bağlı tasarruflarında bütün dostlarını hatırlamalı ve her birine birşeyler bırakmalıydı. Bu nedenle, vasiyetname içerisinde çok sayıda muayyen mal vasiyetine (*legatum*) yer verilirdi. Bu geleneğe bağlı olarak düzenlenen vasiyetnameler sebebiyle, zamanla, terekeden hiç bir maddi kazanç elde edemeyen ve mirasçı olmakta hiç bir menfaati kalmayan kişiler mirası reddetmeye başladıkları için vasiyetname ile birlikte *legatum*'lar da geçerliliklerini kaybetmeye başlamışlardır<sup>292</sup>. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak ve özellikle *legatum*'ların geçerli kalmalarını sağlamak amacıyla, Cumhuriyet döneminde, önce *lex Furia testamentaria* (M.Ö. 2. yy'ın ilk yarısı) ve daha sonra *lex Voconia* (M.Ö. 169) isimli iki kanun çıkarılmış ve muayyen mal vasiyetine tahsis edilen miktarlar sınırlandırılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, *lex Furia testamentaria*, vasiyetçinin bazı yakınları hariç, 1000 As'ı aşan miktarda muayyen mal vasiyetinde bulunulamayacağını; *lex Voconia* ise, muayyen mal vasiyetlerinin veya ölüme bağlı bağışlamaların değerinin mirasçı tarafından elde edilen menfaatten

---

<sup>290</sup> SIMONIUS, s. 48-49.

*D.38.2.3.17 (Ulpianus libro XLI ad Edictum): Sed et mortis causa donationibus poterit patrono debita portio suppleri: nam mortis causa donationes vice legatorum funguntur.*

<sup>291</sup> RÜGER, s. 35

<sup>292</sup> Romalılar, bugünkü düşüncenin aksine, terekeden maddi değere sahip bir malın kazanılması ile mirasbırakanın şahsına halef olmayı birbirinden ayırırlar ve terekeden hiçbir şey elde edilmese dâhi, şahsiyete halef olmayı, bir şeref kazanma yolu olarak kabul ederlerdi. DI MARZO, s. 582; HONIG, s. 423. Mirasçıların mirası kabul etmemeleri halinde vasiyetname ile birlikte muayyen mal vasiyetleri de batıl hale gelmesine rağmen, *donatio mortis causa*'nın geçerliliği ve hükümlerini doğurması, mirasın kabul edilmesine bağlı değildi. Keza *D.39.6.32*'de belirtildiği üzere, *donatio mortis causa*, bağışlayanın ölümü ile birlikte tamamlanmış olurdu. DROPSIE, s. 181.

fazla olamayacağını hükme bağlamıştır. Ancak, vasiyetçi, azamî sınırın altında kalarak birden fazla muayyen mal vasiyeti yapma imkânına sahip olduğundan, bu kanunlarla getirilen tedbirler yeterli ve etkili olamamıştır. Bu nedenle, M.Ö. 40 yılında çıkarılan *lex Falcidia*, muayyen mal vasiyetine ilişkin eski sınırlamaların tamamını kaldırarak, terekenin en az 1/4'ünün (*quarta Falcidia*) mirasçılara kalması gerektiğini hükme bağlamıştır (*Gai. I. 2.224-227, I. 2.22 pr., I. 2.22.1*). Bu kanun, *leges perfecta* niteliğinde olduğundan, tasarruf nisabını yani terekenin 3/4'ünü aşan muayyen mal vasiyetleri, terekenin 1/4'ü serbest kalacak şekilde *ipso iure ex lege* (kanunen ve doğrudan doğruya) tenkise tâbi tutulurdu (*D.35.2.73.5, D.35.2.1 pr., Gai. I. 2.227*)<sup>293</sup>.

Bu düzenlemeler sayesinde mirasçılar, Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren, terekenin borca batık halde kendilerine intikaline karşı korunmuşlardır. Aslında, *lex Falcidia*, mirasçıları korumak için değil, mirasçılar mirası kabul etmedikleri zaman vasiyetname ile birlikte muayyen mal vasiyetleri de geçersiz hale geldiğinden bunu önlemek için çıkarılmıştı.

*Donatio mortis causa*'nın da *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemeye tâbi kılınması ise, klasik hukuk ilminin sonlarına kadar uzanmaktadır (*C.6.50.5*)<sup>294</sup>. *Lex Falcidia*'nın hükümleri, *Septimus Severus*'un emirnamesiyle, bu kanun ile getirilen düzenlemenin *donatio mortis causa* için de uygulanacağını kabul edilmesine kadar (M.S. 2. yüzyıla kadar), yüz yılı aşkın bir süre boyunca ihlâl edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, *donatio mortis causa*'nın, uzun yıllar boyunca, ölüme bağlı tasarruf

<sup>293</sup> HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 495-496; RÜGER, s. 35-36; DI MARZO, s. 582-583; UMUR, s. 180; UMUR, Ders Notları, s. 522; KOSCHAKER/AYİTER, s. 419-420; HONIG, s. 423-424; BUCKLAND, Manuel, s. 212-213; KASER, RPR I, s. 756; BUCKLAND, Main, s. 223-224; KÜÇÜKGÜNGÖR, Muayyen Mal Vasiyeti, s. 527-528; HADLEY, s. 321-322.

<sup>294</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 339; BUCKLAND, Manuel, s. 213; RÜGER, s. 35; HARKE, s. 326; Ölüme bağlı bağışlama ile *legatum* arasındaki benzerlikler sebebiyle *lex Furia*, *lex Voconia* ve *lex Falcidia* ile getirilen sınırlamalar, ölüme bağlı bağışlama muamelelerini de kapsamıştır. HONIG, s. 428-429; SOHM, s. 578. Mirasçının muayyen mal vasiyeti ile çok fazla sınırlandırılmamasına ilişkin kanunların, ölüme bağlı bağışlamaya da teşmil edildiği, *lex Furia* ve *lex Voconia*'nın metninden de anlaşılmaktadır. Çünkü, bu yasal düzenlemeler, muayyen mal vasiyetlerini *mortis causa capio* başlığı altında topluyordu ve ölüme bağlı bağışlama da bunların arasında yer alıyordu (*lex Furia testamentaria*'ya ilişkin metinde, *legatorum nomine mortisve causa capere* ifadesine yer verilirken, *lex Voconia*'nın metninde ise *legatorum nomine mortisve causa capere liceret* ifadesi kullanılmıştır.). Bu nedenle, *donatio mortis causa* muamelesi, başlangıçtan itibaren, bu yasal düzenlemeler ile getirilen hükümlere tâbiydi. *Lex Falcidia* ile getirilen düzenleme ise, ancak, M.S. 2. yy'da ölüme bağlı bağışlamalara da uygulanmıştır. Çünkü, bu yöndeki en yeni kanun olan *lex Falcidia*, muayyen mal vasiyeti ile bağışlamayı ayırıyor ve yalnız muayyen mal vasiyetinden söz ediyordu. KOSCHAKER/AYİTER, s. 424; LIEBS, Schenkung, s. 1019-1020.

muameleleri alanında kanunu dolanma (kanuna karşı hile) olanağı sunan bir muamele olarak kullanılabildiği sonucuna varmak mümkündür<sup>295</sup>.

Her ne kadar, bu emirnamenin metni elimize ulaşmamış olsa da, dolaylı bir şekilde bu emirnameden söz eden metinler mevcuttur: *Severus Alexander*, M.S. 223 yılında yayımlanan bir emirname ile (C.6.50.5), *Septimus Severus* tarafından getirilen düzenlemeye dayanmış; *Gordians* tarafından M.S. 239 yılında yayımlanan bir *rescripta*'da (yazılı cevap) (C.8.56.2), *Septimus Severus*'un emirnamesinden söz edilmiş ve D.39.6.42.1'de, açıkça zikredilmemekle birlikte, yine *Septimus Severus*'un emirnamesine dayanılmıştır<sup>296</sup>. Her üç metinde *Septimus Severus*'un emirnamesine yapılan atıf sebebiyle, *Severus*'tan önceki dönemde (M.S. 193'e kadar), *lex Falcidia*'nın hükümlerinin *donatio mortis causa* üzerinde uygulanmadığı sonucuna varmak mümkündür. Bu emirname, *Septimus Severus*'un iktidarının ilk yıllarında (M.S. 193-197) düzenlendiğinden, bu zaman dilimi, *Papinianus*'un, imparatorluğa bağlı, yargı işlerine bakan bir hukukçu olarak çalıştığı ve 19 kitaplık *Responsa*'sını (*Digestorum responsorum libri XIX*) henüz hazırlamadığı döneme denk gelmektedir. *Papinianus*'un, *Septimus Severus*'un emri altında *procurator a libellis* olarak çalıştığı dönemde, *lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* üzerinde de uygulanmasına katkıda bulunduğu oldukça muhtemel olup, *Papinianus*'un reform niteliğindeki bu düzenlemenin sahibi olduğunu söylemek bile mümkündür. *Papinianus* dışında hiçbir hukukçunun konuyu bu kadar ayrıntılı bir şekilde ele almamış olması, böyle bir sonuca varmamıza sebebiyet vermektedir<sup>297</sup>. *Papinianus*'a ait olan D.39.6.42.1'de yer alan düzenlemenin adeta birebir tekrarı niteliğinde olan *Marcianus*'a ait D.39.6.27'de yer alan düzenleme göz önünde bulundurulmadığında, konuya ilişkin olarak, yalnızca, *Papinianus*'un öğrencisi *Ulpianus*'a ait olan metinlerin<sup>298</sup> varlığından söz edilebilir<sup>299</sup>.

*Septimius Severus*'u, *donatio mortis causa*'yı *lex Falcidia* ile getirilen hükümlere tâbi kılmaya sevk eden sebepler yeterince açık değildir. Kendisinden önce yayımlanan *lex*

<sup>295</sup> RÜGER, s. 36; COHEN, s. 151; KASER, RPR I, s. 764; LIEBS, Schenkung, s. 1020; Bu konuda ayrıca bkz. SIMONIUS, s. 51-58.

<sup>296</sup> LIEBS, Schenkung, s.1020, dn. 36; RÜGER, s. 36.

<sup>297</sup> *Lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* üzerinde uygulanmasına ilişkin *Papinianus*'a ait metinler: D. 31.77.1, D.31.77.2, D.31.77.6 (8 resp.); D.35.2.15 pr., D.35.2.15.1 (13 resp.); D.39.6.42 pr., D.39.6.42.1 (13 resp.)

<sup>298</sup> D.35.2.82, D.35.3.1.10, D.43.3.1.5

<sup>299</sup> RÜGER, s. 36-37.

*Furia* ve *lex Voconia*'nın aksine, M.Ö. 40 yılında yayımlanan *lex Falcidia* ile getirilen düzenleme, başlangıçta yalnızca vasiyetnamelere ilişkindi<sup>300</sup>. *Lex Falcidia*'nın uygulama alanına ilişkin olarak getirilen bu sınırlamanın sebebini, *donatio mortis causa*'nın gelişim sürecinden ziyade, *lex*'in *ratio*'sunda aramak gerekir. Daha önceki yasal düzenlemeler, ölüme bağlı tasarrufların sebep olduğu israfın, *lex Voconia* ise, buna ek olarak, muhtemelen büyük mal varlıklarının kadınlara temlikine yönelik muamelelerin önüne geçilmesini amaçlarken; *lex Falcidia*, öncelikle mirasçıların durumlarını kendilerine intikal eden tereke bakımından iyileştirmeyi amaçlamıştır. *Gaius*'a göre (*Gai. I. 2.224*), bu sayede, muayyen mal vasiyetleri ile aşırı derecede yükümlendirilmiş terekenin reddedilmesi ve dolayısıyla vasiyetnamenin geçersiz kılınması engellenebilmiştir. *Lex Falcidia* ile getirilen düzenleme neticesinde ulaşılmak istenen amaç göz önünde bulundurulduğunda, bu kanunun hükümlerinin *donatio mortis causa* için de geçerli olduğunun kabul edilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu sonucuna varılabilir. Böylece, mirasçı artık yalnızca asıl terekenin 1/4'lük kısmı üzerinde değil, mirasbırakanın bütün mal varlığının 1/4'ü üzerinde hak sahibi olabilmekteydi. *Gaius* tarafından yapılan değerlendirmeden yola çıkıldığında ise, bu yeni düzenlemenin, özellikle borca batık terekeye karşı alınan bir önlem niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Kendisine borca batık bir tereke intikal eden mirasçı, muhtemelen ilk olarak *lex Falcidia*'ya dayanarak ölüme bağlı bağışlamaların tenkisi yoluna başvurabilmiştir<sup>301</sup>.

*C.6.50.5*<sup>302</sup> ve *C.8.56.2.2*<sup>303</sup>'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, *Septimius Severus*, *lex Falcidia*'nın hükümlerinin *donato mortis causa* için de geçerli olduğunu belirtmiş<sup>304</sup> ve mansup mirasçının payına düşen terekenin 1/4'lük kısmı, asıl terekeye göre değil, ölüme bağlı bağışlamaların dikkate alınması suretiyle tespit edilen meblağa göre hesaplanmıştır. Böylece, mansup mirasçı, kendi payına düşen 1/4'lük

<sup>300</sup> *Fideikommissum*, *Vespasian* zamanında (M.S. 1. yüzyılın ortalarında), *Senatus Consultum Pegasianum* neticesinde *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemeye tâbi kılınmıştır. UMUR, s. 180.

<sup>301</sup> SIMONIUS, s. 57-58.

<sup>302</sup> *C.6.50.5: Imperator Alexander Severus . Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidia ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti potes.*

<sup>303</sup> *C.8.56.2.2: Sed si mortis causa donationem in fratrem suum conferens in casum mortis suae eam dotem eundem fratrem suum stipulari passa est, cum divi severi constitutione etiam in mortis causa donationibus, si de cetero patrimonio quantum falcidia iubet heres non habet, provisum sit, is qui nurui tuae heres extiterit eius constitutionis beneficium non prohibebitur postulare.*

<sup>304</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 339; SIMONIUS, s. 51.

kısımın tamamlanması için bağışlananlara başvurabilmiştir. Ancak, ölüme bağlı bağışlamaların muayyen mal vasiyetleri ile aynı derecede tutulup onlarla aynı anda mı mahsup edildiği yoksa terekenin tamamının bu oranı karşılamaya yeterli olmadığı hallerde mi ölüme bağlı bağışlamalara başvurulduğu hakkında bilgi sahibi değiliz<sup>305</sup>. *Quarta Falcidia*, kanunî mirasçılar açısından da garanti altına alınmıştı (C.8.56.2). Zaten, *Antoninus Pius* da yasal mirasçıları, terekenin *codicilli ab intestao*<sup>306</sup> neticesinde *fideicommissum*'lar ile aşırı derecede yükümlendirilmesine karşı korumuştur (D.35.2.18 pr.). Bununla birlikte, bu düzenleme, *mortis causa capiones* olarak sınıflandırılan diğer işlemleri değil, sadece *donatio mortis causa*'yı kapsamıştır (D.35.2.1.8, D.35.2.93)<sup>307</sup>.

Mirasçı, genellikle, vasiyet olunan mala veya bu mal üzerinden miras payına karşılık gelen kısma el koyarak, muayyen mal vasiyeti alacaklısına karşı hakkını koruyabilirken; sadece istisnaî durumlarda, örneğin hatalı olarak ifade bulunduğu, bağışlanana karşı bir davaya ihtiyaç duymuştur. Başvurulabilecek hukukî vasitanın ne olduğu sorusu ise, *lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* üzerinde uygulanması hususunda ortaya çıkan sorunların en karışığıdır<sup>308</sup>.

Simonius'a göre, *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemenin yaptırımını sağlamak amacıyla, *interdictum quod legatorum*'a başvurulması mümkün değildi:

*D.43.3.1.5 (Ulpianus libro LXVII ad Edictum): Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.*

Simonius'a göre, D.43.3.1.5'de yer alan *interpolatio*'ya maruz kalmış düzenlemeye göre, *donatio mortis causa*, *lex Falcidia* ile getirilen ve mansup mirasçıya terekenin net tutarının 1/4'ünün (*quarta falcidia*) bırakılmasını zorunlu kılan düzenlemeyi ihlal ettiği sürece, mal devredilip teslim edilmiş olsa bile mülkiyet “*ipso iure-hukuken*” bağışlayanda ve onun mirasçılarında kalacağından, *quarta falcidia*'nın korunması

<sup>305</sup> SIMONIUS, s. 51-52.

<sup>306</sup> *Codicilli Ab Intestao*: Vasiyetname yapmamış bir kimsenin, mirasçı nasbı dışında yaptığı ve *Traianus*'tan itibaren geçerli kabul edilen *codicilli* (I.2.25.1). UMUR, Lügat.

<sup>307</sup> SIMONIUS, s. 52.

<sup>308</sup> SIMONIUS, s. 52.

amacıyla başvurulacak hukukî vasıta *rei vindicatio* olmuştur. Yazara göre, *Iustinianus* hukukunda da, devir işleminin derhal gerçekleştirilmesi suretiyle yapılan *donatio mortis causa*'ya daha çok başvurulduğundan, metinde yer alan düzenlemenin, mülkiyetin intikalinin bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlandığı halleri kapsamadığı varsayımında bulunulabilir. Bu hallerde ise, *donatio mortis causa* muamesesi düzenlendiği sırada, 1/4'lük oranın ihlâl edilip edilmediği ve bir ihlâl söz konusu ise bunun kapsamının ne olduğu henüz tayin edilemediğinden, askıda olma durumunun bağışlamaya konu olan malın tamamını kapsamaması gerekirdi<sup>309</sup>.

D.43.3.1.5'de yer alan düzenlemede, metnin yazarının, daha ziyade, aynî sonuçlar doğuran geçmişe etkili fesih üzerinde düşündüğü muhtemeldir. Devir işleminin yapıldığı andan itibaren etkisini gösteren fesih ise, klasik hukuk dönemi için alışılmadık bir durum olduğu gibi, D.35.2.15 pr.'da yer alan düzenlemeyle de çelişirdi<sup>310</sup>:

D.35.2.15 pr. (*Papinianus libro XIII ad Rresponsorum*): *Quod bonis iure Falcidiaie contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.*

İfanın talep edilmeyeceğine dair alacaklı ile borçlu arasında *mortis causa* yapılan anlaşma (*pactum de non petendo*<sup>311</sup>), *quarta falcidia*'yı ihlâl ettiği oranda, *ipso iure* geçersiz olsaydı, borçlu, *pactum de non petendo*'ya dayanamaz ve böylece bir *replicatio*'ya (*replicatio in factum*) da gerek kalmazdı<sup>312</sup>.

Kazanılmış bir hakkın sonradan kaybı söz konusu olmaksızın *lex Falcidia*'nın *ipso iure* etkiye sahip olması, yalnızca, *donatio mortis causa*'nın, bağışlayanın

---

<sup>309</sup> SIMONIUS, s. 53.

<sup>310</sup> SIMONIUS, s. 53-54.

<sup>311</sup> *Pactum de non petendo* (borcun istenmeyeceği anlaşması), alacaklının, borçludan ifayı talep etmeyeceğine dair her türlü şekilsiz anlaşmadan ibaret olup, borcun *ope exceptionis* (def'i yoluyla) sona erme şeklidir. *Acceptilatio* (borcun *ius civile*'ye göre ibrası) da borçluyu borçtan kurtarmasına rağmen, *pactum de non petendo*'dan farklı olarak borcu *ipso iure* (hukuken) sona erdirirdi. *Pactum de non petendo* halinde borçlu, borcunu inkâr etmezdi. Fakat *pactum*'lar borç doğurmadığından, yapmış olduğu talep etmeme taahhüdüne rağmen alacaklı, *ius civile*'ye dayanarak alacağını bir dava ile takip ederse, borçlu, def'i olarak, yapmış oldukları anlaşmayı ileri sürerdi (*exceptio pacti conventi*-yapılan anlaşma def'i). TAHİROĞLU, Borçlar, s. 101.

<sup>312</sup> SIMONIUS, s. 54.

bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı olarak düzenlendiği hallerde mümkündü. Bu hallerde ise, hukuk düzeni tarafından öngörülen bir şartla (*condicio iuris*), bağışlananın bağışlama konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkını iktisap etmesinin *lex Falcidia*'ya göre caiz olan bir kapsamda sınırlandırılması suretiyle, *donatio mortis causa*'nın, *legatum per vindicationem* için yürürlükte olan düzenlemeye tâbi kılındığı düşünülebilir. Aksi takdirde, klasik hukuk döneminde, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunan kimsenin o malı iktisap edip edemeyeceği, ölümün gerçekleştiği anda değil vasiyetnamenin açıldığı anda kesin olarak anlaşıldığından (*dies cedens*), *donatio mortis causa*'nın geciktirici şarta bağlı olarak yapıldığı hallerde de geçmişe etkili bir feshe ihtiyaç duyulurdu. Şarta bağlı olarak yapılan tasarrufların da *quarta falcidia* açısından doğrudan doğruya hesaba katılması, kaynakların yetersizliği karşısında yalnızca bir ihtimal olarak dikkate alınmakta ancak sabit bir olgu olarak değerlendirilememektedir<sup>313</sup>.

*Donatio mortis causa*'nın *pactum de non petendo* aracılığıyla düzenlendiği hallerde (*D.35.2.15 pr.*), mirasçılar tarafından ileri sürülen *replicatio in factum*'dan yola çıkılarak, klasik hukuk döneminde, en azından *donatio mortis causa*'nın ana formunda, mirasçıların, şahsî bir dava olan *actio in factum* ile korundukları sonucuna varılabilir<sup>314</sup>.

### 3. *Querela inofficiosae donationis*

*Alexander Severus*'dan itibaren (*D.31.87.3*), mirasbırakanın yakın akrabaları, onun sağken yaptığı ancak terekesini ve dolayısıyla saklı paylı mirasçıların paylarını aşırı ölçüde azaltan bağışlamalara itiraz edebilmişlerdir. Böylece, vasiyetçi, hibe ve cihaz tesisleri ile saklı paya zarar verecek şekilde malvarlığını eksilttiği takdirde, *querela inofficiosi testamenti*<sup>315</sup> örnek alınarak tasarlanan *querela inofficiosae donationis*<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> SIMONIUS, s. 55.

<sup>314</sup> SIMONIUS, s. 55.

<sup>315</sup> *Querella inofficiosi testamenti*: Vasiyetçinin, vasiyetname ile malvarlığı üzerinde istediği gibi tasarruf etme serbesitisinin bazı sınırlamalara tâbi tutulması eğilimi, vasiyetçiye yakın olan bazı kişilerin mirasçı olmaları gerektiğine dair bir zihniyetin varlığına işaret eder. Gerçekten de Roma toplumunun genel anlayışı, yakınlarını ihmal ederek malvarlığını başka kişilere terk edenlerin hareketlerini onaylamamakta ve daha cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren bu tür ölüme bağlı tasarruflar, Roma toplumunun ahlâk duygusuna ve vazife hissine aykırı görülmekteydi. Böyle bir tasarrufu içeren vasiyetname geçerli olmakla birlikte, merhamet duygusuna uygun olarak yapılmadığı için (*ex officio pietatis*), *inofficiosum* (örf ve âdete, ahlâk ve hakkaniyete uygunsuz, vazife hissine aykırı) olarak addedilmiştir (*D.5.2.2; I. 2.18 pr.*). Vasiyetname olmasaydı, kanunî yoldan (*ab intestato*)

veya *dotis* (vazife hissine aykırı olarak yapılmış hibelere veya cihaza itiraz) bahşedilmeye başlanmıştır. Bağışlanana karşı açılan bu davanın kabul edilmesi halinde, bağışlama muamelesi geçersiz hale gelmiştir<sup>317</sup>. Saklı payı ihlâl etme konusunda, *donatio mortis causa*'nın bağışlama muamelesinin diğer türlerinin önünde geldiği göz önünde bulundurulduğunda, hiç şüphesiz *donatio mortis causa*'nın da bu düzenlemenin kapsamına girdiğini söyleyebiliriz<sup>318</sup>.

Rüger'e göre, *Paulus*'a ait bir fragman olan ve konuya ilişkin literatürde üzerinde çok fazla durulmayan *D.31.87.4*'de yer alan düzenlemenin, *querela inofficiosae donationis*'in uygulanması açısından göz önünde bulundurulmasında fayda vardır<sup>319</sup>:

*D.31.87.4 (Paulus libro XIV ad Responsorum): Lucius Titius cum haberet quinque liberos, universos emancipavit et in unum filium Gaium Seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit et universos liberos cum uxore scripsit heredes: in eodem testamento duas possessiones, quas retinuerat, eidem Gaio Seio praelegavit et ab eo petit, ut ex redditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot: conventus a Maevia sorore sua legem Falcidiam implorat. Quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt*

---

mirasçı olabilecek kimselerin, bir diğer ifadeyle, unutulmuş, ihmal edilmiş veya haksız olarak iskât edilmiş kanunî mirasçıların, kendilerini mirastan mahrum eden vasiyetnamelere itiraz etmeye başlamaları neticesinde, *querella inofficiosi testamenti* (vazife ve ahlâk hissine aykırı vasiyetnameye itiraz) imkânı doğdu. Diğer taraftan, mirasçı nasbedilmek, muayyen mal vasiyeti veya ölüme bağlı bağışlamadan yararlanmak suretiyle, *ab intestato* mirasçı olsaydı alabilecek olduğu miktarın dörtte birini (*quarta debita pars legitimae*-kanunî hisse veya hukuken mahfuz tutulan hisse) müteveffadan almış olan kimsenin (*D.5.2.8.8; I. 2.18.6*), “*de inofficioso testamento*” itirazda bulunma yetkisine sahip olmadığı kabul edildi. Ayrıca, vasiyetnameyi iptal etmek için hukukî bir sebep olmadığından; yabancıların lehine vasiyetname yapmak suretiyle ailesini ve yakın akrabalarını ihmal ederek hareket etmiş olan vasiyetçi, sanki akıl hastasıymış ve vasiyetnamesini düzenlerken fiil ehliyetine sahip değilmiş gibi (*color insaniae*) addedilerek bir dayanak bulunmakta ve vasiyetname bu sebeple iptal edilerek *ab intestato* mirasın açılması sağlanmaktaydı. *Iustinianus* hukuku, klasik hukuk döneminde “vazife hissi” denilen kavramı kanunî bir hale getirerek, bazı kişilerin, asgarî bir hisse ile mirasçı nasbedilmeleri zorunluluğunu getirdi. Müteveffa, bazı kişilere, *pars legitima* (*portio debita*-kanunî hisse) denilen miktarı mirasçılık sıfatı ile birlikte bırakmak zorundaydı. Aksi takdirde, o kimseler, vazife hissine aykırılıktan dolayı değil, saklı paylarını talep etme hakkına dayanarak dava açarlardı. DI MARZO, s. 552-555; UMUR, Ders Notları, s. 528-531; HONIG, s. 396-399.

<sup>316</sup> *Querela inofficiosi donationis*: Müteveffanın, hayattayken yaptığı hibeler (*donatio*) yüzünden, kendilerine düşmesi gerekli *quarta legitima*'yı elde edemeyen yakın akrabaları tarafından ileri sürülen, *Alexander Severus*'un kabul etmiş olduğu vasiyetnameye itiraz hakkı (*C.3.29, C.3.30*) UMUR, Lügat.

<sup>317</sup> DI MARZO, s. 554; UMUR, Ders Notları, s. 531; SIMONIUS, s. 58; BUCKLAND, Text-Book, s.329; GOUDSMIT, s. 199.

<sup>318</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 329; SIMONIUS, s. 58.

<sup>319</sup> RÜGER, s. 81.

*revocari praeceperit, an Gaius Seius compellendus sit secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis. Paulus respondit post litteras imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est, praesertim cum imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his qui fideicommissum petunt intercedit. Sed si Falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem.*

Bu metinde üzerinde durulan konu ile D.32.37.3<sup>320</sup>, de ele alınan konu arasında oldukça büyük bir benzerlik vardır: Mirasbırakan, bütün çocuklarını ve karısını mirasçı olarak tayin etmiş, ancak, henüz hayattayken, malvarlığının neredeyse tamamını, oğlu *Gaius Seius*'a bağışlayıp devretmek suretiyle mirasçıların haklarını ihlâl etmiştir. D.32.37.3'de yer alan düzenlemeden farklı olarak, iadeye ilişkin bir anlaşma yapılmadığından, taraflar arasında *donatio inter vivos*'un mevcut olduğu sonucuna varılabilir. Mirasbırakan, *Gaius*'u, *fideicommissum* aracılığıyla, diğer iki çocuğu lehine bir yükümlülük altına sokmuştur. *Fideicommissum* ile getirilen yükümlülüğün, *Gaius*'a ait miras payı üzerinden değil, kendisi tarafından kabul edilen bağışlama muamelesi üzerinden karşılanması gerekmektedir. *Fideicommissum* ile getirilen yükümlülüğün ifası için *Gaius*'un kız kardeşi *Maevia* tarafından açılan dava karşısında, *Gaius*, *lex Falcidia*'ya dayanmıştır. *Gaius*'un, *Maevia*'nın mirasçılarına karşı, *fideicommissum* ile getirilen yükümlülüğü ifa etmek zorunda olup olmadığı hususunda *Paulus* tarafından yöneltilen sorudan anlaşıldığı üzere, *Maevia* bu süreç devam ederken ölmüştür<sup>321</sup>. *Paulus*, bir imparatorluk

<sup>320</sup> D.32.37.3 (Scaevola libro XVIII ad Digestorum): *Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: "Quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolo malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstarent neque dolo malo aut fraude factove tuo eiusque ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spondit Lucius Titius filius". Idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: "Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et lucronem servum meum liberum esse volo". Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres exstiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. Respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem divi pii, quae hoc induxit.*

<sup>321</sup> *Maevia*, babasının ölümünden sonra erkek kardeşine dava açmış ve kendisinin *fideicommissum*

beyannamesine dayanmak suretiyle, *fideicommissum*'dan doğan sorumluluğun varlığını kabul etmiş ve bu sorumluluğun *lex Falcidia* sebebiyle sınırlandırılması söz konusu olmamıştır.

D.31.87.4'de yer alan düzenleme, *Alexander Severus* tarafından kabul edilen *querela inofficiosae donationis*'e ilişkin ilk belge niteliğindedir. *Paulus* bu metinde, D.31.87.3'de zikredilen imparator emirnamesine açıkça atıfta bulunmuştur. İmparator, bu emirname ile, mirasbırakan tarafından yapılan ve terekeyi, saklı paylı mirasçıların aleyhine olacak şekilde azaltan bağışlamaların iadesinin talep edilebileceğini ve bu sayede mirasçıların haklarını elde edebileceklerini düzenlemiştir<sup>322</sup>:

D.31.87.3 (*Paulus libro XIV responsorum*): *Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. "Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deprecatur id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari"*.

Bu metinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, iki tane saklı paylı mirasçısı bulunan bir kadın, malvarlığının tamamını bu mirasçılardan birine sağlar arası bir işlem neticesinde bağışlamıştır. Mevcut durumun *querela inofficiosi testamenti* ile olan benzerliği, bağışlamanın tamamının terekeye iadesini ve her iki saklı paylı mirasçının tereke üzerinden eşit paylar elde etmesini gerektirmiştir. Bu nedenle bağışlanan, terekeye iade ettiği miktarın yalnızca yarısının kendisine verilmesini talep edebilecektir.

*Querela inofficiosae donationis*, *querela inofficiosae testamenti* örnek alınarak düzenlenmiş olmasına rağmen, *querela inofficiosae testamenti*'den farklı olarak, hak sahibinin saklı payının ihlâl edildiği, sadece bir varsayımdan ibarettir. Bağışlama muamelesinin, saklı payın ihlâli (Pflichtwidrigkeit) sonucunu doğurduğuna, terekenin içinin sağlar arası bağışlamalar neticesinde boşaltıldığı ve hak sahiplerinin,

---

sebebiyle sahip olduğu hak mirasçılarına intikal etmiştir.

*Dies Cedens*: Kendisi lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan kimsenin, o malı iktisap edeceğinin kesin olarak anlaşıldığı an. Vasiyetçinin ölümüne veya varsa şartın gerçekleşmesine denk düşen bu andan itibaren vasiyetli, malı fiilen iktisap etmemiş olmakla beraber, sahibi olduğu bu muntazar hak mirasçılarına intikal ederdi. UMUR, Lügat.

<sup>322</sup> RÜGER, s. 83.

saklı paya ilişkin hükümler (*querela ve lex Falcidia*) ile korunan ve içi boşaltılmamış tereke üzerinden hesaplanan 1/4'lük paylarının artık mevcut olmadığı varsayımından yola çıkılarak ulaşılmaktadır. Yani, saklı payın ihlâline ilişkin değerlendirme yapılırken, malvarlığının bağışlamanın ifasından önceki durumu dikate alınır ve ihlâl edilmesi *querela inofficiosae donationis*'in ileri sürülmesine sebebiyet veren 1/4'lük kısmın ihlâl edilip edilmediği, bu esastan yola çıkılarak tespit edilirdi<sup>323</sup>.

*Gaius* lehine yapılan bağışlamanın ve kendisinin *fideicommissum* ile yükümlendirilmesinin ele alındığı *D.31.87.4*'de yer alan düzenleme, ayrıca, gayri kabili rücu olarak lehine bağışlamada bulunulan bir kimsenin de *fideicommissum* ile yükümlendirilebileceğini gözler önüne sermekte ve yalnızca, *mortis causa* iktisapların *fideicommissum*'un temeli olabileceği prensibini yıkmaktadır. *Ulpianus*'a ait bir metin olan *D.30.77*<sup>324</sup>,de üzerinde durulduğu üzere, mirasbırakanın borçlusu, terekeden elde ettiği miktar ölçüsünde üçüncü kişi lehine *fideicommissum* ile yükümlendirilmekte (*fideicommissum a debitore relictum*<sup>325</sup>) ve

<sup>323</sup> RÜGER, s. 84.

<sup>324</sup> *D.30.77 (Ulpianus libro V ad Disputationum): Si pecunia fuit deposita apud aliquem eiusque fidei commissum, ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debetur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori: nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quae res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.*

<sup>325</sup> *Fideicommissum a debitore relictum*, miras bırakanın kendi borçlusuyla anlaşmak suretiyle üçüncü kişi lehine tek taraflı bir ölüme bağlı kazandırmada bulunmasıdır. Bu durumda, miras bırakanın borçlusunun durumu, vasiyeti yerine getirme görevlisine benzetilebilir. Keza, Roma hukukunda, ölüme bağlı kazandırma yollarından bir diğeri olan muayyen mal vasiyetinde de (*legatum ve fideicommissum*), mirasçının, lehine mal vasiyetinde bulunulan üçüncü kişi karşısındaki durumu, vasiyeti yerine getirme görevlisine benzemektedir. KOCAAĞA, K., Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukukî Niteliği, GÜHFD, c.6, S.1-2, Y. 2002, s. 10; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. WACKE, A., Das Fideicommissum A Debitore Relictum Die Exceptio Doli im Dienste Der Rechtsfortbildung, TR, 257-272, Vol. 39, 1971 Tübingen, s. 257 vd. Roma hukukunda mirasçılarının durumları, herhangi bir kişinin durumundan üstün kabul edildiğinden, Roma hukukçuları, mirasçılarının hak ve yetkilerini sınırlayan bir kurumu tanımamışlardır. Bu nedenle vasiyeti yerine getirme görevlisinin Roma hukukunda da bulunduğunu ileri sürenler varsa da, bu kurum Roma hukuku tarafından kabul edilmiş değildir. İMRE, Z./ERMAN, H., Miras Hukuku, İstanbul 2010, s. 159. Türk Medenî Kanunu'na göre, vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuksal niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKBIYIK, C., Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul 2012. *Fideicommissum a debitore relictum* (borçluya yüklenen *fideicommissum*), alacaklının, borçlu olduğu edayı, üçüncü bir şahsa yapması için, borçluya vekâlet vermesidir. Bir hibe (*liberatio*) *fideicommissum* şeklinde yapılır ve borçluya karşı olan alacak hakkı bağışlanmış olurdu. Böylece, üçüncü şahsın yararına bir *fideicommissum* ile yükümlülük altına sokulan borçlu, artık *fideicommissarius* olurdu. Bu durumda, taraflar arasında, gerçekte üçüncü şahıs lehine bir sözleşme sözkonusu olmakla birlikte, Roma hukuku, üçüncü şahıs yararına sözleşmeleri tanımıyordu. Bu sözleşmeler, ancak bu yolla dava edilebilir hale getiriliyordu. KOSCHAKER/AYİTER, s. 416. Aynı yönde bkz. SOHM, s. 415. Roma'da geniş bir uygulama alanı bulan ve şekilsiz bir vasiyet türü olan *fideicommissum*'un özel ve değişik bir türü olan *fideicommissum a debitore relictum* ile, mirasbırakana borçlu olan kişiye, bu borcu üçüncü kişiye karşı yerine getirmesi taahhüt ettirilmekteydi. Olağan *fideicommissum*, mirasbırakanın mirasçısına tek taraflı sözlü bir ricada bulunmak suretiyle ona bir vasiyet borcu

mirasçılarının, mirasbırakana olan borcunun kendilerine iadesine ilişkin taleplerine karşı *exceptio doli* ileri sürebilme imkânına kavuşmaktadır. *D.32.37.3*'de yer alan düzenlemede ise, *fideicommissum*'un hükümlerini doğurması, her şeyden önce, gayri kabili rücu olarak yapılan *donatio intor vivos* muamelesinin, iadeye ilişkin bir *stipulatio* aracılığıyla rücu edilebilir hale getirilmesine ve böylece, işlevsel açıdan, *donatio mortis causa* muamelesine benzetilmesine dayanmaktadır<sup>326</sup>.

*Responsum*'un ikinci kısmında, *Paulus*, davalı *Gaius*'un *lex Falcidia*'ya dayanmasını ele almaktadır. Lehine yapılmış olan bağışlama muamelesi ile diğer mirasçılarının miras paylarını ihlâl eden ve aynı zamanda birlikte mirasçı (Miterbe) sıfatına sahip olan bir kimsenin, *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemeye dayanması, olağandışı ve karışık bir durum yaratmaktadır. *Gaius*, bu olayda, kurnaz bir savunma yapmaktadır: Kendisi lehine yapılan ve diğer mirasçılarının miras paylarını oldukça azaltan bağışlama muamelelerinin, kızkardeş *Maevia* lehine *fideicommissum* ile yükümlendirilmesi, kendi miras payının 3/4'ünü aşmakta ve böylece, terekenin 1/4'ünün mansup mirasçıya bırakılmasını zorunlu kılan *lex Falcidia* ile getirilen düzenlemeye aykırı olarak, kendisine düşen miras payı, terekenin 1/4'ünden daha az olmaktadır. Vasiyetçi, karısını ve her bir çocuğunu terekenin 1/6'sına denk gelecek şekilde eşit paylarla mirasçı tayin etmiş fakat *Gaius*, *Maevia* lehine

---

yüklemesi anlamına gelirken, *fideicommissum a debitore relictum*, mirasbırakan ile borçlusu arasında gerçek anlamda bir sözleşme düzenlenmesini gerektiriyordu. Böylece, Roma hukukunda üstüne kapıların sınıksız örtüldüğü bir kurum olan “üçüncü kişi yararına sözleşme”, sağlararası işlem aracılığıyla ölüme bağlı kazandırmada bulunmanın bir aracı olarak arka kapıdan sahneye çıkmıştır. Zira, Romalı hukukçular, üçüncü kişi yararına sözleşmeye hayat hakkı tanımadıkları halde (*alteri stipulari nemo potest*), *fideicommissum a debitore relictum* ile ölüme bağlı olarak üçüncü kişi yararına bir hak sağlanması yolunu açmışlardır. Lehdar (üçüncü kişi), doğrudan doğruya mirasbırakan ile güvenilir kişi arasındaki anlaşmaya dayanarak (*ex fideicommisso*) borçluyu (sözveren), *actio ex fideicommissi* olarak nitelendirilen bir davayla takip edebiliyordu. Ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşmenin kökenini oluşturan *D.16.3.1.26 pr.*'da yer alan düzenlemede, uzun bir yolculuğa çıkan *Publia Maevia*, dostuna emanet olarak bıraktığı sandığın içindekilerin yolculuktan sağ dönmemesi halinde büyük oğluna ait olmasını dilemektedir. Vasiyet ile arasındaki benzerliğe rağmen herhangi şekle tâbi tutulmamış olan *fideicommissum a debitore relictum* vasiyette olduğu gibi ancak mirasbırakanın ölümünden sonra hükümlerinin doğurur ve mirasbırakan ölünceye kadar bu muameleden serbestçe rücu edebilirdi. Üçüncü kişi de, mirasbırakanın ölümünden sonra bilgi ve isteği dışında gerçekleştirilen bu tek taraflı kazandırmayı kabul etmeyebilirdi. Romalı hukukçuların vasiyetnamenin tâbi olduğu şekle uyulmasını gerektiren mirasçı nasbı ile *legatum*'un yanında bu şekilsiz ölüme bağlı kazandırma yolunu da açık tutmaları ancak bu hukukçuların eşsiz hukukî sağduyuları ile açıklanabilir. Mirasbırakanın, şekilsiz olmakla birlikte varlığı kanıtlanabilir üçüncü kişi yararına ölüme bağlı son arzusuna karşı (*contra voluntatem defuncti*) çıkan mirasçılarının bu direnişlerini, lehdar-üçüncü kişi lehine bir *exceptio doli mali* (dürüstlüğü aykırı davranış defii) tanımak suretiyle sonuçsuz bırakan Romalı hukukçular, bu yaklaşım ile hukukî dehalarını ve yaratıcılıklarını bir kez daha sergilemişlerdir. SEROZAN, s. 48-50. Hellwig'e göre, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi gereği gibi kavramının anahtarı, “*fideicommissum a debitore relictum*”dur. HELLWIG, K., Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, s. 1 vd., zikr. SEROZAN, s. 48, dn. 47.

<sup>326</sup> RÜGER, s. 84-85.

*fideicommissum*'dan doğan edim yükümü sebebiyle, kendi miras payının ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur<sup>327</sup>.

*Gaius*'un miras payından, kendisine *fideicommissum* ile getirilen yükümlülük sebebiyle çıkarılması gereken miktarın çıkarılmasından sonra, geriye *lex Flacidia*'da belirtilen terekenin 1/4'lük kısmından daha az bir kısım kaldığı için, *Gaius*'un savunması, hukukî açıdan yerinde olsa bile bu savunma dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir (Treuwidrig). Çünkü, bu olayda, *fideicommissum*'un varlığı ile vasiyetçinin, henüz hayattayken yaptığı muameleler neticesinde çocuklarından birini himaye etmesi arasında, vasiyetçinin iradesine göre bir ilişki söz konusudur. Vasiyetçi, *fideicommissum* ile mirasçıları arasında eşitliği sağlamaya yönelik bir çaba gösterdiği için, *querela*'dan doğan vasiyetnameye itiraz hakkının varlığından da söz edilemez. *Querela*'ya ilişkin düzenleme, bağışlamaların terekeye iadesinin talep edilmesine yol açacağından, *Gaius*'un, *lex Falcidia*'ya dayanamayacağı yönünde varılan sonuç yerinde olacaktır. Zira, bağışlamaların terekeye iade edildiği varsayıldığından, terekenin değeri hesaplanırken bağışlamaların değeri de göz önünde bulundurulacak ve terekenin değeri arttığı için *Gaius*, kendisine düşen *quarta* azalmaksızın, *fideicommissum*'u kendi miras payı üzerinden ifa edebilecek duruma gelecektir<sup>328</sup>.

*Paulus*'un, *querela inofficiosae donationis*'in uygulanması hususunda varmış olduğu bu sonuç (D.31.87.4), önemli bir gelişim sürecinin başlamasına vesile olmuş; *Papinianus*'un, D.39.6.42.1'de yapmış olduğu ince ayırım ise, miras hukuku alanında yarattığı önemli sonuçlar ile mirasçıların, mirasbırakanın muvazaalı işlemlerinden (Umgehungsgeschäften)<sup>329</sup> etkili bir şekilde korunmalarını sağlamıştır.

---

<sup>327</sup> RÜGER, s. 86.

<sup>328</sup> RÜGER, s. 86-87.

<sup>329</sup> Roma hukuku kökenli modern hukuklardaki düzenlemelerden yola çıkılarak, muvazaa'nın, iki taraflı hukukî bir muamelede tarafların dışarıya yapmış olarak gösterdikleri işlemde başka bir hukukî işlem yapmaları veya hiçbir işlem yapmamaları olarak tanımlanması mümkündür. Modern hukuk sistemlerinde, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi göründükleri hukukî muamelenin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukukî işlemin, kanunda o işlem için öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması şartıyla, geçerli olduğu genel kuralı yerleşmiştir. Bu kurala çok uzun bir gelişim sürecinden geçilerek ulaşılmıştır. Genellikle kabul edilen görüşe göre, genel nitelikteki böyle bir kural klasik Roma hukukuna tamamen yabancı olup; eski hukuk anlayışına göre, tarafların yaptıkları ancak gerçekte istemedikleri hukukî işlem, tarafların iradelerine rağmen bağlayıcıydı. Zira, *ius civile*'nin uygulandığı zamanlarda, hukukî muamelelerin geçerliliği için sadece şekil yeterliydi. Hukukî muamelelerin bireysel iradeye göre değerlendirilmeye başlanmasından sonra, aslında istenmeyen, ancak dışarıya karşı isteniliyormuş gibi gösterilen hukukî işlemlerden söz edilmeye

Böylece, *donatio mortis causa* muamelesi'nin *donatio inter vivos* muamelesinden ayırt edilmesini sağlayan ve *ulla condicio redhibendi* (herhangi bir istirdat hakkının mevcudiyeti - das Bestehen irgendeines Rückforderungsrechtes) olarak nitelendirilen bu karakteristik özellik kaybolmuştur. Netice itibariyle, bağışlama muamelesi, bağışlayanın ölümü göz önünde bulundurularak düzenlenmişse<sup>330</sup>, *mortis causa* şartının açıkça ifade edilmiş, düşünülmüş veya bilinçli olarak gizlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, *querela inofficiosae donationis*'in uygulanması suretiyle, ihlâl edilen saklı paylar korunabilmiştir<sup>331</sup>.

## V.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA'NIN TÜRLERİ

### A.Donatio Mortis Causa Periculo Imminente ve Donatio Mortis Causa Sola Cogitatione Mortalitatis Kavramlarının Genel Olarak Ele Alınması

Ölüme bağlı bağışlama muamelesi çeşitli şekillerde yapılabilmekteydi. Taraflar bu muameleyi kurmak amacıyla genellikle *datio*, *stipulatio*<sup>332</sup>, *acceptilatio*<sup>333</sup>, *delegatio*<sup>334</sup> ve hatta *manumissio*<sup>335</sup> muamelelerine başvurmaktaydılar. Bu tasarruf muameleleri arasındaki ortak nokta, her birinin temelinde yatan *causa*'dır. Basit bir şekilde söylemek gerekirse, klasik hukukçular, *donatio mortis causa* ile, bağışlayanın

---

başlanmıştı. Klasik hukuk döneminde de henüz tam anlamıyla böyle genel bir kurala ulaşılammamıştır. İlk kez *Diocletianus* zamanında temel bir prensip getirilmiş ve *Iustinianus*, muvazaalı hukukî işlemleri geçersiz sayarak, *Diocletianus*'un eğilimini devam ettirmiştir. Bir diğer görüşe göre, Romalı hukukçuların, “muavazaalı” ismi verilen bir hukukî işlem kategorisine sahip olmadıklarının kabul edilmesi gerekir. Romalı hukukçular, bir hukukî sorundan diğerine geçerek kazuistik yöntemle karar verdiklerinden, konular arasında bağlantılar kurarak belli hukukî işlem kategorileri yaratamamışlardır. Bu görüşe göre, insanların hukukî muamele yapma özgürlüğünü kısıtlayan tatsız emir ve yasakların olduğu her yerde ve her zaman, bu emir ve yasakları dolanmak amacıyla, muvazaalı işlemler yapılmıştır. Örneğin karı-koca arasındaki bağış yasağı çeşitli muvazaalı işlemler yapılmasına sebep olmuştur. Ayrıca, ilk olarak klasik sonrası dönemde değil, M.S. 2. yüzyıldan itibaren, kaynaklarda muvazaanın geçersiz sayıldığı durumlara rastlanmaktadır (*D.23.2.30*'da muvazaalı evlilikten, *D.18.1.55*'de hayali satıştan, *D.44.7.54*'de ise hayali sözleşmeden söz edilmektedir.). OĞUZ, A., Muvazaa Kuramının Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD, c. 45, S. 1-4, Y. 1996, s. 453-456.

<sup>330</sup> bkz. *D.39.6.42 pr.*; *D.39.6.42.1*; *D.32.37.3* ve *D.31.87.4*.

<sup>331</sup> RÜGER, s. 87.

<sup>332</sup> Bkz. *D.44.4.4.1*; *D.24.1.52.1* ve *D.31.77.2*; *D. 33.4.11*; *D.23.3.76*.

<sup>333</sup> Bkz. *D.39.6.24*; *D.39.6.31.1*; *D.39.6.31.4*; *D.39.6.35.6*; *D.32.3 pr.* ve *D.35.2.82*. Alacaklı ile borçlu arasında, alacağı ortadan kaldırma amacıyla yapılan anlaşmanın, başka bir deyişle borçlunun rızası ile alacaklının alacağından feragat etmesinin *mortis causa* yapılması halinde, taraflar arasındaki bu muamele, her açıdan *donatio mortis causa* olarak kabul edilirdi. Bu nedenle, bağışlayan, iyileşmesi halinde muameleden rücu edebileceği gibi, miras hukuku alanına ilişkin olarak getirilen yasal sınırlamalar, bu muamele üzerinde de uygulanabilmekteydi. WATSON, A., *Studies in Roman Private Law*, London 1991, s. 216.

<sup>334</sup> Bkz. *D. 39.6.18.1*.

<sup>335</sup> Bkz. *D. 40.1.15*.

belirli bir zamanda veya belirli bir sebeple ölmesi halinde hükümlerini doğurmaya başlayan veya hükümden düşen muameleleri kastetmekteydiler<sup>336</sup>. D.39.6.2, D.39.6.31.2, D.39.6.35.4, C.8.57.4, I.2.7.2’de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, bağışlayanı ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden çeşitli ihtimaller söz konusudur. Buna göre, bağışlayan, günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle (*sola cogitatione mortalitatis*) veya yaklaşmakta olduğunu düşündüğü bir ölüm tehlikesinin kendisinde yarattığı korku yüzünden (*ex imminetis periculi metu*) yakında öleceğini düşünmek suretiyle ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaktadır. Ölüm tehlikesinin hâlihazırda mevcut veya gelecekte gerçekleşme ihtimali olan bir tehlike (*periculum praesens et futurum*) olmasına göre bir ayırım yapılması da mümkündür (D.39.6.3, D.39.6.5)<sup>337</sup>.

Bu noktada, *testamentum* ve *codicilli* muamelelerine ilişkin olarak kaynaklarda benzer düzenlemelere rastlanamamasının sebebinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu soruya cevap verebilmek için bu muameleler açısından tasarrufta bulunan kişinin durumunun göz önünde bulundurulması yeterlidir. Tasarrufta bulunan kişi, her insanın günün birinde öleceği düşüncesinden (*memento mori*) hareket ederek hiçbir sağlık problemi olmamasına rağmen bir vasiyetname düzenleme yoluna başvurabileceği gibi; hasta yatağındaiken, savaş için yola çıkmadan önce, bir deniz yolculuğuna başlamadan önce de bir vasiyetname düzenleyebilir<sup>338</sup>.

Bağışlayan, yaklaşan bir tehlike (*imminente periculo commotus*) karşısında, sevdiği bir arkadaşını düşünerek veya kendisine yapılan bir iyiliğe karşılık minnettarlığını göstermek için ölüme bağlı bağışlamada bulunmak suretiyle, bu arkadaşına veya kendisine bu iyiliği yapan kimseye vasiyetnamesinde yer vermemiş olmasının veya vasiyetname yapmaktan kaçınmasının sonuçlarını ortadan kaldırabilir. Buna göre, bağışlayan, günün birinde öleceği düşüncesiyle herhangi bir sağlık problemi olmamasına rağmen bağışlamada bulunabileceği gibi kendisinde, yakında öleceği düşüncesi yaratan bir hastalık veya mevcut ya da gelecekte gerçekleşme olasılığı olan bir tehlike dolayısıyla da bağışlamada bulunabilir. Ancak, kaynaklardan

---

<sup>336</sup>RÜGER, s.26.

<sup>337</sup>COHEN, s. 8; HARDER, s. 57; SIMONIUS, s. 79.

<sup>338</sup>COHEN, s. 8

anlaşıldığı üzere, bir hastalığın veya yaklaşan bir tehlikenin yarattığı düşünce dolayısıyla yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesine çok daha fazla başvurulmaktaydı. Cohen'e göre, ölüme bağlı bağışlamanın mevcudiyeti halinde, bağışlayan, bağışlama konusu malın öncelikle kendi mülkiyetinde kalmasını istediğinden (*malle se habere*), aksi kararlaştırılmamışsa, istediği zaman bu muameleden dönebilmekteydi<sup>339</sup>.

Cohen'e göre, azımsanmayacak kadar çok sayıdaki edebî metin, bağışlayanın, yakında öleceği düşüncesiyle yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelelerine çok daha fazla rastlandığı yönündeki düşüncüyü destekleyecek niteliktedir. Buna göre; *Odyseia* Destanında *Telemachus*'un, *Piraeus* ile yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelesini ele alan kısım (17. Kitap, 78-83. kıtalar), Roma hukukçuları tarafından, gerek *Digesta*'da gerekse *Institutiones*'de ölüme bağlı bağışlama muamelesi için örnek olarak gösterilmiştir. Keza, yine aynı destanda, *Herakles*'in savaş için yola çıkmadan önce *Admetus* ile yapmış olduğu ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin kısım (1020-1022) da bu düşüncüyü destekleyen edebî metinler olarak gösterilebilir. Eşler arasında yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelelerine ilişkin olarak *Iustinianus* dönemine ait hukuk kaynakları da, bu şartlar altında yapılmış olan ölüme bağlı bağışlamalara çok sık rastlanıldığını doğrular niteliktedir<sup>340</sup>. Bu konuda üzerinde durulması gereken metinlerden biri aşağıdaki gibidir:

*D.39.6.2 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

*Iulianus*'a göre, ölüme bağlı bağışlama üç şekilde yapılabilir. Buna göre: Bağışlayanın, hâlihazırdaki bir tehlikeden kaynaklanan korku söz konusu olmaksızın,

---

<sup>339</sup> COHEN, s. 9

<sup>340</sup> COHEN, s. 9-10

sadece, günün birinde mutlaka öleceği bilinciyle bağışlamada bulunması halinde; bağışlayanın, kendisinde yakında öleceği korkusu yaratan bir tehlike sebebiyle bağışlamada bulunması ve bağışlamaya konu olan şeyi derhal bağışlanana geçirmesi halinde ve yine bağışlananın, kendisinde bu yüzden öleceği düşüncesi uyandıran bir tehlike sebebiyle bağışlamada bulunması ve bağışlamaya konu olan şeyi derhal bağışlanana geçirmek yerine, malın karşı tarafa geçmesini ölümün gerçekleşmesine bağlaması halinde, ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilir.

*Ulpianus*, açıklamalarını *Iulianus*'a dayandırırken ve aynı husus, *D.39.6.13.1*'de *Marcellus* tarafından ele alınmıştır. Bu metinlerdeki birbiri ile uyumlu olmayan üçlü ayırımı göre<sup>341</sup>, bağışlayan, ölüme bağlı bağışlama muamelesini, herhangi bir ölüm tehlikesi söz konusu olmaksızın yapabileceği gibi, somut bir ölüm tehlikesi yüzünden yakında öleceği düşüncesiyle de yapabilirdi. Bağışlayan, somut bir ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı hallerde, bağışlama konusu malın mülkiyetini ya derhal bağışlanana nakleder ya da mülkiyetin intikalini, kendisinin bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlardı. *Paulus* tarafından, *D.39.6.35.4*'de de benzer bir ayırım yapılmıştır<sup>342</sup>.

Kaynaklar üzerinde yapılan inceleme neticesinde, somut bir ölüm tehlikesi sebebiyle yapılan bağışlama muamelesinin ilk örneğine, *D.44.4.4.1*'de rastlanmaktadır. Bağışlayanın, somut bir ölüm tehlikesi yüzünden yaptığı ve bu ölüm tehlikesini atlatması halinde istirdat talebinde bulunma hakkını saklı tuttuğu bağışlama muamelesi, bu hususa ilişkin olarak kaynaklarda yer alan çok sayıdaki metinden anlaşıldığı üzere, klasik hukuk döneminde ölüme bağlı bağışlama muamelesinin en çok başvurulmuş türünü oluşturmaktaydı<sup>343</sup>. En çok görülen somut ölüm tehlikesi “hastalık” olmakla birlikte, *Paulus*'un belirttiği üzere, somut bir ölüm tehlikesi oluşturabilecek diğer bütün haller göz önünde bulundurulabilmekteydi<sup>344</sup>:

*D.39.6.35.4 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam ): Mortis causa donatio fit*

<sup>341</sup>*Donatio mortis causa*'nın üç türünün akla uygun olmayan bir şekilde birarada ele alınması, *Simonius*'a göre, metnin *interpolatio*'ya uğramış olduğunun kanıtı niteliğindedir. Ancak, *Rüger*'e göre, bu açıklama böyle bir sonuca varmak için tek başına yeterli değildir. *RÜGER*, s. 26, dn. 30.

<sup>342</sup>*RÜGER*, s. 26-27.

<sup>343</sup>En sık rastlanan ölüm tehlikesi olarak, birdenbire ortaya çıkan ve hızla gelişen hastalık (akute Krankheit) açısından, kaynaklar, genellikle iyileşme halinden (*convalescere*) söz etmektedirler. *RÜGER*, s. 27, dn. 33.

<sup>344</sup>*RÜGER*, s. 27; Aynı yönde bkz. *COHEN*, s. 8.

*multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest...*

Metinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı bağışlama bazen, sağlıklı bir kimse tarafından, somut bir ölüm tehlikesi sebebiyle duyulan korkudan bağımsız olarak, günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle yapılabileceği gibi; bazen de, mevcut veya gelecekteki bir tehlike yüzünden duyulan ölüm korkusuyla da yapılabilir. Karada veya denizde, barış veya savaş zamanında, evde veya askerlik hizmetinde ölüm tehlikesi sebebiyle duyulan korkunun pek çok sebebi olabilir.

*Iulianus (D.39.6.13.1), Paulus (D.39.6.35.4) ve Ulpianus (D.39.6.2)*, bir taraftan, bağışlayanı ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden ölüm tehlikesinin (*imminente periculo*) adeta somutlaştırılmış örneklerini ortaya koyarken; diğer taraftan da, herhangi bir ölüm tehlikesi söz konusu olmaksızın, sadece, günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle (*sola cogitatione mortalitatis*) yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesinin varlığını, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadırlar. Bu husus *D.39.6.31.2*'de yer alan düzenleme ile *Gaius* tarafından da doğrulanmaktadır<sup>345</sup>:

*D.39.6.31.2 (Gaius libro VIII ad edictum provinciale ): ...Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.*

Metinden anlaşıldığı üzere, *mortis causa* olarak bağışlanan şey, ya olması muhtemel bir ölüm tehlikesi sebebiyle ya da günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle verilir.

## **B.Donatio Mortis Causa Sola Cogitatione Mortalitatis'in Klasik Hukuk Dönemindeki Varlığına İlişkin Tartışmalar**

Somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesinin

---

<sup>345</sup>RÜGER, s. 28.

klasik hukuk döneminde mevcut olup olmadığı, Roma hukukunda ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin olarak 20. yüzyılda yazılan eserlerde tartışmalı bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlamanın klasik hukuk döneminde de başurulan bir muamele olduğu hususunda birçok metnin varlığına rağmen, bazı yazarlar bunun aksini savunurken, bazı yazarlar ise “*donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*”in klasik hukuk döneminde de mevcut olduğu yönünde görüş beyan etmişlerdir.

Rüger’e göre, klasik hukuk döneminde bu muamelenin mevcut olmadığını ileri süren yazarların bu görüşlerini desteklemek amacıyla ortaya koydukları argümanlar, ikna edici nitelikte değildir. Bu yazarlar, konuya ilişkin metnin *interpolatio*’ya uğradıklarını ve bağışlayanın cayma hakkına sahip olmasının, *donatio mortis causa* ile *legatum*’un *Iustinianus* tarafından aynı kurallara tâbi tutuldukları klasik sonrası hukuk dönemine ilişkin bir düzenleme olduğunu ileri sürmektedirler. Bu yazarlar tarafından böyle bir argüman ileri sürülmesinin sebebi, bağışlayanın cayma hakkı olmaksızın *donatio sola cogitatione mortalitatis*’in varlığından söz edilememesidir. Ancak, *Iustinianus* tarafından, C.8.56.4’de yer düzenlemeye bildirilen, *donatio mortis causa* ile *legatum*’un aynı kurallara tâbi tutuldukları hususunun, *Hadrianus* zamanından itibaren var olduğu ve *Severus Alexander* zamanında ise, en önemli noktalar açısından zaten tamamlandığı, bu yazarlar tarafından göz ardı edilmektedir. Bu nedenle, bağışlayanın cayma hakkının, klasik sonrası hukuk döneminden önce zaten mevcut olduğu sonucuna varmak mümkündür<sup>346</sup>.

Klasik hukuk döneminde, somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesinin mevcut olmadığını savunan yazarlar, aynı sonuca, *stipulatio mortis causa* ile ulaşma imkânı olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak, bu yazarlar, ortaya attıkları bu iddia ile, kaynaklarda yer alan çok sayıdaki önemli metnin temelinde yatan ilkeleri de destekten yoksun bıraktıklarını göz ardı etmektedirler. Örneğin, kadının babası tarafından (*dos profecticia*) değil de başka birisi veya bizzat kendisi tarafından cihaz tesis edilmesi halinde buna *dos adventicia* ismi verilirdi. Cihazı veren, kadının ölümünde cihazın kendisine iadesini şart koşmuşsa, bu durumda *dos recepticia*’nın varlığından söz edilirdi (D.39.6.31.2). Evlilik sebebiyle

---

<sup>346</sup>RÜGER, s. 28-29.

gerçekleşen ve *donatio mortis causa*'nın önemli bir uygulamasını teşkil eden bu durum, yalnızca, *sola cogitatione mortalitatis*'in varlığının kabulü halinde anlaşılır bir hal almaktadır. Bu noktada, *donatio mortis causa*'ya ilişkin en eski metinlerden biri olan D.39.6.43'de yer alan düzenlemenin göz önünde bulundurulmasında fayda vardır<sup>347</sup>:

*D.39.6.43 (Neratius libro I ad Responsorum): Fulcinius: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne suscepit, non quaerendum. Quod magis tuendum est.*

*Fulcianus*'a göre, eşler arasında ölüme bağlı bağışlama muamelesinin kurulması, bağışlayanın, öleceğine ilişkin oldukça sağlam temellere dayanan bir düşünceye sahip olması halinde mümkündür. Fakat *Neraz*'a göre, bağışlayanın öleceği düşüncesine sahip olması yeterli olup bu düşüncenin bir temele dayanıp dayanmadığı önemli değildir.

Bu metinde *Neraz*, *donatio mortis causa inter virum et uxorem*'in geçerliliği için bağışlayanın öleceğine ilişkin endişesinin şüpheye mahal bırakmayacak nitelikte mi olması gerektiği yoksa bağışlayanın, ölümün yakınlığına ilişkin subjektif bir tahmine sahip olmasının yeterli mi olacağı üzerinde durmaktadır. Klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* kurumu mevcut olmasaydı, *Neraz*'ın, eşler arasındaki bağışlama yasağı göz önünde bulundurulduğunda, bağışlayan açısından bir ölüm tehlikesinin gerekliliği üzerinde fikir beyan etmek için bir sebebe sahip olduğunu söylemek mümkün olmayacaktı<sup>348</sup>.

*Donatio mortis causa*'ya ilişkin olarak yayımladığı emirnameden anlaşıldığı üzere, *Iustinianus*, *donatio mortis causa*'nın somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın da yapılabileceğini kabul etmekteydi:

*C.8.56.4: ...sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime*

---

<sup>347</sup>RÜGER, s. 29.

<sup>348</sup>RÜGER, s. 29

*indigere...*

Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlayanın, gerek yakında öleceği düşüncesiyle, gerekse ölüm mefhumu üzerinde düşünmek suretiyle düzenlemiş oldğu ölüme bağı bağışlama muameleleri, şekle tâbi değildir.

Rüger'göre, metinde üzerinde durulan bu ayırımın, bizzat *Iustininaus* tarafından kabul edildiği varsayımında bulunmak için hiçbir gerekçe mevcut değildir. Somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın yapılan *donatio mortis causa*'nın, klasik hukuk döneminde mevcut olmadığı yönünde, kanıtlanmış hiçbir gerekçe mevcut değildir. Bu noktada, ancak, *imminente periculo* halinde yapılan ölüme bağı bağışlama muamelesine daha çok başvurulduğu ve bunun, ölüme bağı bağışlamamın asıl formunu teşkil ettiği varsayımında bulunulabilir. Keza, *Neraz*, bağışlayanın, ölüm tehlikesinin ciddiyeti hususundaki tahminini yeterli görürken (*sufficere rell*, *D.39.6.43*) ve *Paulus*, muamele düzenlendiği esnada mevcut olan tehlike (*periculum praesens*) ile gelecekte gerçekleşme ihtimali olan tehlike (*periculum futurum*) kavramlarını birbirine eşitlerken (*D.39.6.35.4*), aslında, tehlikenin (*periculum*) bir ön koşul olarak görülmesinden vazgeçmektedirler. Zira, günün birinde her insan öleceği için *periculum futurum*'un varlığı üzerinde varsayımında bulunulabilmesi her zaman mümkün olmakla birlikte, kişiyi, bu tehlikenin varlığını düşünmeye sevk eden koşulların denetlenebilmesi ise imkân dâhilinde değildir<sup>349</sup>.

*Donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in klasik hukuk döneminde mevcut olmadığını ileri süren yazarlardan biri olan *Simonius*, *donatio mortis causa*'nın klasik hukuk dönemindeki görünüşüne ilişkin olarak yazdığı eserde bu tartışmalara geniş yer ayırmıştır. Yazara göre, *Iustinianus*'un *Digesta*'sında, hangi şartlar altında yapıldığından ve bağışlayanın hangi saik altında hareket ettiğinden yola çıkılarak, *donatio mortis causa*'nın iki türü arasında ayırım yapılmaktadır. *D.39.6.35.4*'de, bağışlayanın, yaklaşan bir ölüm tehlikesi nedeniyle (*periculo imminente*) yaptığı ölüme bağı bağışlama, günün birinde öleceği düşüncesi ile (*sola cogitatione mortalitatis*-veya *mortis*) yaptığı ölüme bağı bağışlama ile karşılaştırılmaktadır<sup>350</sup>.

<sup>349</sup>RÜGER, s. 29-30; Aynı yönde bkz. KARLOWA, s. 945.

<sup>350</sup>SIMONIUS, s. 79.

Simonius'a göre, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in klasik hukuk dönemindeki varlığına karşı bir dizi itiraz söz konusudur. Bu argümanların hiçbiri, her ne kadar klasik hukuk dönemi metinlerinin *interpolatio*'ya maruz kaldığı varsayımını kanıtlamak için tek başına yeterli olmasa da, ortaya konulan argümanlar arasındaki uyumluluk bu durumu inandırıcı kılmaktadır. Yazara göre, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in tanımının, *donatio mortis causa*'nın *Digesta* dolayısıyla elimize geçen genel tanımına uymaması, günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle yapılan ölüme bağlı bağışlamanın klasik hukuk döneminde mevcut olmadığı varsayımını doğrular niteliktedir. Zira, ne *Paulus* tarafından *D.39.6.35.2*'de kullanılan ifade (*qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepissee potius quam dedisse mavult*), ne de bu metinde ve *Marcianus*'a ait bir metin olan *D.39.6.1 pr.*'da tekrarlanan ifade (*mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum*), bağışlayanın, yalnızca bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde veya genel bir cayma hakkı klasik hukuk döneminde de mevcut ise bu hakka dayanarak, ölüme bağlı bağışlamadan rücu etmek suretiyle bağışlama konusu malı geri alabildiği hallere uygun düşmemektedir. Aslında, tam da yukarıda zikredilen kısımlarda yer alan ve hukuki işlemi yapanın, öncelikle kendisini düşünmesi (*bencillik-se cogitat*) şeklinde ifade edebileceğimiz husus, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* açısından var olmayıp, bağışlayan, günün birinde öleceği düşüncesiyle bağışlamada bulunduğu hallerde, öncelikle kendisini düşünmemekte, aksine, oldukça cömert davranmaktadır. Zira, hiç kimse, öncelikle kendisinde kalmasını istediği bir malı, dışarıdan gelen bazı uyarıcıların etkisi olmaksızın, bir başkasına bağışlamaz. Simonius'a göre, *Iustinianus* hukuku ile uyumsuzluk içerisinde olmaları, zikredilen tanımların derleyicilerden kaynaklanmadığını, aksine *Iustinianus* öncesi hukuk dönemine ilişkin olduklarını kanıtlamaktadır. Öte yandan, metinler, klasik dönem hukukçularının tarzına da uymadığından, bunların, klasik hukuk döneminin sonlarında veya klasik sonrası hukuk döneminin başlarında yaşamış olan hukukçulara ait olması ihtimal dâhilindedir<sup>351</sup>.

Simonius'a göre, ölüme bağlı bağışlamanın, bir ölüm tehlikesinin varlığı halinde

---

<sup>351</sup>SIMONIUS, s. 80-81.

yapıldığı, *Paulus Sententia*'da daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. *Donatio mortis causa*'yı ele alan her iki bölümün başında da bu hususa ilişkin önemli bir emare bulunmaktadır<sup>352</sup>. Yazara göre, *Paulus Sententia*'da, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* hakkında hiçbir açıklamaya yer verilmediğinden, klasik sonrası hukuk dönemine ilişkin bu el kitabını yazanların faydalandıkları eski kaynakların da, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* hakkında bilgi vermedikleri varsayımında bulunmak mümkündür. Ayrıca, *Digesta*'da yer alan birçok fragmanda<sup>353</sup>, bir tehlikenin varlığı *donatio mortis causa* muamelesine başvurulmasının temelinde yatan saik olarak ele alınmıştır<sup>354</sup>.

Simonius'a göre, çok sayıda metinde, *donatio mortis causa*'nın yapılması sırasında bir tehlikenin (*periculum*) varlığının arandığı, bağışlayanın, bu tehlikeyi atlatmasının veya iyileşmesinin (*convalescere*), istirdat talebinin ileri sürülebileceği haller olarak belirtilmesi, ölüme bağlı bağışlamanın tereddüte mahal vermeyecek şekilde, bir ölüm tehlikesinin varlığı halinde yapıldığını doğrulamaktadır. Yazara göre, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bu metinlerin hiç birinde, *donatio mortis causa*'nın birçok türünden yalnızca bir tanesinin kast edilmek istendiğine ilişkin bir emareye de rastlanmamasıdır<sup>355</sup>.

Simonius'a göre, istisnâ bir durum olan *stipulatio mortis causa* ve *D.39.6.42 pr.*'da ele alınan bağışlama muamelesi dikkate alınmadığında, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'ten, yalnızca, “*periculo imminente*” ile karşılaştırma yapılan metinlerde söz edildiği sonucuna varılabilir. Yazara göre, gerek *D.39.6.2*, *D.39.6.31.2* ve *D.39.6.35.4*'de, gerekse *donatio mortis causa*'nın farklı türlerinin anlaşılmaz bir şekilde sıralandığı *D.39.6.13.1* ve *D.39.6.35.4*'de yer alan düzenlemeler, bu metinlere

---

<sup>352</sup>*Paulus Sent. 2.23.1: Mortis causa donatio est, quae impendentis metu mortis fit, ut ortu valetudinis peregrinationis navigationis vel belli.*

*Paulus Sent. 3.7.1: Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat, cui donatur.*

<sup>353</sup>*D.39.6.3 (Paulus libro VII ad Sabinum): Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinque mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundae,*

*D.39.6.4 (Gaius libro I rerum cottidianarum sive aureorum): Aut per insidiosa loca iturus,*

*D.39.6.5 (Ulpianus libro II institutionum): Aut aetate fessus;*

*D.39.6.6 (Paulus libro VII ad Sabinum): Haec enim omnia instans periculum demonstrant.*

<sup>354</sup>SIMONIUS, s. 81-82.

<sup>355</sup>SIMONIUS, s. 82. Bkz. *D.12.1.19 pr.*, *D.12.4.12*, *D.22.1.38.3*, *D.23.3.76*, *D.24.1.4*, *D.24.1.56*, *D.39.6.13 pr.*, *D.39.6.18 pr.*, *D.39.6.18.1*, *D.39.6.19*, *D.39.6.24*, *D.39.6.29*, *D.39.6.35.6*, *D.39.6.37.1* ve *D.39.6.39*.

örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenlemelerin çoğunda, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* ilk sırada belirtildiğinden, somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın, sadece günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle yapılan ölüme bağlı bağışlamanın, *donatio mortis causa*'nın çok fazla başvurulmayan talî bir türünü oluşturduğu varsayımında bulunarak bu ihtilâfın çözülmesi mümkün değildir<sup>356</sup>.

Simonius'a göre, tüm bu sebeplerden ötürü, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, Roma hukuk ilminin geç dönemlerinde ortaya çıkan bir yenilik olup, kavramın kökeni, derleyicilere dayanmamakla birlikte, en erken 4. yüzyıla dayandırılabilir. Yazara göre, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in, kısmen Doğu Roma (Bizans) hukuk ilmi tarafından veya tamamen derleyiciler tarafından, eski metinlere eklenmiş olduğu da ihtimâl dâhilindedir<sup>357</sup>.

Simonius'a göre, konuya ilişkin metinler detaylı bir incelemeye tâbi tutulduğunda, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in klasik sonrası döneme ilişkin bir yenilik olduğu düşüncesi daha da kuvvetlenmektedir. Zira, bu metinlerin tamamının *interpolatio*'ya uğradığına dair şüpheler söz konusudur. Bu metinlerden biri olan *D.39.6.2*<sup>358</sup>'nin *interpolatio* çalışmaları neticesinde değiştirildiği, *donatio mortis causa*'nın üç türünün akla uygun olmayan bir şekilde bir araya getirilmesinden anlaşılmaktadır. Bu metinde, *donatio mortis causa*'nın ilk olarak ele alınan türü farklı bir saik altında yapılmış olması sebebiyle diğerlerinden ayrılırken, diğer iki türü ise yapılan devir işlemlerinin farklılığından ötürü birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Yazara göre, *D.39.6.2*'de yer alan düzenlemeyi mantıklı bir şekilde açıklamak mümkün olmadığından, bu düzenlemenin, özensiz bir şekilde yapılmış *interpolatio* çalışmaları neticesinde böyle bir hâl aldığı sonucuna varılabilir<sup>359</sup>.

Simonius'a göre, *Paulus*'a ait bir metin olan *D.39.6.35*<sup>360</sup>'de yapılan sıralamanın da

---

<sup>356</sup> SIMONIUS, s. 83.

<sup>357</sup> SIMONIUS, s. 84.

<sup>358</sup> *D.39.6.2 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum )*: *Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

<sup>359</sup> SIMONIUS, s. 84-86.

<sup>360</sup> *D.39.6.35 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam)*: *Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae*

mantıktan yoksun oluşu, bu düzenlemenin, kesinlikle klasik dönem hukukçularına ait olmadığını göstermektedir. Bağışlayanın, bağışlama konusu malın herkesten çok kendisinde kalmasını istediği yönünde metnin ikinci paragrafında yapılan tanım ile *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'ten söz edilen dördüncü paragraf arasında bir çelişki söz konusudur. Dördüncü paragrafta ele alınan *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, istirdat hakkının varlığını, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi şartına bağlayan üçüncü paragraftaki düzenleme ile de uyuşmamaktadır. Metindeki bu çelişkili ifadeler, yalnızca, bu düzenlemenin *interpolatio*'ya maruz kaldığının varsayılması halinde çözülebilmektedir<sup>361</sup>.

Simonius'a göre, benzer sebeplerden ötürü, *D.39.6.31.2*<sup>362</sup>, de yer alan düzenlemenin de *interpolatio*'ya uğramış olması muhtemeldir. Yine, *D.39.6.13*<sup>363</sup>, de, *Marcellus* tarafından, *Iulianus*'a ait metne ilişkin olarak, neredeyse aynı ifadeler ile

---

*testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.*

1. *Donatio dicta est a dono quasi dono datum, rapta a Graeco: nam hi dicunt dwron kai dwreisvai.*

2. *Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: "Se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum".*

3. *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis conditio sequitur.*

4. *Mortis causa donatio fit multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest. nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui accepit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem donator.*

5. *Si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam societatem esse.*

6. *Si duobus debitoribus mortis causa donaturus creditor uni acceptum tulit et convaluerit, eligere potest, utri eorum condicat.*

7. *Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est et condicio eius cui expromissum est semel intuenda est.*

<sup>361</sup>SIMONIUS, s. 88-89.

<sup>362</sup>*D.39.6.31.2 (Gaius libro VIII ad Edictum provinciale): Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.*

<sup>363</sup>*D.39.6.13 (Iulianus libro XVII ad Digestorum): Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluerim.*

1. *Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator.*

D.39.6.35’de yapılan sıralamaya yer verilmiştir. Böylece, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, D.39.6.13’de yer alan düzenlemede de, *Iulianus* tarafından *condictio*’nun varlığına dayanak olarak gösterilen, bağışlayanın hastalıktan kurtulup iyileşmesi hali ile uyumsuz bir görünüm arz etmiştir. Yazara göre, D.39.6.13 *pr.* ve D.39.6.13.1 arasında akla uygun bir bağlantının eksikliği, D.39.6.13.1’de yer alan sıralamanın da derleyiciler tarafından metne dâhil edildiği izlenimi yaratmaktadır<sup>364</sup>.

Simonius’a göre, klasik hukuk döneminde, ancak bir ölüm tehlikesinin varlığı halinde *donatio mortis causa*’ya başvurulduğu gerçeği, bu hukuk kurumunun tanımıyla da açıklığa kavuşmaktadır. *Donatio mortis causa*, ölüme bağlı tasarrufta bulunmak amacıyla kullanılan ve bu amaca hizmet edecek şekilde geliştirilen bir bağışlama muamelesi niteliğindedir. Ölüme bağlı bağışlamanın ifasını sağlayan neredeyse bütün hukukî işlemler, bağışlayanın, bağışlama konusu malı derhal kaybetmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Ölüme bağlı bağışlamanın en çok başvurulmuş türünde, mülkiyet ve zilyetlik derhal devredilmiş ve hatta, *donatio mortis causa*, şarta bağlı olarak yapılan *traditio* muamelesi ile ifa edilmiş olsa bile, bağışlama konusu olan mal üzerindeki tasarruf yetkisi fiilen kaybedilmiştir. Sadece, tasarruf sahibi yaşadığı müddetçe kendisine ait olmaya devam eden eşyanın, tasarruf sahibinin ölümünden sonraki kaderini belirleyen hukukî muameleler, ölüme bağlı tasarruf muamelesi niteliğine sahip olduklarından; devir işleminin derhal yapıldığı hallerde *donatio mortis causa*’nın varlığından söz edilebilmesi için, bu işlemin neticelerinin ölüm sırasında meydana gelmesi gerekmiştir<sup>365</sup>.

Bağışlama konusu mal bir ölüm tehlikesi göz önünde bulundurularak devredilmiş ve bu malın nihaî olarak kaybedilmesi, bağışlayanın bu tehlike yüzünden hayatını kaybetmesi şartına bağlanmışsa, bu devir işlemi, aslında, ölüm anında vuku bulan devir işleminin etkisine sahip olurdu. Ancak, bağışlama konusu malın ölümün vuku bulmasından uzun yıllar önce bağışlanana devredilip teslim edildiği ve bağışlayanın, yalnızca bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde istirdat talebinde bulunabileceğinin kararlaştırıldığı hallerde işin niteliği değişirdi. Zira, bu durumda, muamelenin nihaî olarak hükümlerini doğurması bağışlananın bağışlayandan daha uzun yaşamasına bağlı olsa da, bağışlayan, henüz hayattayken, bağışlama konusu

---

<sup>364</sup>SIMONIUS, s 89-90

<sup>365</sup>SIMONIUS, s. 90-91

malı kullanma ve bu maldan yararlanma imkânından yoksun kaldığından, bu şekilde yapılmış bir ölüme bağlı bağışlama muamelesi ölüme bağlı tasarruf muamelesi niteliğini haiz olamamaktaydı<sup>366</sup>.

Ölüme bağlı bağışlamanın, zamanla miras hukukuna ilişkin kurallara tâbi tutulmasından ve *Iustinianus*'un, *legatum* ile *donatio mortis causa*'yı eşitleme çabalarından anlaşıldığı üzere, *donatio mortis causa*, klasik sonrası hukuk döneminde de, esas itibariyle bir ölüme bağlı tasarruf muamelesi olarak görülmüştür. Bu nedenle, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in, bu düşünce ile tamamen çeliştiği ihtimâl dışıdır. *Simonius*'a göre, aslında, klasik sonrası hukuk döneminde, *mortis causa* bağışlamada bulunan kimsenin sahip olduğu genel cayma hakkı, ölüm tehlikesi bulunmaksızın yapılan bir devir işleminin de ölüme bağlı tasarruf olarak görülmesini sağlamıştır. Bağışlayanın, sırf bu muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık nedeniyle bir istirdat hakkına sahip olduğu hallerde, muamelenin diğer tarafı, gerçek anlamda kendisine bağışta bulunulmuş kimse olarak görülmüyordu. Zira, bağışlayan, bağışlama konusu malın yerine bir hakka sahip olduğundan ve bu hakkın talep ve dava edilmesi, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde ileri sürülebilen istirdat hakkında olduğu gibi bir şartın gerçekleşmesine bağlı olmadığından; bağışlama konusu malın, bağışlayanın öldüğü ana kadar, kendisinin malvarlıksal değerleri arasından çıktığından henüz söz edilememektedir<sup>367</sup>.

*Donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in varlığı, bu şartlar altında açıklanabilir gibi görünse de, muamelenin kökenine ilişkin yeterli bilgiye hâlâ ulaşamamaktadır. Bağışlama konusu malın iadesinin, yalnızca, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi şartına bağlandığı ve bağışlayanın muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle rücu etme imkânına sahip olmadığı hallerde, bağışlama, bir ölüme bağlı tasarruf ve dolayısıyla *donatio mortis causa* muamelesi olarak addedilememektedir. Buna karşılık, muamelenin *donatio mortis causa* olarak nitelendirilmesi, cayma hakkının (Reurecht) kararlaştırılabilmesi için bir ön koşul (*ex natura negotii*) mahiyetinde olup, bu durum, aslında, kısır bir döngünün oluşmasına sebebiyet vermektedir. *Simonius*'a göre, muameleden rücu hakkının açıkça

---

<sup>366</sup>SIMONIUS, s. 91.

<sup>367</sup>SIMONIUS, s. 91-92.

kararlaştırılmış olması, klasik dönem hukukçularına göre, olağan bağışlama muamelesinin *donatio mortis causa*'ya dönüşmesine yol açmasa da, rücu hakkının açıkça belirtilmesi yönünde bir gelişmenin cereyan ettiği farzedilebilir<sup>368</sup>.

### **C.Donatio Mortis Causa Sola Cogitatione Mortalitatis'in Klasik Hukuk Dönemindeki Görünümü**

Simonius'a göre, ölüm tehlikesinden bağımsız olarak ve bir cayma hakkının varlığı kabul edilmeden düzenlenen bir bağışlama muamelesi, yalnızca, muamelenin, bağışlayanın ölümünden önce hiçbir hukukî ve fiilî netice yaratamayacağının kabul edilmesi halinde, ölüme bağlı tasarruf olarak addedilebilmiştir. Bu netice ise, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesinin geciktirici şart olarak tayin edildiği *stipulatio (stipulatio mortis causa)* ile sağlanabilmiştir. Yazara göre, kaynaklarda da taahhüde dayalı olarak kurulmuş *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'e ilişkin emarelere rastlanmaktadır. Buna göre, *dos recepticia*<sup>369</sup>'nın söz konusu olduğu hallerde, kocanın, cihazı tesis eden kadının ölümü halinde, onu, üçüncü bir şahsa vereceği yönündeki taahhüdünün “*donatio mortis causa*” olarak nitelendirilmesi mümkündür (C.8.56.2.2 ve D.31.77.2). D.33.4.11'de *stipulatio mortis causa* olarak nitelendirilen bu *stipulatio*'nun, daima, gerçekleşmesi yakın ve muhakkak olan bir tehlike ile karşı karşıya kalan bir kadın tarafından düzenlendiği düşünölmeyeceğinden, klasik hukuk döneminde, *stipulatio mortis causa*'nın, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in bir türü olduğu sonucuna varılabilir<sup>370</sup>.

Simonius'a göre, D.39.6.42 pr.<sup>371</sup>'da ele alınan bağışlama muamelesi de, klasik

<sup>368</sup>SIMONIUS, s. 92-93. D.39.6.13.1 ve D.39.6.35.4'de yer alan düzenlemeler haricinde, klasik hukuk dönemine ilişkin kaynaklarda, açıkça kararlaştırılmış cayma hakkına ilişkin herhangi bir emareye rastlanmamaktadır. SIMONIUS, s. 93, dn. 5.

<sup>369</sup>*Dos Recepticia*: Tesis edilirken yapılan bir *stipulatio* ile kocanın, muayyen hallerde cihazı geri vereceği hükmü konulan cihaz. UMUR, Lügat.

<sup>370</sup>SIMONIUS, s. 94.

<sup>371</sup>D.39.6.42 pr. (Papinianus libro XIII ad Responsorum): *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietates ad eam rediret, si postea superstitionibus liberis titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Ilitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis titii restitutum. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur?*

hukuk döneminde, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*'in bir diğer görünüm şeklini teşkil etmiştir. İçerdiği açıklığa kavuşturulamamış hususlar sebebiyle ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin en meşhur düzenleme olan bu metinde, herhangi bir ölüm tehlikesine bağlı olmaksızın yapıldığı açık olan bağışlama muamelesinin, *Papinianus* tarafından da *donatio mortis causa* olarak ele alınıp alınmadığının tesbiti, konunun aydınlatılabilmesi açısından önemlidir<sup>372</sup>. Yazara göre, “*donatio mortis causa*” ifadesi, metnin sonlarına doğru, “*utrum ergo . . . haberet*” ve “*sed denegari . . . factam videri*” cümleleri içerisinde ilk kez kullanılmış olup, dilsel ve içeriksel belirtilerden yola çıkılarak, metnin bu kısmının *interpolatio*'ya uğradığı ve ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin öğretiyeye derleyiciler tarafından eklendiği sonucuna varılabilir<sup>373</sup>.

Simonius'a göre, metinde, *liberi*<sup>374</sup>,nin lehine yapılan teminata ilişkin *stipulatio*'nun (Kautionsstipulatio), *Titus* lehine bağışlama sebebiyle yapılan temlikten bağımsız bir bağışlama taahhüdü olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağışlama taahhüdü ise, *Seia*'nın ölümü sırasında *Titius*'un çocuklarının hayatta olması şartına bağlı *stipulatio mortis causa* niteliğinde olup, bu *stipulatio*'nun, *lex Falcidia*'nın hükümlerine tâbi tutulması, *Titus*'a yapılan bağışlama muamelesinin mahiyeti hakkında herhangi bir sonuca varılmasına imkân vermemektedir. Yazara göre, metinde yer alan

---

*Utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. Sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.*

<sup>372</sup> Rüger'e göre de, D.39.6.42 pr.'da yer alan düzenleme, *donatio mortis causa* muamelesine ilişkin en zor metinlerden biri olup, bu metne ilişkin birbiri ile çelişkili çok sayıda *interpolatio* iddiasının varlığı da şaşırtıcı değildir. Metne dair birçok husus belirsizliğini korumakta olup, yapılan tartışmalara rağmen, meselenin özüne ilişkin ihtilâflar devam etmektedir. Rüger'in Simonius'dan ayrıldığı nokta ise, *Seia* ile *Titius* arasındaki muamelenin, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi şartına bağlı *donatio mortis causa* olarak nitelendirilmesi gerektiği hususudur. Buna göre, *Seia*, akrabası *Titius*'a, *Titius*'un daha önce ölmesi halinde (*si Titius ante ipsam vita decessisset*), bağışlama konusu malların mülkiyetinin yine kendisine geçmesi (*proprietas ad eam rediret*) hususunda anlaşmak suretiyle, bütün malvarlığını (*bona sua*) bağışlamıştır. Rüger'e göre, taraflar arasında, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi şartına bağlı *donatio mortis causa* muamelesi yapılmış olup, bu şart, ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından *essentialia negotii* mahiyetindedir. *Titius*'un *Seia*'dan önce ölmesi halinde *Seia*'nın mülkiyet hakkını tekrar kazanacağı, buna karşılık, *Seia*'nın ölümünden sonra, hayatta olmaları şartıyla, bağışlama konusu malların mülkiyetinin *Titius*'un çocuklarına geçeceği (*si postea superstibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent*) kararlaştırılarak alınlmamış bir durum yaratılmıştır. Metinde ele alınan mesele, *Seia*'nın *Titius*'a ilk olarak çıplak mülkiyeti (*nuda proprietas*) devretmesi, yani, bağışladığı mallar üzerinde kendisi lehine intifa hakkını saklı tutması sebebiyle daha karışık bir hal almıştır. RÜGER, s. 45.

<sup>373</sup> SIMONIUS, s. 95-96.

<sup>374</sup> *Liberi*: Hâkimiyeti altında bulunsun veya bulunmasın, bir kimsenin, kız veya erkek, ilk dereceden füruu. UMUR, Lügat.

düzenlemenin bu şekilde yorumlanması gerekirken, metin üzerinde yapılan *interpolatio* çalışmaları, farklı bir değerlendirme yapılması zorunluluğunu beraberinde getirmiştir. Buna göre, *Titius*'un ölümü üzerine, çocukları tarafından ileri sürülebilecek istihkak iddiasını (*rei vindicatio*) sonuçsuz bırakabilmek için, *Seia*, *Titius*'un çocukları lehine teminat göstermek zorunda kalmıştır. Ancak *Seia*, bu teminatı sağlamak amacıyla, yeni bir bağışlama muamelesi yapmamış, sadece, *Titius* ile yapmış olduğu bağışlama muamelesinin ifasını garanti etmiştir. Böylece, *Titius* lehine yapılan ve *donatio mortis causa* olarak nitelendirilmesi gereken muamele, *lex Falcidia*'nın hükümlerine başvurulabilmesinin dayanak noktası olmuştur<sup>375</sup>.

Bir malın bağışlanmasının ölüme bağlı tasarruf ve dolayısıyla *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebilmesi, bağışlayanın, henüz hayattayken, bağışlama konusu maldan tamamen veya en azından kısmen mahrum kalmamasını zorunlu kılmaktaydı. Bağışlayanın bağışlama konusu mal üzerinde intifa hakkını saklı tutması, malın malik sıfatıyla kullanılmasına ve bu maldan malik sıfatıyla yararlanmaya eş değer olmasa da, *Papinianus*'un, taraflar arasında *donatio mortis causa* muamelesi kurulduğunu varsayması için yeterli olmuştur<sup>376</sup>.

*Seia* tarafından yapılan *donatio mortis causa*'yı *donatio retento usufructu*'dan ayıran nokta ise, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde ileri sürülebilen istirdat hakkı<sup>377</sup> ve dolayısıyla *Seia* ve *Titius* arasında yapılan bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurmasının, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geçkitirici şartına bağlanmasıdır. Tasarrufta bulunan kişi tarafından belirlenen şahsın, tasarrufta bulunan kişiden daha uzun yaşaması da, aynı şekilde, bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından söz edilebilmesi için ön şart teşkil etmiştir<sup>378</sup>.

Bağışlayanı ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden ölüm tehlikesinin gerçekten mi mevcut olduğu, yoksa, yalnızca bağışlayanın kuruntusundan mı kaynaklandığı, *donatio mortis causa* açısından genel olarak önemsizdir. Aslında, bir

---

<sup>375</sup>SIMONIUS, s. 96.

<sup>376</sup>SIMONIUS, s. 96-97.

<sup>377</sup>*Titius*'un çocukları lehine muameleye eklenen şart, *Seia*'nın, *Titius*'un kendisinden önce ölmesi sebebiyle sahip olduğu istirdat hakkını sınırlandırsa da, istirdat talebinin, anlamını değiştirmemektedir. Zira, *Seia*'nın istirdat talebinde bulunabilmesinin nihai şartı, bağışlananın (*Titius*) ve onun mirasçılarının (*Titius*'un çocukları) kendisinden önce ölmeleridir. SIMONIUS, s. 97, dn. 9.

<sup>378</sup>SIMONIUS, s. 97.

ölüm tehlikesi karşısında yapılan her bağışlama muamelesi değil (D.39.6.42.1), sadece, bilerek ve isteyerek ölüme bağlı bağışlama olarak tesis edilen muameleler, kendiliğinden, *donatio mortis causa* muamelesi haline geldiklerinden, hukuk ilmi, bu tehdidin ciddiyetine göre ayırım yapılmasını gerektirecek herhangi bir gerekçeye ihtiyaç duymamıştır<sup>379</sup>.

Bir bağışlama muamelesinin *donatio mortis causa* olarak görülmesi, muamelenin tarafları için birçok sakıncayı beraberinde getirmekte; buna karşılık taraflar, *donatio mortis causa* muamelesine başvurmak suretiyle ulaşmak istedikleri amaçların birçoğuna olağan bağışlama muamelesi düzenlemek suretiyle de ulaşabilmekteydiler. Bu durumun istisnası ise, karı-koca (eşler) arasındaki ölüme bağlı bağışlama muamelesidir. Çünkü, eşler arasında (*Inter virum et uxorem*) yapılan olağan bağışlama muameleleri tamamen geçersiz olup; M.S. 206 tarihinde eşler arasındaki bağış yasağını yumuşatmak üzere *Caracalla*'nın teklifi üzerine çıkarılan *senatus* kararından (D.24.1.32) önce, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi halinde dahi geçerlilik kazanamazken, karı-koca arasında yapılan ve bağışlananın bağışlama konusu malın mülkiyetini bağışlayan eşin ölümünden önce iktisap edemediği *donatio mortis causa* muamelesi, hukuken geçerli bir şekilde düzenlenebilmiştir. Böylece, eşler, uydurma bir tehlikeye (*periculum*) dayanarak düzenledikleri *donatio mortis causa* muamelesi sayesinde, kanunu dolanma (kanuna karşı hile) yoluyla, eşler arasındaki bağış yasağından kaçınabilmişlerdir. Böyle bir olanağın varlığı ise, hukukçuları, bağışlayanı ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden ölüm tehlikesinin gerçek olup olmadığı üzerinde durmaya sevk etmiştir<sup>380</sup>:

*D.39.6.43 (Neratius libro I ad Responsorum): Fulcinius: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne suscepit, non quaerendum. Quod magis tuendum est.*

Metinden anlaşıldığı üzere, *Fulcinius*'a göre (M.S. 1. yy), bağışlayanın öleceğine ilişkin olarak duyduğu korkunun kuvvetli bir gerekçeye dayanması (sehr begründet-*iustissimus*) gerekirdi. *Neratius* ise, muhtemelen bu yaklaşımı biraz hafifletmek

---

<sup>379</sup>SIMONIUS, s. 99

<sup>380</sup>SIMONIUS, s. 99.

isteyerek, bağışlayanın kendisini ölüme yakın hissetmesinin yeterli olacağını belirtmiştir.

Simonius'a göre, bağışlayanın, gerekçesiz bir biçimde kendisinin tehlikede olduğuna inandığı hallerde dâhi, *donatio mortis causa*'ya başvurabileceğini açıkça (*expressis verbis*) zikreden cümle (*quam iuste. . .*), bu metne sonradan eklenmiş gibi görünmektedir (*glossa*). Yazara göre, bu cümle metinden çıkarıldığında, *Neratius*'a ait olan ifadenin, gerekçelendirilmiş olmakla birlikte mutlak olmayan bir tehlikenin varlığının arandığı hususunu aydınlatan ve sadece, *Fulcinius*'a ait ifadeleri açıklığa kavuşturmak üzere yazılan bir *Glossa* olma ihtimali doğmaktadır<sup>381</sup>.

## VI.BAĞIŞLAYANIN İSTİRDAT HAKKI

### A.İstirdat Hakkının Varlığının Muamelenin Esaslı Unsuru Niteliğinde Olup Olmadığı Hususunda İleri Sürülen Görüşler

İstirdat talebinin (Rückforderung) maddi koşulları, *donatio mortis causa* açısından tartışmalıdır. Ölüme bağlı bağışlamadan rücu edilebilmesinin (Widerruf-revocatio), bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden somut bir ölüm tehlikesini atlatması veya bağışlayanın fikrini değiştirmiş olması sebeplerine dayandırılması, konunun ele alınmasının çıkış noktalarıdır (*D.39.6.13.1; D.39.6.35.4; I.2.7.1*).

Bağışlayanın fikrini değiştirmiş olması sebebiyle ölüme bağlı bağışlamadan rücu etmesine ilişkin olarak, kaynaklarda, *revocatio ex paenitentia*<sup>382</sup> veya sadece *mutata voluntate resituere*<sup>383</sup>, den söz edilmektedir<sup>384</sup>. Klasik hukuk döneminde, bağışlayanın, yaşadığı müddetçe istediği zaman muameleden dönme hakkına (Widerrufsrecht) sahip olup olmadığı (*ex paenitentia*) hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı yazarlara göre, genel nitelikteki cayma hakkı (*revocatio ex paenitentia*), klasik hukuk dönemine ilişkin metinler üzerinde *Iustinianus* döneminde yapılan *interpolatio* çalışmaları nedeniyle bu metinlerdeki yerini almış olup, bu hak,

<sup>381</sup>SIMONIUS, s. 100.

<sup>382</sup>*D.24.1.22; D.39.6.30; Paulus Sent. 3.7.2; I.2.7.1; Nov. 87.*

<sup>383</sup>*D.39.6.13.1; D.39.6.35.4.*

<sup>384</sup>RÜGER, s. 221

aslında, klasik sonrası hukuk döneminin bir ürünüdür. Bağışlayanı *donatio mortis causa* muamelesi düzenlemeye sevk eden somut bir ölüm tehlikesinin atlatılmasından sonra<sup>385</sup> veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde (*si ille qui accepit prior decesserit*)<sup>386</sup>, istirdat talebinde bulunabilme hakkının (Rückforderungsrecht) klasik hukuk dönemindeki varlığı, konuya ilişkin kaynaklardan anlaşıldığı üzere, tartışmasız bir şekilde kabul edilmekteydi<sup>387</sup>.

XIX. yy'ın sonlarına, başka bir deyişle, Pandekt hukuk ilminin ortaya çıkışına kadar, konuya ilişkin literatürde, cayma hakkının klasik hukuk dönemindeki varlığına ilişkin herhangi bir tartışmadan söz edilmemiştir. Bu dönemde, daha ziyade, *donatio mortis causa*'nın iptal edilebilirliğinin bu muamelenin adeta tabî bir sonucu olduğuna dair geniş bir muvafakat söz konusuydu<sup>388</sup>. Bu dönemde tartışılan konu, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılarak ve *donatio mortis causa*'nın karakteristik yapısına zarar vermeksizin, bağışlayanın, muameleden istediği zaman cayabilme hakkından feragat edebilip edemeyeceğiydi. Azınlıkta kalan görüş, bağışlayanın bu haktan feragat edemeyeceğini kabul ederken, ikna edici gerekçelere dayanan baskın görüşe göre, bağışlayanın cayma hakkından feragat etmesi mümkündür<sup>389</sup>.

XX. yy'dan itibaren, *interpolatio* araştırmalarına önem verilerek, gerçek Roma hukuku olarak nitelendirilebilecek klasik Roma hukukunu, *Iustinianus* hukukundan ayıran özellikler saptanmaya çalışılmıştır. Zira, klasik Roma hukuku, XVI. yy'da *Corpus Iuris Civilis* adı verilen kanunnameye alınırken, değişikliklere tâbi

<sup>385</sup>Bağışlayanın bir hastalığa yakalanması, kendisini ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden tehlikeli durumlar arasında en sık rastlanılan olduğundan, kaynaklarda, hayatî tehlikeye ilişkin olarak en çok karşılaşılan kavram da *convalescere* (iyileşmek) olmuştur. Bkz. *Africanus D.39.6.24*; *Gaius D.39.6.31.3*; *Iulianus D.12.1.19, D.24.1.4; D.39.6.13 pr.; D.39.6.13.1; D.39.6.16; D.39.6.18 pr.; D.39.6.18.2; Marcellus D.40.1.15; Paulus D.12.4.12; D.39.6.35.3; D.39.6.35.4; D.39.6.35.6; D.39.6.39; Scaevola D.24.1.56; Tryphonin D.23.3.76; Ulpianus D.39.6.29; D.39.6.37.1*. RÜGER, s. 221, dn 4.

<sup>386</sup>*Iulianus D.39.6.13.1; Paulus D.39.6.35.4; I. 2.7.1*. RÜGER, s. 222, dn.5

<sup>387</sup>RÜGER, s. 221-222; BUCKLAND, Manuel, s. 150. Rüger'e göre, *revocatio ex paenitentia*'yı, istirdat talebine dayanak teşkil eden diğer iki sebepten ayırmak için "cayma hakkı-Reurecht" teriminin kullanılması yerinde olacaktır. RÜGER, s. 222.

<sup>388</sup>"Muamelenin iptal edilebilmesi hakkı, *donatio mortis causa*'nın tabii yapısının bir sonucudur." COHEN, s. 12. "Cayma hakkı *donatio mortis causa* muamelesi için elbette bilinen bir husus olup bu hak, ölüme bağlı bağışlamanın karakteristik bir özelliği niteliğindedir." PERNICE, A., Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Band 3, 1. Abt., Halle 1892, s. 263, 266, zikr. RÜGER, s. 222-223. Bağışlayanın, ölüme bağlı bağışlama muamelesinden rücu edemeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde, taraflar arasındaki muamelenin, teknik anlamda, *donatio mortis causa* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. BUCKLAND, Elementary, s. 101.

<sup>389</sup>RÜGER, s. 222-223.

tutulmuştur. *Interpolatio* araştırmalarına ilişkin olarak yazılmış eserlerden birinde, Manns<sup>390</sup>, cayma hakkını, *Iustinianus* hukuku tarafından getirilen bir düzenleme olarak nitelendiren ilk kişi olmuş ve bu görüş, kendisi ile aynı kanıda olan Gradenwitz<sup>391</sup> tarafından ortaya konulan argümanlarla kuvvetlendirilmiştir. Ancak, her iki yazar da, cayma hakkını sağlar arası muameleler açısından ele almış ve Manns, bu konuda ortaya koyduğu esas iddiası ile çelişkiye düşmeyecek şekilde, cayma hakkının, *donatio mortis causa* muamelesi açısından, daha erken bir zamanda olmamakla birlikte, *Iulianus*'tan itibaren<sup>392</sup> mevcut olduğunu kabul etmiştir<sup>393</sup>.

Lenel<sup>394</sup>, bağışlayanın, klasik hukuk döneminde, fikrini değiştirmiş olması sebebiyle (*ex paenitentia*) *donatio mortis causa* muamelesinden rücu edemeyeceği, yani, muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle cayma hakkına sahip olmadığı yönündeki görüşe kuşkuyla yaklaştığını, *paenitentia* ile ilgili metinleri<sup>395</sup> teker teker ele almak suretiyle ortaya koymuştur. Cugia<sup>396</sup> ise, sistematik bir yaklaşım ortaya koyarak, klasik hukuk döneminde, bağışlayanın, bu nitelikte bir cayma hakkına sahip olmadığını iddia etmiştir. Biondi<sup>397</sup>, Cugia ile aynı yönde görüş beyan ederek, klasik hukuk döneminde, yalnızca, bağışlayanın iyileşmesi (*si donator convaluerit*) ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi (*si ille qui acceperit prior decesserit*) hallerinde istirdat talebinde bulunulabileceğini ve bağışlayanın genel nitelikte bir cayma hakkına (Reurecht) sahip olmasının, yalnızca *stipulatio* ile kararlaştırılabileceğini kabul etmiştir. Bonfante<sup>398</sup>, Biondi tarafından ileri sürülen görüşe itiraz etmiş; Suman<sup>399</sup> ise, Biondi'nin kendi görüşünü desteklemek amacıyla konuya ilişkin metinlerin *interpolatio*'ya maruz kaldıkları yönündeki kapsamlı faraziyesini açık bir şekilde eleştirmiştir.

---

<sup>390</sup>MANNS, F., Das Pönitenzrecht, Berlin 1880, s. 30-32, zikr. RÜGER, s. 223.

<sup>391</sup>GRADENWITZ, O., Interpolationen in den Pandekten, Berlin 1887, s. 146-169, zikr. RÜGER, s. 223.

<sup>392</sup>M.S. 332-363 yılları arasına denk düşen bu dönem, klasik sonrası hukuk devri ile *Iustinianus*'tan önceki dönem arasındaki zaman dilimini ifade etmektedir.

<sup>393</sup>RÜGER, s. 223.

<sup>394</sup>LENEL, O., Palingenesia iuris civilis, 2 Bände, Leipzig 1889, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>395</sup>D.39.6.15, D.24.1.13.1, D.24.1.22, D.39.6.13.1, D.39.6.15, D.39.6.16, D.39.6.30.

<sup>396</sup>CUGIA, S., L'espressione "mortis causa", Napoli 1910, s. 88-92, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>397</sup>BIONDI, B., Appunti interno alla donatio mortis causa, in: ders., Scritti giuridici, Band 3 (diritto romano-diritto privato), Milano 1965, 735-773 (ex 1914), s. 758, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>398</sup>BONFANTE, P., La diatheke ellenica e la „donatio mortis causa“, in: ders., Scritti giuridici varii, Band 1: Famiglia e successione, Torino 1926, 417-429, s. 427, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>399</sup>SUMAN, A., "Favor Testamenti" e "voluntas testantium", Roma 1916, s. 204-211, zikr. RÜGER, s. 224.

Nitekim Biondi<sup>400</sup>, bu konuda daha önce ortaya koyduğu görüşünü dikkatli bir şekilde reddetmek suretiyle, bağışlayanın, *donatio mortis causa* muamelesinden her zaman rücu edebileceğini ifade etmiştir. Archi<sup>401</sup> ise, *Paulus Sent. 3.7.2*'de yer alan düzenlemeye dayanarak, cayma hakkının klasik hukuk devrinden, klasik sonrası hukuk devrine geçiş döneminde ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Romanist hukuk biliminin İtalya'daki en önemli temsilcileri olan Di Paola<sup>402</sup> ve Amelotti<sup>403</sup>, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin olarak ortaya koydukları eserlerde, cayma hakkının klasik hukuk dönemindeki varlığını şiddetle reddetmiş ve kendi görüşlerinin aksini ortaya koyan metinlerin ise *interpolatio*'ya uğradığını belirtmişlerdir.

Fransız Romanist hukukçu Senn<sup>404</sup>, *donatio mortis causa*'ya, *fiducia cum amico*<sup>405</sup>, nun uygulanma biçimi olarak başvurulmuş hallerde, cayma hakkının varlığının kabul edilebileceğini; fakat bağışlama iradesi (*animus donandi*) ile taahhütte bulunulan *stipulatio mortis causa*'nın söz konusu olduğu hallerde, cayma hakkının varlığından söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Cuq<sup>406</sup> ise, cayma hakkını, klasik sonrası hukuk devrinin ve fakat *Iustinianus*'tan önceki dönemin kurumu olarak tasnif ederken, Girard<sup>407</sup>, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa*'dan serbestçe rücu edilebilmesini (*Widerruflichkeit*), bu muamelenin karakteristik bir özelliği olarak görmüştür.

<sup>400</sup>BIONDI, B., Successione testamentaria e donazioni, Milano 1955, s. 712, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>401</sup>ARCHI, G. G., La donazione: corso di diritto romano, Milano 1960, s. 257, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>402</sup>DI PAOLA, s. 61-93, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>403</sup>AMELOTTI, M., La „donatio mortis causa“ in diritto Romano, Milano 1953, s. 207-210, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>404</sup>SENN, F., Études sur le droit des obligations, Tome premier, I.: Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort, Paris 1914, s. 46-49 ve s. 64-66, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>405</sup>*Fiducia cum amico*'da (dostlarla yapılan inançlı işlem) bir kişi, kendi malını daha güvencede olması için, mülkiyetini geçirmek suretiyle, bir arkadaşına bırakırdı. Böylece, ya inanç konusunun korunması, gözetilmesi ya da bir şeyin satılması veya üçüncü kişiye devredilmesi sağlanırdı. *Commodatum* (âriyet), *depositum* (vedia), *mandatum* (vekâlet) sözleşmelerinin *ius civile* tarafından henüz tanınmadığı eski devirlerde, malını bir süreliğine kullanması, saklaması veya satması gibi amaçlarla bir dostuna bırakmak isteyen kişi, *fiducia* yoluyla malının mülkiyetini karşı tarafa geçirirdi. Alan, malı kullandıktan sonra veya istendiği zaman, mülkiyetini eski malike devretmek borcu altına girerdi. Böylece, bir şeyin saklanması için, âriyet amacıyla, yedimeine tevdi amacıyla, vekâlet amacıyla, *mancipatio* veya *in iure cessio* yollarıyla devretmek üzere satış için tevdi amacıyla, dava takibi amacıyla, bağışlama amacıyla veya ölüm nedeniyle bağışlamada bulunmak amacıyla *fiducia cum amico*'ya başvurulurdu. *Fiducia cum amico*'ya metinlerde daha az rastlanmaktadır ve anlaşıldığı kadarıyla alanı gittikçe daraltılmıştır. OĞUZ, A., Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmesinin Karşılaştırılması, AÜHFD, c. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 236-237.

<sup>406</sup>CUQ, É., Manuel des institutions des Romains, Paris 1917, s. 798, zikr. RÜGER, s. 224.

<sup>407</sup>GIRARD, P. F./SENN, F., Manuel élémentaire de droit romain, 8. Aufl., Paris 1929, s. 1003, zikr. RÜGER, s. 224.

Almanya’da bu konuda yazılmış eserlere bakıldığında, Haymann haricinde, genel olarak Cugia tarafından ortaya konulan görüşün desteklendiğini söylemek mümkündür. Rüger’e göre, Simonius’un, klasik hukuk döneminde genel bir cayma hakkının varlığını reddetmek suretiyle ortaya koyduğu görüşünü desteklemek amacıyla gösterdiği çaba, bu alanda kendisinden önce çalışmış olan Di Paola ve Amelotti’nin gösterdikleri çabadan daha fazladır. Keza bu konu, 1950’li yıllarda *donatio mortis causa*’ya ilişkin olarak yazılmış bu üç monografik çalışmanın üzerinde uyuştukları tek konu olma özelliğine sahiptir<sup>408</sup>.

Cayma hakkının klasik hukuk dönemindeki varlığını inkâr eden eserlerde yer alan görüşlere bakıldığında, bu görüşlerin, daha ziyade, soyut gerekçelere dayandırıldığı ve kaynaklarda yer alan metinler ile desteklenen argümanların sayısının oldukça az olduğu anlaşılmaktadır. Rüger’e göre, cayma hakkının varlığını tamamen reddeden bir metne hiçbir yazar tarafından işaret edilememesinin sebebi, kaynaklarda böyle bir metne zaten rastlanamamasıdır. Buna karşılık, kaynaklarda yer alan metinlerin *interpolatio*’ya maruz kaldığına dayanan eserlerde, genel bir cayma hakkının varlığı bunu doğrulayan metinler ile desteklenmektedir<sup>409</sup>.

Simonius, klasik hukuk döneminde cayma hakkının varlığını reddederken, bu hakkı açıkça veya örtülü bir şekilde belgeleyen metinlere dayanmış ve kendi görüşünü desteklemek için, bütün bu metinlerin *interpolatio*’ya maruz kaldıklarını ileri sürmüştür<sup>410</sup>. Amelotti de, Simonius tarafından zikredilen metinlere dayanarak *interpolatio* iddiasında bulunmakta, ancak bir gerekçe göstermemektedir<sup>411</sup>.

Cayma hakkının ilk olarak klasik sonrası hukuk döneminde ortaya çıktığını iddia

---

<sup>408</sup>RÜGER, s. 224-225.

<sup>409</sup>RÜGER, s. 227

<sup>410</sup>SIMONIUS, s. 127 vd.: *D.12.1.19 pr.*; *D.39.6.15*; *D.39.6.16*; *D.39.6.30*; *D.40.1.15*; *D.24.1.13.1*; *D.24.1.22*. Simonius, *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*’in klasik hukuk dönemindeki mevcudiyetini reddederken, bu saikle yapılmış bir muamelede, bağışlayanın bir cayma hakkına sahip olmasının zorunlu bir unsur olduğuna fakat klasik hukuk döneminde cayma hakkının varlığından söz edilemeyeceğine dayanmaktadır. Yazar, bağışlama muamelesinden rücu edilebileceğine ilişkin ifadeler içeren *D.24.1.22*’de yer alan düzenlemeye ilişkin olarak, *Ulpianus*’un, bağışlayanın fikrini değiştirmiş olması sebebiyle ölüme bağlı bağışlamadan rücu etmesini, bağışlayanın bu yöndeki iradesi (*animus*) ile gerekçelendirmiş olamayacağını, zira, klasik hukukçuların genel bir cayma hakkını tanımadıklarını düşünmektedir. Simonius, ayrıca, klasik hukuk döneminde cayma hakkının mevcut olmadığı yönünde ileri sürdüğü görüşü desteklemek amacıyla, *fideicommissum a debitore relictum* ve *donatio mortis causa* muamelesinde bağışlananın *fideicommissum* ile yükümlendirilmesi imkânı arasındaki yakın ilişkiyi de görmezden gelmiştir. Bkz. SIMONIUS, s. 92, 286, 71.

<sup>411</sup>AMELOTTI, s. 208, zikr. RÜGER, s. 227.

eden yazarlar<sup>412</sup>, bağışlayanın dilediği zaman *donatio mortis causa*'dan rücu edebileceğinin, bir diğer ifadeyle cayma hakkına (Reurecht) sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, istirdat talebinin ileri sürülebileceği iki özel durumun [somut bir ölüm tehlikesininin atlatılması (Konvaleszenz) ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi (Prämorienz)], herhangi bir anlam taşımayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu yazarlar<sup>413</sup>, ayrıca, bağışlayanın dilediği zaman ölüme bağlı bağışlamadan rücu edebileceği yönündeki hükümlerin, *donatio mortis causa*'nın *legatum* ile eşitlenmesi hususunda *Iustinianus* tarafından öngörülen düzenlemenin hukukî dayanağını teşkil ettiğini düşünmektedirler<sup>414</sup>.

Klasik hukuk döneminde, bağışlayanın, dilediği zaman ölüme bağlı bağışlamadan rücu edemeyeceği yönünde ileri sürdükleri görüşü desteklemek amacıyla bu yazarlar tarafından dayanılan ilk gerekçe inandırıcılıktan yoksundur. Zira, bağışlayanın karşı karşıya kaldığı bir ölüm tehlikesi yüzünden yakında öleceği saikiyle bağışlamada bulunduğu hallerde, bu tehlike atlatılırsa istirdat talebinde bulunabileceği, taraflar arasındaki muameleden kolaylıkla anlaşılır. Keza kazandırma lehdarının bağışlayandan önce ölmesi halinde de, bağışlama muamelesi ile ulaşılmak istenen amaç<sup>415</sup>, başka bir deyişle kazandırmanın *causa*'sı ortadan kalkmış olur. Buna karşılık, cayma hakkının (Reurecht) bağışlayan tarafından kullanılması gerekir. Hatta bağışlayanın iyileşmesi (ölüm tehlikesini atlatması) veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde doğan istirdat iddiası, bağışlayanın mirasçıları tarafından da talep ve dava edilebilirken<sup>416</sup>, cayma hakkı ise bağışlayanın ölmesi halinde adeta

<sup>412</sup>BIONDI, s. 760, zikr. RÜGER, s. 227; SIMONIUS, s. 129.

<sup>413</sup>BIONDI, s. 768 ve DI PAOLA, s. 70, zikr. RÜGER, s. 227.

<sup>414</sup>RÜGER, s. 227

<sup>415</sup>Zira, bağışlayanın kazandırmayla ulaşmak istediği amaç, ölüme bağlı kazandırmalara özgü tipik bir amaç olup, herhangi bir kişinin (kazandırma lehdarının mirasçıların) değil de, sadece şahsına özel bir değer verilen, salt kazandırma lehdarı olarak tayin edilmiş belirli bir kişinin bu malvarlıksal değere sahip çıkmasıdır. SEROZAN, s. 62.

<sup>416</sup>Bu hususun, *donatio mortis causa*'ya ilişkin hiçbir metinde açıkça ifade edilmemiş olması, küllî halefiyetin genel bir sonucu olmasından kaynaklanıyor olabilir (D.50.17.62). Ancak bu husus, en azından *Papinianus*'a ait bir metin olan D.39.6.42 pr.'da yer alan düzenlemeden anlaşılmaktadır: Bu metinde, bağışlayanın mirasçıları ile bağışlayandan önce ölen bağışlananın mirasçıları arasında bir ihtilaâf söz konusudur. Ancak, *Marcellus*'a ait olan D.39.6.28'de yer alan düzenleme göz önünde bulundurulmak suretiyle, bağışlayanın mirasçılarının mutlak surette istirdat talebinde bulunamayacakları sonucuna varılması isabetli değildir. Zira, mirasçılar sadece, cayma hakkını (Reurecht) bizzat kullanma imkânından yoksun bırakılmışlardır. Buna karşılık, D.39.6.13.1'de *Iulianus* ve *Marcellus* tarafından belirtildiği üzere, bağışlayanın mirasçıları, bağışlayanın henüz hayattayken kullandığı cayma hakkına dayanarak iade talebinde bulunabileceklerdir. RÜGER, s. 228, dn. 57.

onunla birlikte ölür<sup>417</sup>. Bu nedenle, genel nitelikteki cayma hakkının yanında, istirdat talebinin ileri sürülebileceği tipik haller olan bağışlayanın ölüm tehlikesini atlatması (Konvaleszenz) ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi (Prämorienz) halleri önemli bir uygulama alanına sahiptir<sup>418</sup>.

Bu yazarların, cayma hakkının klasik hukuk döneminde mevcut olmadığı yönünde ileri sürdükleri görüşü desteklemek amacıyla dayandıkları ikinci gerekçe, bu hakkın ileri sürülmesinin, ölüme bağlı bağışlamanın muayyen mal vasiyeti ile eşitlenmesi ile mümkün hale geldiğidir. Ancak, miras hukuku alanındaki kanunların *donatio mortis causa* için de uygulanacağına ilişkin temel düzenlemelerin (önlemlerin), *Hadrianus* dönemi (M.S. 117-138) ile *Severus Alexander* dönemi (M.S. 222-235) arasında yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu gerekçe de temelden yoksun hale gelmektedir. *Vespasianus* veya en geç *Hadrianus* döneminden itibaren *leges Iulia et Papia*'nın uygulama alanının genişletilmesi; *Septimus Severus* döneminde *lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* için de uygulanacağını kabul edilmesi; *Severus Alexander* döneminde *querela inofficiosae donationis*'in uygulanması bu hususa ilişkin en önemli düzenlemeler olarak gösterilebilir. Böylece, *Iustinianus*'un C.8.56.4'de *donatio mortis causa*'nın *legatum* ile eşitlenmesinden söz etmesi, özellikle *Constantinus* tarafından getirilen şekil kurallarının ortadan kaldırılmasına ilişkindir<sup>419</sup>.

Jung tarafından isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, bağışlayan tarafından kullanılıp kullanılmayacağı bilinmediğinden, bağışlayanın ölümüne kadar adeta

---

<sup>417</sup>Eşler arasındaki bağış yasağını yumuşatmak için çıkarılmış bir senatus kararı olup, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi ve henüz hayatta iken bağışlama muamelesinden rücu etmek üzere bir faaliyette bulunmamış olması halinde bağışlama muamelesinin mirasçılar tarafından da iptal edilemeyeceğini düzenleyen *Oratio Severi*'ye ilişkin olan D.24.1.32.2 ve D.24.1.33'de *Ulpianus* ve *Sabinianus* tarafından belirtildiği üzere, bağışlayan yapmış olduğu muamele sebebiyle pişman olabilir. Ancak, bağışlayanın ölünceye kadar rücu etmediği ve bu yöndeki iradesini sonuna kadar sürdürdüğü hallerde bağışlayanın mirasçılarının bağışlama konusu malı ele geçirebilmeleri açgözlülük ve merhametsizlik olacağı gibi bağışlayanın iradesine de aykırı bir sonuç olacaktır. Ayrıca *Ulpianus* tarafından D.39.6.30'da yer alan düzenleme ile vurgulandığı üzere, bağışlayanın fikrini değiştirmesi sebebiyle (*ex paenitentia*) istirdat talebinde bulunmak için dava açması sadece bağışlayana ait (*ipse*) bir haktır. Yine *Scaevola*, D.32.37.3'de yer alan düzenlemede, açıkça kararlaştırılmış olan rücu hakkının miras yoluyla intikal etmeyeceğini ifade etmiş; *Marcellus* ise, D.39.6.28'deki düzenleme ile bağışlayanın ölümünden sonra mirasçıların artık bağışlamadan rücu edemeyeceklerini açıkça ifade etmiştir. Bir kölenin azat edilmesi şartıyla satılması halinde satıcının sahip olduğu rücu hakkının da mirasçılara intikal etmeyen bir hak olduğunun belirtildiği D.40.8.3'de yer alan düzenleme de benzer bir duruma ilişkindir. RÜGER, s. 228, dn. 56; Aynı yönde bkz. LIEBS, s. 128.

<sup>418</sup>RÜGER, s. 227-228.

<sup>419</sup>RÜGER, s. 228.

askıda olan yani varlığını korumaya devam eden istirdat hakkı (Rückforderungsrecht) sayesinde, bağışlayan, sağlar arasında yapmış olduğu bir işlemin miras hukuku alanında yapılmış bir işlem karakterine sahip olmasını ve ölüme bağlı tasarrufun neticelerini doğurmasını sağlayabilmiştir<sup>420</sup>. Ancak, yalnızca cayma hakkının (Reurecht) varlığı, *donatio mortis causa* muamelesine, ölüme bağlı tasarruf muamelelerinin tipik özelliği olan rücu edilebilirlik (Widerruflichkeit) özelliğini kazandırabileceğinden, Jung tarafından ifade edilen sonuca ulaşılabilmesi, bağışlayanın cayma hakkına sahip olmasına bağlıdır. Buna karşılık, istirdat talebinin ileri sürülebilmesini sağlayan diğer iki sebebin (Konvaleszenz ve Prämorienz) ortaya çıkması, ölüme bağlı bağışlamaya özgü şartların gerçekleşmemesine dayanmakta ve bu durumun bağışlayanın sahip olduğu düzenleme serbestîsi (Dispositionsfreiheit) ile bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>421</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Simonius’a göre, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa*’nın karakteristik özellikleri, muamelenin bir ölüm tehlikesi (*periculum mortis*) sebebiyle yapılması ve bağışlayanın özellikle bu ölüm tehlikesinin atlatılması (Konvaleszenz) veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi (Prämorienz) halinde, istirdat hakkına (Rückforderungsrecht) dayanarak, bağışlama konusu malın kendisine iadesini talep edebilmesidir. *Ulla condicio redhibendi*, bir hukukî muamelenin *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebilmesi için ön şart olarak görüldüğünden, istirdat hakkının niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi ölüme bağlı bağışlama öğretisi açısından önemli bir yere sahip olmuştur. *D.39.6.27*, *D.39.6.35.2* ve *D.39.6.42.1*’de yer alan düzenlemelerde istirdat hakkının varlığından açıkça söz edilirken, diğer birçok metinde ise bu hakkın varlığının gerekliliği örtülü olarak ifade edilmiştir<sup>422</sup>:

*D.39.6.27 (Marcianus libro V ad Regularum): Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.*

---

<sup>420</sup>JUNG, P., Das Rückforderungsrecht des Schenkers mortis causa, Festschrift für Bruno Huwiler, Bern 2007, 325-357, s. 338.

<sup>421</sup>RÜGER, s. 229.

<sup>422</sup>SIMONIUS, s. 101.

*D.39.6.35.2 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult...*

*D.39.6.42.1 (Papinianus libro XIII ad responsorum): Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidia causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.*

Simonius, bu metinlerde yer alan düzenlemelerden yola çıkarak, istirdat hakkının varlığının, klasik dönem hukukçularına göre, bir bağışlama muamelesinin *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebilmesi için adeta esaslı unsur (*essentiale*) niteliğinde görüldüğünü ve bu sayede muamelenin miras hukuku alanındaki kurallara tâbi tutulabildiğini ileri sürmüştür<sup>423</sup>.

Simonius'a göre, *donatio mortis causa*'nın dört farklı türünü zikreden ve bağışlayana istirdat talebinde bulunma imkânı vermeyen dördüncü bir durumun varlığını kabul eden *D.39.6.13.1*'de yer alan düzenleme, *D.39.6.27*, *D.39.6.35.2* ve *D.39.6.42.1*'de yer alan düzenlemeler neticesinde ortaya çıkan öğretisi ile açıkça çelişkiye düşmektedir<sup>424</sup>:

*D.39.6.13.1 (Iulianus libro XVII ad digestorum): Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator.*

---

<sup>423</sup>SIMONIUS, s. 102.

<sup>424</sup>SIMONIUS, s. 103.

Daha önce de belirtildiği üzere, metinde bağışlama konusu malın iadesine ilişkin olarak dört ihtimal üzerinde durulmaktadır. Birinci ihtimalde, bağışlayanın cayma hakkına (Reurecht) sahip olmadığı ve yalnızca kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi halinde istirdat talebinde bulunabileceği belirtilmiştir. İkinci ihtimalde, bağışlayan kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalık yüzünden ölmesine rağmen, hayattayken muameleden rücu etmiş olması şartıyla, mirasçılarının istirdat talebinde bulunabilecekları ifade edildiğinden, bağışlayanın genel nitelikte bir cayma hakkına sahip olduğu sonucuna varılabilir. Üçüncü ihtimalde, bağışlayanın, yalnızca bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde istirdat talebinde bulunabileceği üzerinde durulmuş; son ihtimalde ise, bağışlama konusu malın iadesine ilişkin herhangi bir anlaşma yapılmamıştır. Yani, dördüncü ihtimalde, bağışlayanın hastalığı sadece kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden bir saik niteliğinde olup, bağışlama muamelesi hiçbir şarta bağlı olmaksızın ve muameleden rücu edilemeyecek şekilde yapılmıştır<sup>425</sup>.

Bu metne ilişkin problem dördüncü ihtimalden kaynaklanmaktadır. Zira bu durumda *donatio mortis causa*'nın varlığından söz edilebilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Simonius'a göre, ancak belirli durumlara ilişkin olarak iade borcunun (Rückgabepflicht) kararlaştırıldığı hallerde bağışlama muamalesinin ölümüne bağlı bağışlama muamelesine dönüşeceği yönündeki görüş, muhtemelen *Iustinianus* öncesi hukuk döneminde ortaya çıkmıştır. Bağışlayanın, kendisini ölümüne bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi, muameleyi yapmış olmaktan pişmanlık duyması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi hallerinde, istirdat hakkının zımnî bozucu şart niteliğinde olduğu ve hukukî muamelenin doğasından kaynaklandığı yönündeki görüş, *donatio mortis causa*'nın varlığını istirdat talebinin ileri sürülebileceği hallerin taraflarca kararlaştırılmış olmasına bağlayan görüş ile çelişmektedir. *Donatio mortis causa*'nın varlığı, *Iustinianus* döneminden itibaren istirdat hakkının taraflarca kararlaştırılmış olup olmamasına göre değil, muamelenin

---

<sup>425</sup>Simonius'a göre, *Paulus*'a ait bir fragman olan *D.39.6.35.4*'de, tamamen aynı ifadeler kullanılarak, *D.39.6.13.1*'deki sıralamaya yer verilmiş olup, her iki metinde yer alan açıklamalar *Iustinianus* dönemi hukukçularına aittir. SIMONIUS, s. 103-104.

hangi şekle uyularak yapıldığına göre belirlenmiştir. Zira C.8.56.4'de yer alan düzenleme, ölüme bağlı bağışlamanın *codicilli* için öngörüldüğü gibi beş şahit huzurunda yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Böylece, istirdat hakkı, muamelenin esaslı unsuru (*essentialia negotii*<sup>426</sup>) niteliğindeyken, bu hakkın kapsamının tarafların iradesi doğrultusunda tayin edilebilmesi (*naturalia negotii*<sup>427</sup>) mümkün hale gelmiş ve bağışlayanın istirdat hakkına sahip olmayacağının kararlaştırıldığı hallerde dâhi, *donatio mortis causa*'nın varlığından söz edilebilmiştir. Bu yaklaşım tarzı, *donatio mortis causa*'nın *legatum*'a eşitlendiğinin belirtildiği Nov. 87'de yer alan düzenlemeyle de doğrulanmaktadır. Buna göre, *donatio mortis causa* muamelesi kurulurken tarafların her türlü şartı kararlaştırabilmeleri ve özellikle bağışlayanın, muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık sebebiyle muameleden rücu etme hakkından feragat etmesi<sup>428</sup> mümkündür<sup>429</sup>.

Aynı yönde görüş beyan eden Cohen'e göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesinde bağışlayanın, cayma hakkından feragat etmesinin mümkün olduğu esas itibariyle *Iulianus* tarafından ele alınmış ve *Iustinianus*, Nov. 87 pr.'da *Iulianus*'un bu açıklamasına dayanmıştır. D.39.6.13.1 ve D.39.6.35.4'de *Marcellus* ve *Paulus*, yine *Iulianus*'a dayanmak suretiyle, benzer yönde açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu nedenle *Iustinianus* hukukunda cayma hakkı (Reurecht), ölüme bağlı bağışlama muamelesinin esaslı bir unsuru (*essentialia negotii*) niteliğinde olmayıp sadece tabii bir unsurdur (*naturalia negotii*). Yazara göre, cayma hakkı muamelenin tabii unsuru niteliğinde olduğundan taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ancak muameleden rücu hususunda taraf iradesi mevcut değilse, rücu hakkı kendiliğinden ve hukuk düzenindeki haliyle uygulanır. Bu nedenle tarafların iradesiyle *donatio mortis causa*'ya eklenen arızî bir unsur (*accidentalia negotii*<sup>430</sup>) ile rücu hakkından

<sup>426</sup>Muamelenin esaslı unsurları (*essentialia negotii*), bir hukukî muamelede mutlaka bulunması gereken, bulunmadıkları takdirde hukukî muamelenin oluşumuna engel olacak unsurlardır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 172.

<sup>427</sup>Muamelenin tabii unsurları (*naturalia negotii*), için taraf iradesine ihtiyaç duyulmaz. Taraflar bu konuda beyanda bulunmasa bile hukuk düzeni bu sonuçları hukukî muameleye kendiliğinden (*ipso iure*) bağlar. Ancak bu hususlar tarafların aksini kararlaştırabilecekleri yedek hukuk kurallarına (*ius dispositivum*) ilişkindir. Bu konuda taraf iradesi mevcut değilse, bu kurallar, hukukî muameleye kendiliğinden ve hukuk düzenindeki haliyle uygulanır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 172-173.

<sup>428</sup>D.32.22 pr.'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bu durum *legatum* açısından mümkün değildir.

<sup>429</sup>SIMONIUS, s. 103-107; KASER, RPR II, s. 566-567.

<sup>430</sup>Muamelenin arızî unsurları (*accidentalia negotii*), bir hukukî muamelede hukukun kendiliğinden bağlayacağı sonuçları değiştiren ve taraf iradesine dayanan unsurlardır. Muameleye ilave edilen şart

feragat edilmesi mümkün olup feragate ilişkin bu kayıt “*pactum de non revocando*” veya Nov. 87 pr.’da kullanılan tabir ile “*pactum ad auferendum poenitendi potestatem*” olarak nitelendirilebilir. Ancak rücu hakkından feragat edildiği hallerde dâhi, nankörlük sebebiyle (*propter ingratitude*) muameleden rücu edilmesi her zaman mümkündür. Bu durumda bağışlayanın muameleden rücu edebilmesi için bağışlanan tarafından kendisine karşı nankörce davranılmış olması gerektiğinden, bağışlayanın muameleden rücu edebilmesi, tamamen kendisinin iradesine bırakılmış keyfî bir davranış niteliğini haiz değildir. Aynı şekilde, rücu hakkından feragat etmiş olmasına rağmen, bağışlayanın *lex Cincia*’ya dayanarak muameleden rücu etmesi mümkündür. Yine belirtilmelidir ki, şüphe halinde, bağışlayan, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın, rücu hakkına sahiptir. Kazuistik bir metodla düzenlenen D.39.6.13.1 ve D.39.6.35.4’de kullanılan “*si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit*” ifadesi, D.39.6.16 ve D.39.6.30’da<sup>431</sup> yer alan düzenlemeler ile çelişki arz etmemektedir. Mirasçılar, mirasbırakanın hukuken geçerli bir şekilde doğmuş haklarına halef olduklarından ve ölüme bağlı bağışlama muamelesi ancak bağışlayanın ölümü ile birlikte hükümlerini doğurduğundan, bu muamele açısından *hereditas*’ın varlığından söz edilemez. Zira bağışlananın, bağışlayandan önce ölmesi halinde ölüme bağlı bağışlama hükümden düşer. Ölüme bağlı hukukî muamelenin (*negotia mortis causa*) varlığı halinde, tasarrufta bulunan kimse ölünceye kadar muameleden rücu edebilir ve muamelenin hükümlerini doğurması ancak tasarrufta bulunanın ölümünden sonra ve muameleden yararlanacak kimsenin muameleyi yapan kimse öldüğü zaman hayatta olması halinde mümkündür. Bu nitelikte bir muamele olan ölüme bağlı bağışlamada da bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, muamelenin kendiliğinden hükümsüz hale gelmesi Roma hukukuna göre temel bir prensip niteliğindedir. Bu durumda, bağışlayanın cayma hakkından feragat ettiği hallerde, bağışlanan bağışlayandan önce ölürse nasıl bir sonuç ortaya çıkacaktır? Bilindiği üzere, *donatio mortis causa* açısından, muamelenin hükümlerini doğurabilmesi için, bağışlayanın bağışlanandan daha uzun yaşamaması, bağışlayan öldüğü sırada bağışlananın hayatta olması gerekir<sup>432</sup>. Zira bağışlayanın son nefesini

---

veya vade de arizî unsurlar kategorisine girer. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 172.

<sup>431</sup>D.39.6.16’da yer alan düzenlemeye göre, bağışlayanın iyileşip iyileşemeyeceğinin henüz sürüncemede olduğu dönemde bile ölüme bağlı bağışlamadan rücu edilmesi mümkündür. Yine D.39.6.30’da yer alan düzenlemede ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimsenin fikrini değiştirmesi halinde, *condictio* veya *actio utilis*’e dayanmak suretiyle verdiğinin iadesini talep edebileceği belirtilmiştir.

<sup>432</sup>Bkz. D.39.6.26.

vermesi ile birlikte ölüme bağlı bağışlama muamelesi sonuçlarını doğurmaya başladığından, bu hukukî işlem den doğan borç, bağışlayanın terekesi üzerinden değil mal varlığı üzerinden karşılanır. Yani *donatio mortis causa*, bağışlayanın malvarlığını ölümünden sonra etkilemekte ve tereke, bağışlanan değer oranında azalmaktaydı. Konuya ilişkin metinlere bakıldığında, kaynaklarda, özellikle en çok rastlanılan durum olan bağışlayanın hastalıktan kurtulup iyileşmesi sebebiyle bağışlamadan rücu etmesi üzerinde durulmaktadır<sup>433</sup>. Yine kendiliğinden anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike yüzünden ölmesi halinde hukuken geçerli bir şekilde hükümlerini doğuracağından, bağışlayanın bu tehlikeyi atlatıp hayatta kalması halinde de, muamelenin hükümden düşeceğinin kabul edilmesi gerekir<sup>434</sup>.

Bu anlayış çerçevesinde değerlendirildiğinde, *D.39.6.13.1* ve *D.39.6.35.4*'de, istirdat hakkının kapsamının farklı şekillerde belirlenmesi neticesinde ortaya çıkan tüm ihtimalleri (varyasyonları) göstermek amacıyla *donatio mortis causa*'nın dört türünün sıralanması yoluna başvurulduğu sonucuna varılabilir<sup>435</sup>.

## **B.Bağışlayanın İyileşmesi veya Bağışlananın Bağışlayandan Önce Ölmesi Halinde İstirdat Hakkı**

Simonius'a göre, *mortis causa* bağışlamada bulunan kimsenin gerek kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden ölüm tehlikesini atlatması gerekse bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde istirdat hakkına sahip olduğu, kaynaklardan anlaşıldığı üzere, tartışmaya mahal vermeyecek derecede açıktır. Birçok metinde<sup>436</sup> bağışlayanın bu hallerde sahip olduğu istirdat hakkının kendiliğinden var olduğunun kabul edilmiş olması, bu hakkın *donatio mortis causa* muamelesinin olağan bir özelliği olduğunu kanıtlamaktadır. Yazara göre, ancak istirdat hakkının varlığı, bir muameleye hukukî anlamda ölüme bağlı tasarruf karakteri kazandırabildiğinden,

<sup>433</sup>Bkz. *D.39.6.39; D.39.6.37.1; D.39.6.35.3; D.39.6.35.4; D.39.6.35.6; D.39.6.31.3; D.39.6.24; D.39.6.19; D.39.6.18.1; D.39.6.13 pr.; D.39.6.13.1; D.39.6.8.1; I.2.7.1.*

<sup>434</sup>COHEN, s. 65-67.

<sup>435</sup>SIMONIUS, s. 107.

<sup>436</sup>Bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi halinde sahip olduğu istirdat talebine ilişkin olarak bkz. *D.12.1.19 pr.; D.12.4.12; D.22.1.38.3; D.23.3.76; D.24.1.4; D.24.1.56; D.39.6.13 pr.; D.39.6.18 pr.; D.39.6.18.1; D.39.6.19; D.39.6.24; D.39.6.29; D.39.6.31.3; D.39.6.35.3; D.39.6.35.6; D.39.6.37.1; D.39.6.39; Paulus Sent. 3.7.1.* Bağışlayanın, bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde sahip olduğu istirdat hakkı için bkz. *D.24.1.32.14; D.24.1.52.1; D.39.6.23; D.39.6.26; D.39.6.44.*

böyle bir tespitte bulunulması yersiz değildir. Klasik hukuk döneminde ölüme bağlı bağışlama tipik bir hukukî muamele niteliğine sahip olmadığından ve dolayısıyla şekle ilişkin belirli kuralların yerine getirilmesi ile değil aksine, yalnızca tarafların anlaşmaları neticesinde hukukî bir yapıya kavuştuğundan, bağışlayanın istirdat hakkına sahip olması aslında bu muamele açısından esaslı bir özellik niteliğini haizdi. Böylece, taraflar arasındaki bu muamele, ancak, bağışlayanın iyileşmesi halinde *condictio* veya *vindicatio* iddiasında bulunabileceğinin kararlaştırılması halinde *donatio mortis causa* olarak kabul edilmiştir. Bu sebep sonuç ilişkisi kaynaklarda açıkça ifade edilmektedir<sup>437</sup>:

*Paulus Sent. 3.7.1: Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si, reversus fuerit, sibi restitatur, si perierit, penes eum remaneat, cui donavit.*

*D.39.6.35.3 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi...*

*D.39.6.18 pr. (Iulianus libro LX ad digestorum): Mortis causa capimus...: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.*

Simonius'a göre, bağışlayanın istirdat talebinde bulunabileceği bir diğer hâl olan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi hali, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatmasının yanında talî bir öneme sahiptir. Zira çok daha az sayıdaki metinde, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde ileri sürülen istirdat talebinden söz edilmekte ve bağışlayanın iyileşmesi (*si convaluerit donator*) genellikle ayrıca vurgulu bir şekilde belirtilmesine dâhi ihtiyaç duyulmaksızın, istirdat talebinin ön koşulu olarak ele alınmaktadır<sup>438</sup>.

Ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı için, bağışlamada bulunarak malvarlığını

---

<sup>437</sup>SIMONIUS, s. 110-111.

<sup>438</sup>SIMONIUS, s. 111-112. Bkz. *D.12.4.12; D.22.1.38.3; D.24.1.56; D.39.6.13 pr.; D.39.6.18.1; D.39.6.19; D.39.6.24; D.39.6.29; D.39.6.31.3; D.39.6.35.6; D.39.6.37.1; D.39.6.39.*

üzerinde tasarrufta bulunan bir kişinin, söz konusu tehlikeyi atlatıp atlatamayacağını henüz bilmediği dönemde, bağışlananın kendisinden önce ölmesi gibi mevcut şartlar içerisinde gerçekleşmesi ihtimal dışı olan bir hadiseyi hesaba katmış olması pek olası değildir. Bu nedenle, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi sebebiyle istirdat talebinde bulunulmasının, daima tarafların bu hususu açıkça kararlaştırmış olmalarına bağlanması, *donatio mortis causa*'nın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, şüphe uyandırmaktadır. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi sebebiyle istirdat hakkının ileri sürülebilmesinin, *donatio mortis causa* muamelesi düzenlenmek suretiyle kendisi aleyhine kazandırmada bulunulmak istenen mirasçının lehine bir tedbir olduğu düşünüldüğünde (*D.39.6.1pr.*, *D.39.6.35.2*), bağışlayan tarafından bağışlananın daha önce ölmesi hususunun dikkate alınması ihtimali biraz daha azalmaktadır. Simonius'a göre, taraflar arasındaki bağışlama muamelesinin, ancak bağışlayanın iyileşmesi halinde istirdat talebinde bulunulabileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, *donatio mortis causa* muamelesine dönüşeceği yönündeki iddia, *D.39.6.18 pr.*, *D.39.6.35.3* ve *Paulus Sent. 3.7.1*'de yer alan düzenlemeler tarafından da doğrulanmaktadır<sup>439</sup>.

Simonius'a göre, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi sebebiyle doğan istirdat hakkının da *donatio mortis causa*'nın kendiliğinden anlaşılan bir unsuru olduğunun ileri sürülebilmesi, bunun zımnî bir şart (*condicio tacita*) niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde mümkündür. Hukukçuları, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi sebebiyle doğan istirdat hakkının *condicio tacita* niteliğinde olduğunu kabul etmeye sevk eden sebep, muhtemelen, tarafların bu muameleyi yapmak suretiyle ulaşmak istedikleri amaçta, muamelenin temelini oluşturan koşullarda yatmaktadır. Yalnızca mutasarrıf (bağışlayan) tarafından tayin edilen kişinin (bağışlanan) daha uzun yaşaması halinde, tasarrufa konu olan malın kaderinin mutasarrıfın ölümünden sonra onun iradesi doğrultusunda tayin edilmiş olacağı sonucuna varılabilmesi, muamelenin ölüme bağlı tasarruf niteliğine uygun düşmektedir. Taraflar, zaten bağışlayanın ölüm tehlikesini atlatması halinde istirdat talebinde bulunabileceğini kararlaştırmak suretiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunma amacını en baştan itibaren hukukî işlemin temeli olarak belirlemişlerdir. Bu nedenle, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi ihtimali için istirdat hakkının açıkça saklı tutulmuş

---

<sup>439</sup>SIMONIUS, s. 112.

olması, yalnızca, *donatio mortis causa*'nın az rastlanılan bir türü olan *sola cogitatione mortalitatis* hali için gerekli dir. Zira bu durumda, taraflar arasında istirdat hakkına ilişkin olarak bu yönde yapılmış bir anlaşma, aslında bu hukukî işlemin niteliğini belirlemektedir (*D.39.6.42 pr.*)<sup>440</sup>.

Aynı konuda görüş beyan eden Cohen'e göre, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması, ölüme bağlı bağışlamanın mutlak surette hükümden düşmesine sebebiyet vermediği gibi; bağışlayanın rücu hakkından feragat etmesi de mümkündür. Ancak bağışlananın bağışlayandan önce ölmesine rağmen ölüme bağlı bağışlamanın ayakta tutulması, *donatio mortis causa*'nın doğasına aykırıdır. Zira bağışlayanın, bağışlananın kendisinden önce ölmesi sebebiyle muameleden rücu edebilmesi, *donatio mortis causa*'nın adeta karakteristik bir özelliği niteliğindedir. *D.39.6.42 pr.*'da yer alan düzenlemede *Papinianus*, ancak bağışlayanın, bağışlananın kendisinden önce ölmesi sebebiyle muameleden rücu edebilmesi halinde, taraflar arasındaki bağışlamanın, *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. *Marcianus* ise, *D.39.6.27*'de yer alan düzenlemede, ölüme bağlı bağışlamada, bağışlayanın hiçbir surette bağışlamadan rücu edemeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde, taraflar arasındaki bu muamelenin sağlar arası bir bağışlama (*donatio inter vivos*) olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık, *D.39.6.13.1* ve *D.39.6.35.4*'de yer alan düzenlemelerde kazuistik bir metod ile sayılan durumlardan sonuncusu, bu konuya ilişkin bazı şüphelerin doğmasına sebebiyet vermektedir. Yazara göre, bu metinlerdeki tutarsızlık, zahirî bir çelişkiden ibarettir. Aksi takdirde *Paulus*'un, *D.39.6.35.2*'de ortaya koyduğu düşünceden<sup>441</sup> ötürü kendi içinde çelişkiye düştüğü şeklinde bir sonuca varılması gerekecektir<sup>442</sup>.

### **C.İstirdat Talebinin İleri Sürülebileceği Hallerden Birinin Gerçekleşmesinin Yarattığı Sonuçlar**

Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, *donatio mortis causa* muamelesi

---

<sup>440</sup>SIMONIUS, 112-113.

<sup>441</sup>*D.39.6.35.2*'de yer alan düzenlemeye göre, *donatio mortis causa*, bağışlayanın hiçbir surette rücu edemediği bağışlamadan oldukça farklıdır. Zira bağışlamadan rücu etmesinin mümkün olmadığı hallerde, bağışlayan, bağışlama konusu malın kendisinden çok bağışlananda kalmasını arzu etmektedir.

<sup>442</sup>COHEN, s. 69-70.

kendiliğinden ve derhal geçersiz hale gelir. D.39.6.26<sup>443</sup>'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlayanın mirasçısı, yalnızca bağışlananın bağışlayandan önce öldüğü olgusuna dayanmak suretiyle bağışlananın mirasçısına karşı dava açabilmiştir. Bu metinde, bağışlama mumalesinin her iki tarafı da aynı anda öldüğü için istirdat hakkının kullanılması söz konusu değildir. Ancak taraflardan birinin çok kısa bir süre için bile olsa diğerinden daha uzun yaşaması halinde, mirasçıları, bağışlama muamelesinin gereğinin yerine getirilmesini talep edebilmişlerdir. Bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike yüzünden öldüğü hallerde istirdat talebinde bulunabilmesi, ancak bağışlananın bağışlayandan önce ölmesine bağlı olup, bu gibi hallerde istirdat talebi mirasçılar tarafından ileri sürülmüş olur<sup>444</sup>.

Bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması halinde ise durum değişecektir. Simonius'a göre, bu durumda, istirdat hakkının bağışlayanın dış dünyaya yansıttığı iradesinden bağımsız olarak mevcut olduğunun ve dolayısıyla muamelenin kendiliğinden geçersiz hale geldiğinin varsayılması, tatmin edici olmayan sonuçların doğmasına sebep olurdu. Bu sorun, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması, ancak bağışlama konusu malın iadesini talep etmeye yönelik bir davranışta bulunmadan önce ölmesi halinde gündeme gelmiştir. Bu gibi hallerde bağışlayanın mirasçısının, açıkça kendisine tercih edilen bağışlanana karşı, bağışlama konusu malın iadesini sağlamak amacıyla dava açabilmesi hakkaniyete aykırı sonuçları beraberinde getirirdi. Simonius'a göre, kaynaklarda bu hakkaniyete aykırı sonucu kabul etmeye zorlayacak herhangi bir düzenlemeye zaten rastlanmamaktadır. Aksine, bağışlayana ölüme bağlı bağışlama mumalesi yapmaya sevk eden ve adeta bu muamelenin zorunlu bir unsuru mahiyetinde olan *periculum*'un varlığı, nesnel ölçütlere göre değil, bağışlayanın bu husustaki kanaatine, bir diğer ifadeyle sübjektif bir ölçüte göre tayin edildiğinden, bu tehlikenin sona erdiğinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak istirdat hakkının doğması da bağışlayanın takdirine kalmaktadır. Romalı bir hâkimin, davacının gerçekten iyileşip iyileşmediğini denetlemiş olabileceği elbette düşünülemez. Dolayısıyla, hastalık örneğinde olduğu gibi, *periculum*'un zaman itibarıyla keskin çizgilerle

<sup>443</sup>D.39.6.26 (Marcianus libro II ad regularum): Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit...

<sup>444</sup>SIMONIUS, s. 114.

sınırlandırılmamış bir hadiseyi teşkil ettiği hallerde, ancak bağışlayanın bu yönde bir irade beyanında bulunması üzerine bu tehlikenin atlatılmış olduğu sonucuna varılacaktır. Buna karşılık, ölüme tehlikesinin seyahat, savaş gibi nesnel ölçütlere göre belirlendiği ve sınırlandırılmış bir zaman dilimi itibarıyla mevcut olduğu hallerde, bağışlayanın istirdat talebinde bulunmaktan kaçınması, gerçek veya farazî yeni bir tehlike anına kadar zımnen yenilenmiş bir *donatio mortis causa*'nın mevcut olduğu varsayımına götürebilir<sup>445</sup>.

#### **D.Donatio Mortis Causa ve Donatio Inter Vivos'un İstirdat Hakkının Varlığı Açısından Karşılaştırılması**

*Papinianus*'a ait olan aşağıdaki düzenleme, *lex Falcidia*'nın hükümleri karşısında, *donatio mortis causa* ile *donatio inter vivos* arasındaki sınırı ortaya koymaktadır:

*D.39.6.42.1(Papinianus libro XIII ad Responsorum): Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidiaie causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.*

Metinde yer alan düzenlemeye göre, ölümcül bir hastalığı bulunan aile reisi, *emancipatio* muamelesi ile hâkimiyetten çıkarak *sui iuris* hale getirdiği evlâdına belirli mallar bağışlamış ve aralarında, bağışlama konusu malın iadesine ilişkin herhangi bir anlaşma yapılmamıştır. Aile reisinin vefatından sonra, kendisine bağışlamada bulunulan aile evlâdının erkek kardeşleri, bağışlama konusunun *lex Falcidia*'ya göre mahsup edilmesini talep etmişlerdir. Bu metinde *collatio bonorum*'un<sup>446</sup> mevcut olduğu sonucuna varılabilir<sup>447</sup>. Özellikle belirtilmesi gereken

<sup>445</sup>SIMONIUS, s. 114-115.

<sup>446</sup>*Collatio Bonorum*: Müşterek mirasçılara ait bazı malların, mirasçılar arasında taksim edilecek olan tereke mallarına dâhil edilmeleri. Modern hukukların “mirasta iade”si. 536 senesinde Nov. 18, C. 6 ile mirasta iade, vasiyet yoluyla mirasa da teşmil edildi.

*Collatio Bonorum Emancipatio*: Praetor, baba hâkimiyetinden çıkarılmış olan çocukları *ab intestato* mirasçılığa davet ettiği takdirde, hâkimiyet altında kalmış olanların iktisapları aile reisine ait olduğuna göre, hâkimiyetten çıkmış olanların terekeye iştirak etmeleri haksızlık olacağından, kendilerine ait mameleki, hâkimiyet altında kalmış diğer mirasçılarla taksim edecek şekilde terekeye iade etmeleri.

husus ise, kendisine bağışlamada bulunulan aile evlâdının, erkek kardeşlerinin aksine, *emancipatio* muamelesi ile zaten hâkimiyet altından çıkarılmış olduğudur<sup>448</sup>. Hâkimiyet altından çıkarılmış olan aile evlâtları *pater familias* haline geldikleri için iktisap ettikleri kendilerine ait olmakta ve *ab intestato* mirasçılığa katılmadan önce kendilerine ait bir malvarlıkları olabilmekteydi. Ancak, hâkimiyet altında kalan aile evlâtlarının iktisapları aile reisine ait olduğundan kendilerine ait bir malvarlıkları yoktu ve çalışmaları sayesinde aile mamelekine intikal eden mallar, miras anında, hâkimiyetten çıkmış olanlara da taksim edilmekteydi. Bu haksızlığı önlemek amacıyla, *praetor*, hâkimiyetten çıkmış veya başka bir kimsenin hâkimiyeti altına girmiş olan aile evlâtlarını, mirasa katılmak istemeleri halinde, şahsî malvarlıklarını ve hile ile elden çıkarmış oldukları malları taksime konu olan terekeye iade etmek mecburiyeti altına sokmuştur. Böylece, hâkimiyet altında kalmış olanların hisselerinin, hâkimiyet altından çıkarılmış olanların menfaatine olacak şekilde azalmasına engel olunmuştur. Bunu sağlayan kuruma ise *collatio bonorum* (malların iadesi, mirasta iade) adı verilmiştir<sup>449</sup>.

Aile reisinin bir vasiyetname düzenleyip düzenlemediği tarafımızca bilinmemekle birlikte, kendisinin, vasiyetname düzenlemek için yeterli zamana sahip olmadığı varsayımında bulunulabilir (*in extremis vitae constitutus*). Ancak, erkek kardeşlerin, müşterek mirasçı (*coheredes*) sıfatına sahip olmaları, bir vasiyetnamenin varlığına

---

Hâkimiyet altında kalanların da iktisap edebilecekleri *peculium castran*e gibi mallar bundan müstesna idiler.

*Collatio Descendentium*: Son imparatorluk devrinde aile evlâtlarının kendilerine mahsus mamelekleri olabildiğinden, hâkimiyetten çıkarılmış aile evlâdının terekeye iştirak etmek için bütün mallarını iade etmesi haksızlık olduğundan, sadece aile reisinden almış olduğu hibeleri iade etmesi mükellefiyeti. UMUR, Lügat

<sup>447</sup> Benzer bir duruma ilişkin olan *D.37.5.20*'de *collatio*'nun varlığından söz edilebilir.

<sup>448</sup> RÜGER, s. 37-38

<sup>449</sup> UMUR, Ders Notları, s. 534; KOSCHAKER/AYİTER, s. 398-400; DI MARZO, s. 565; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 89. Klasik sonrası hukuk devrinde *familia*'nın yapısı ve baba hâkimiyeti kavramı değişmiş olduğundan aile evlâtlarının malvarlığı edinebilme ehliyetleri, kendilerine tahsis edilen *peculium*'lar vasıtasıyla gittikçe artmaktaydı. Bu nedenle, *collatio bonorum*'un önemi gittikçe azalmıştır. Hâkimiyetten çıkarılmış olan aile evlâdı hâkimiyet altında kalsaydı, *peculium*'u sayesinde yine bazı mallar iktisap edebilecekti ve bu malların iadeye tâbi tutulması gerekiyordu. Nihayet *Iustinianus*'un *Novella*'ları sistemi ile bu iade türü tamamen ortadan kalktı ve iade kurumu yalnızca müteveffanın bıraktığı mallarda eşitliği sağlayacak bir hâl aldı. Öncelikle usulün, sağlığı sırasında bütün çocuklarına vermiş olduğu hediyeler (hibeler) ve cihazlar iadeye tâbi tutuldu. Böylece, eskiden uygulanan ve baba hâkimiyetine dayanan iade yerine, vasiyetçinin sağlığında yapmış olduğu hibelerin iade edilmesi fikri yerleşti (*collatio donationis*). *Nov. 118* ile getirilen düzenleme neticesinde bu hükmün, bütün miras halleri (kanunî ve vasiyet yoluyla miras) için geçerli olduğunun kabul edilmesi suretiyle, bugün anladığımız anlamda mirasta iade kavramı yerleşmiş oldu. Ancak *Iustinianus* hukukuna göre, müteveffanın yaptığı hibelerin iadeye tâbi olmadığını açıkça bildirmesi halinde, bu hibeler iadeye tâbi tutulmazlardı. UMUR, s. 193; UMUR, Ders Notları, s. 534-535; Aynı yönde bkz. DI MARZO, s. 566.

işaret etmektedir. Buna göre, *filius emancipatus*, yalnızca vasiyetname ile yetkili kılınması halinde, müşterek mirasçı sıfatına sahip olabilirdi. Zira, *emancipatio* muamelesinden sonra kendisi için kanunî mirasçılık durumu söz konusu olmadığı gibi, sadece *bonorum possessio*'yu talep etmesi halinde, müşterek mirasçı konumunda da olamazdı. Ayrıca belirtilmesi gereken husus, *lex Falcidia*'nın, *bonorum possessor* sıfatına sahip olanları değil, vasiyetname yoluyla mirasçı tayin edilenleri korumak amacıyla getirilen bir düzenleme olduğudur<sup>450</sup>. *Marcianus*, açıkça *lex Falcidia*'dan söz etmeksizin, *donatio mortis causa* ile kendisine bağışlamada bulunulan kimsenin vasiyetname ile mirasçı tayin edilenlere karşı *collatio* ile yükümlü olduğunu, miras bırakanın vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde ise (*intestatus*) böyle bir yükümlülüğün söz konusu olmadığını tutarlı bir şekilde beyan etmiştir (*D.37.5.20*). Sonuç olarak, *Papinianus* tarafından, *lex Falcidia*'nın *donatio mortis causa* üzerinde uygulanabilirliğine ilişkin olarak ele alınan mesele, bunun, yalnızca bir vasiyetnamenin varlığı halinde söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır<sup>451</sup>.

Rüger'e göre, burada önemli olan husus, gerçekten ölüme bağlı bağışlama muamelesi mi yapıldığı yoksa ölümün, sadece bu muameleyi yapmaya sevk eden bir saik niteliğinde mi olduğudur. Başka bir deyişle, ölüm olgusuna dayanılmasının bağışlama muamelesi açısından bir saik niteliğinde olması ile ölümün gerçek bir şart (bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi) niteliğinde olması arasında bir ayırım yapılmaktadır. *D.39.6.42.1*'de kullanılmış olan ifade (*non tam ... quam*) hukuken gri bir alanı işaret etmesine rağmen, "herhangi bir istirdat hakkının mevcudiyeti-das Bestehen irgendeines Rückforderungsrechtes-ulla *condicio redhibendi*" objektif bir ölçüt görünümü arz etmektedir. Bu ölçüt ise, aslında, bir muamelenin *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebilmesi için ön koşul niteliğindedir<sup>452</sup>.

*Marcinaus*, *D.39.6.27*'de, *Papinianus*'un *D.39.6.42.1*'de ifade ettiği görüşünü doğrulamaktadır:

---

<sup>450</sup> *Gai. Inst. 2.227; D.35.2.1 pr.*

<sup>451</sup> RÜGER, s. 38

<sup>452</sup> RÜGER, s. 38-39. Aynı yönde bkz. SIMONIUS, s. 101; Feshedilebilirlik (Rücu edilebilirlik-İptal edilebilirlik) unsurunun, bağışlama muamelesinin *donatio mortis causa* olarak adlandırılabilmesi açısından rol oynamadığı, isabetli bir tespit değildir. *Donatio mortis causa*'nın aksine, *donatio inter vivos*'dan rücu edilememesi, *I.2.7.2*'de de belirtilmiştir. RÜGER, s. 39.

*D.39.6.27(Marcianus libro V ad regularum):Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın hiçbir koşulda bağışlamadan rücu edemeyeceği şartıyla yapılırsa taraflar arasındaki muamele ölüme bağlı bağışlamadan ziyade ölüm sebebiyle yapılan bir muameledir. Bu nedenle, bu muamele sağlar arasında yapılmış olağan bir bağışlama olarak görülmelidir. Bu nitelikte bir bağışlama eşler arasında yapıldığında geçersiz olup *donatio mortis causa*'da olduğu gibi *lex Falcidia* uygulama alanı bulmaz.

*Ulla condicio redhibendi*'nin eksikliği *Marcianus* tarafından *ut nullo casu revocetur* olarak ifade edilmiş ve *Marcianus* da, ayırım yaparken, *Papinianus* gibi özenli davranmıştır: *causa donandi magis est quam mortis causa donatio*. Bu tarz bir bağışlamanın *lex Falcidia*'nın hükümlerine tâbi olmamasının yanı sıra, eşler arasında yapıldığında hükümsüz olması şeklinde genelleştirilen sonuca, bağışlamaya ilişkin yasakların hiçbir rol oynamadığı bu bölümde *Papinianus* tarafından yer verilmemiştir<sup>453</sup>. *Marcianus*'a göre, istirdat hakkının yokluğu halinde bağışlama muamelesi, bir dereceye kadar *mortis causa* yapılan bir muamele olup (*Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur*), sağlar arasında yapılmış olağan bağışlama muamelesi için geçerli olan hükümler bu muamele için de uygulanır (*perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos*) . Burada tartışılan mesele, *donatio mortis causa* muamelesinin, *donatio inter vivos* muamelesiymiş gibi ele alınmasıdır<sup>454</sup>.

*Paulus*'a ait bir metin olan *D.39.6.35.2*'de yer alan düzenleme de, istirdat hakkının varlığının mutlak olarak arandığı hususuna ilişkin bir diğer belge niteliğindedir. *Papinianus* tarafından yapılan ince ayırım, *Paulus* tarafından, *donatio mortis causa* ile olağan bağışlama muamelesi (*eigentlichen- vera et absoluta* Schenkung) arasında muazzam bir ayırım (*riesiger Unterschied- longe differt*) yapılmak suretiyle

<sup>453</sup> Ancak *D.24.1.52.1*'den anlaşıldığı üzere, bağışlamaya ilişkin yasaklara ve *lex Falcidia*'ya *Papinianus* tarafından da değinilmiştir. RÜGER, s. 40, dn. 103.

<sup>454</sup> RÜGER, s. 39-40.

basitleştirilmiştir. *Paulus*, bağışlayana istirdat hakkı tanınmaksızın yapılan *donatio mortis causa* muamelesinin bu isim ile anılamayacağını, yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek bir şekilde ortaya koymuştur. *Paulus* tarafından yapılmış olan bu keskin ayırımın temelinde, bağışlayanın iradesi yatmaktadır. Bağışlama muamelesinde, bağışlayan, bağışlama konusu malı gerçekten bir başkasına temlik etme iradesi taşıırken (*illum potius quam se habere mavult*), ölüme bağlı olarak bağışlamada bulunan kimse (*donator mortis causa*) ise bencil bir tavır takınmak suretiyle bağışlama konusu malın esas itibariyle bağışlanandan çok kendisinde kalmasını istemektedir (*se cogitat atque amore vitae recepissee potius quam dedisse mavult*). *Paulus* tarafından ortaya konulan bu değerlendirme, *Iustinanus* tarafından, hem *D.39,6'da* hem de *I.2.7.1'de*, *donatio mortis causa'nın* tanımı olarak ele alınmıştır. Bağışlayan, istirdat hakkını saklı tutmak suretiyle bencil bir tavır sergilemekte ve bu davranışın temelinde ise bağışlama konusu mala mirasçılarının sahip olmasına engel olma isteği yatmaktadır (*illum deinde potius quam herdem suum*). İstirdat hakkının bu nitelikte bir işleve sahip olduğu anlayışı, bağışlayanın genel bir cayma hakkına (generelles Reurecht) sahip olmasının, adeta zorunlu bir unsur olarak görüldüğünü inkâr edilemez bir gerçek olarak ortaya koymaktadır<sup>455</sup>.

Ancak *Marcellus*, *D.39.6.13.1'de* yer alan düzenlemede, bağışlayana istirdat hakkı tanınmaksızın yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesinden söz etmiş; *Paulus* ise, *D.39.6.35.4'de* yer alan düzenlemede, bu hususu neredeyse kelimesi kelimesine *Marcellus* gibi ifade etmiştir<sup>456</sup>:

*D.39.6.13.1(Iulianus libro XVII ad digestorum): ...sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator."*

Metnin bu kısmında, ölüme bağlı bağışlamanın, bağışlayan hastalıktan kurtulup sağlığına kavuşsa bile, bağışlama konusu malın geri istenemeyeceği şekilde de yapılabileceği ifade edilmiştir.

*D.39.6.35.4: (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): ...sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem*

---

<sup>455</sup> RÜGER, s. 40.

<sup>456</sup> RÜGER, 41.

*donator.*”

*Paulus*’a ait olan metinde ufak bir farklılık söz konusudur: *nec si* yerine *ne si (nisi)* kelimeleri kullanılmıştır. *Nisi convaluerit quidem donator* ifadesi, *nullo casu sit repetitio* ifadesi karşısında ihtirazî bir kayıt olarak düşünülebilir. Bu durumda, *Paulus*’a ait olan metin anlamsal olarak şu şekilde çevrilebilir: “*Donatio mortis causa*, bağışlayanın iyileşmesi hali istisna olmak üzere, istirdat hakkı kararlaştırılmaksızın da kurulabilir”. Bu açıdan bakıldığında, metnin bu kısmının, istirdat hakkının varlığının her zaman zorunlu bir unsur olarak ele alındığı konuya ilişkin diğer metinler ile uyum halinde olduğu söylenebilir. Ancak, bağışlayanın, günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle (*sola cogitatione mortalitatis*) bağışlamada bulunduğu hallere ilişkin bir dizi metnin varlığı karşısında, özellikle bağışlayanın iyileşmesi hali için istirdat hakkının varlığından söz edilmesi anlaşılır olmadığından, bu açıklama ikna edici değildir. *Id est nec si (ne si/nisi) convaluerit quidem donator* ifadesinin bir *glossa* olarak kabul edilip göz ardı edilmesi halinde de, “*donatio mortis causa*, istirdat hakkı kararlaştırılmaksızın da kurulabilir” ifadesi varlığını korumaya devam edeceğinden, bu belirsizliği ortadan kaldıracı bir yaklaşım olamamaktadır<sup>457</sup>.

Rüger’e göre, *Paulus*’a ait olan *D.39.6.35.4*’de yer alan düzenlemede, *sic quoque* ifadesinden itibaren metnin tamamının ve böylece *donatio mortis causa*’nın dördüncü türünün aslında derleyiciler tarafından geliştirildiği iddia edilemez<sup>458</sup>. Bu hususa ilişkin olarak, klasik hukukçular arasında fikir birliği olmadığı varsayımında bulunulması mümkün olmakla birlikte, bizzat *Paulus*’a ait olan metnin fragmanları (*D.39.6.35.2* ve *D.39.6.35.4*) arasındaki çelişki ise, bu durumun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır<sup>459</sup>.

*Paulus*’un, *D.39.6.35.2*’de *Marcellus* tarafından ileri sürülen görüşe karşıt bir görüş ortaya koymasına rağmen, *D.39.6.35.4*’de *Marcellus*’un görüşüne yer vermiş olması, kendisinin, bu görüşü, bir eleştiri süzgecinden geçirmeksizin kabul ettiği izlenimini

<sup>457</sup> RÜGER, s. 41-42

<sup>458</sup> Bu yönde bkz. SIMONIUS, s. 104; DI PAOLA, s. 85-87, zikr. RÜGER, s. 42; Böyle bir iddiada bulunabilmek için, derleyicilerin *Paulus*’a ait olan metinler (*D.39.6.35.2* ve *D.39.6.35.4*) arasında son derece açık bir çelişkiye sebebiyet verirken hangi gerekçelerle hareket ettiklerinin de cevaplanması gerekmektedir. RÜGER, s. 42, dn. 113.

<sup>459</sup> RÜGER, s. 42.

yaratmaktadır. *Paulus*'un bu fragmanda, *donatio mortis causa*'nın *lex Iulia Et Papia Poppaea* ile getirilen düzenlemenin kapsamına girdiğine ilişkin *Senatusconsultum*<sup>460</sup> sebebiyle ortaya çıkan tartışmalara yer verdiği yönünde bir değerlendirme yapılmak suretiyle bu durumun açıklığa kavuşturulması mümkündür. Ölüm sebebiyle yapılan fakat istirdat talebinin ileri sürülmesine ilişkin bir anlaşma içermeyen bağışlama muamelesinin, *donatio mortis causa* olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği sorusuna ilişkin olarak belirtilmesi gereken husus, *lex Falcidia*'nın kapsamı hakkında *constitutio Severi* ile getirilen düzenlemeden itibaren, taraflar arasında bir *donatio inter vivos*'un mu yoksa bir *donatio mortis causa*'nın mı mevcut olduğunun, oldukça dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerektiğidir. Zira, mirasçılar, *lex perfecta* niteliğindeki bu düzenleme sayesinde, istirdat taleplerine dayanak teşkil eden ve bizzat ileri sürebilecekleri bir davayla, kendilerine düşen miras payını (*quarta*) elde edebilmek için mirasbırakan tarafından yapılmış *donatio mortis causa* muamelesine başvurabilmişlerdir<sup>461</sup>.

## VII.GENEL NİTELİKTEKİ CAYMA HAKKININ KLASİK HUKUK DÖNEMİNDEKİ VARLIĞI

### A.Genel Olarak

Kaynaklarda bağışlayanın iyileşmesi ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinde ileri sürülen istirdat talebinin yanında, bağışlayanın muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık (*paenitentia*<sup>462</sup>) sebebiyle istirdat talebinde bulunması şeklinde üçüncü bir durumdan söz edilmektedir<sup>463</sup>. Bu metinlerden anlaşıldığı üzere, pişmanlık sebebiyle muameleden rücu edilmesi (cayma hakkı - pänitenzrecht-

<sup>460</sup> D.39.6.35 pr. (*Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam*): *Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.*

<sup>461</sup> RÜGER, s. 43-44.

<sup>462</sup> *Paenitentia*: *Iustinianus* döneminde bir kimsenin belirli muameleler için geçerli olmak üzere, sırf fikrini değiştirmiş olması sebebiyle ve muamelenin diğer tarafının kendi üzerine düşen borcu henüz ifa etmemiş olması şartıyla tek taraflı olarak hukuki muameleden vazgeçmesi ve *condictio ex paenitentia* isimli davayı açmak suretiyle verdiğini geri alması. BERGER, s. 616.

*Condictio ex paenitentia*: *Iustinianus* hukukunda, isimsiz akitlerde, edimini yerine getirdikten sonra, henüz karşı edim yerine getirilmeden akdi feshetmek isteyen tarafın edimini geri almak için açtığı dava. Karşı taraf, mukabil edimi yerine getirmek hususunda geç kalmış olmasa bile ikame edilebilmekteydi. UMUR, Lügat.

<sup>463</sup> D.39.6.15, D.39.6.16, D.39.6.30, D.40.1.15, D.24.1.13.1, D.24.1.22, *Paulus Sent.* 3.7.2.

Reurecht) de, *donatio mortis causa*'nın olağan unsurlarından biriydi. Yalnızca bir “*naturalia negotii*” olarak nitelendirilebilecek olan cayma hakkı, bağışlayanın iyileşmesi halinde doğan istirdat hakkından farklı olarak, taraflarca açıkça kararlaştırılmış bir anlaşmaya dayandırılmamaktadır. İstirdat hakkının ileri sürüldüğü diğer iki durumun aksine, cayma hakkının klasik hukuk dönemindeki varlığı *donatio mortis causa* açısından en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bu konuda görüş beyan edenlerin çoğunluğu, birbirinden farklı gerekçelere dayanmak suretiyle, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlama muamelesinden herhangi bir sebep göstermeksizin rücu edebilmesinin kökenlerinin klasik sonrası hukuk dönemine dayandığını ileri sürmüşlerdir<sup>464</sup>.

Simonius'a göre, klasik hukuk döneminde de genel nitelikte bir cayma hakkının mevcut olduğu yönündeki varsayımın ciddi anlamda göz önünde bulundurulabilecek tek dayanağı, *donatio mortis causa*'nın doğasında var olan “ölüme bağlı tasarruf muamelesi” karakteridir. Ölüme bağlı tasarruf muamelelerinin diğer bütün türlerinde, tasarrufta bulunan kişi, hayatta olduğu sürece bu tasarrufundan rücu edebilmektedir. Ölüme bağlı bağışlamada bulunmak suretiyle ulaşılmak istenen amacın, kanun koyucuyu veya hukuk ilmi ile uğraşanları, vasiyet yoluyla tasarrufta bulunulması halinde uygulanacak hükümlerin *donatio mortis causa* için de geçerli olduğu sonucuna sevk etmiş olması imkânsız olmamakla birlikte, Simonius'a göre, *donatio mortis causa* ile vasiyetname arasında bu yönde yapılan bir eşitleme aşağıdaki sebeplerden ötürü yerinde değildir<sup>465</sup>:

Buna göre, *fideicommissum* dışında, bir ölüme bağlı tasarruf muamelesinden, sadece bu yöndeki iradenin dış dünyaya yansıtılması neticesinde rücu edilmesi mümkün değildir. Ölüme bağlı bir tasarruf olduğundan, vasiyeti düzenleyen kişinin vasiyetten dönmesi her zaman mümkün olmakla birlikte, vasiyetname, şekle tâbi bir muamele olduğundan, vasiyetten dönme de şekle tâbi bir işlemle gerçekleştirilebilirdi. Nitekim *Gaius* da, *Institutiones* isimli eserinde, hukuken geçerli olarak düzenlenmiş (*iure factum*) bir vasiyetten şekilsiz bir irade beyanıyla dönülemeyeceğini ve vasiyeti düzenleyen kişinin vasiyetnameyi bağlayan ipi koparması, yazıyı silmesi veya tahtaları yakması durumunda, her ne kadar ispat güçlükleri yaşansa da vasiyetin

<sup>464</sup>SIMONIUS, s. 117-118. Aynı yönde bkz. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 505.

<sup>465</sup>SIMONIUS, s. 120.

geçerliliğini koruduğunu ifade etmektedir<sup>466</sup>:

*Gai. I. 2.151: Potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmantur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat. quin etiam si deleuerit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent ualere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

*Gai. I. 2.151:* “Hukuken geçerli olarak yapılmış (*iure factum*) bir vasiyet, vasiyeti yapan kişinin karşı yöndeki iradesi ile geçersiz kılınabilir. Ancak, sadece bu yöndeki bir iradeyle vasiyetin geçersiz olmayacağı açıktır. Çünkü, vasiyeti yapan kişi, vasiyetin geçerli olması yönünde iradesini ortaya koyduktan sonra, vasiyetnameyi bağlayan ipleri keserse, yine de *ius civile* gereğince geçerli olmaya devam eder. Bundan başka, vasiyetnameyi yoketse (silse) veya yaksa da, her ne kadar ispatı güç olsa da, onun yazdıkları geçersiz olmaz”<sup>467</sup>.

Vasiyetname yoluyla mirasçı tayini ve *legatum*, yalnızca, yeni bir vasiyetname düzenlenerek veya mevcut vasiyetname fiilen (*de facto*) tahrip edilerek geçersiz kılınabilmiştir<sup>468</sup>. Simonius’a göre, gerekli niteliklere sahip olmayan bir irade beyanı ile *legatum*’dan rücu edilen bazı durumlarda, bu sonucun korunmasını sağlayan *exceptio doli* ise, hakkaniyeti sağlama düşüncesiyle oldukça geç kabul edilmiş bir tashih niteliğindedir<sup>469</sup>. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, *donatio mortis causa*’nın iki taraflı bir hukukî muamele olması sebebiyle diğer ölüme bağlı tasarruf muamelelerinden ayrılmasıdır. Bir diğer ifadeyle, muayyen mal vasiyeti tek taraflı bir hukukî muamele olduğu için yalnızca vasiyetçinin irade beyanıyla hukukî sonuç doğmakta ve lehdarın bilgisi ve rızası

<sup>466</sup>KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 150. Bu kural, M.S. 2. yüzyılın ortalarında geçerliliğini kaybetmeye başlamış ve vasiyeti düzenleyen kişinin iradesine daha fazla önem verilmiştir. Böylece, vasiyetnameyi düzenleyen kişi tarafından kesilmesi veya silinmesi halinde vasiyetnamedeki mirasçı atanmasına ilişkin hükmün geçerliliğini kaybedeceği ve vasiyetnamede belirtilen kişinin mirasa sahip olamayacağı kabul edilmiştir (D.28.4.3). BUCKLAND, Text-Book, s. 333?

<sup>467</sup>Türkçe metin için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 150.

<sup>468</sup>Hukuken geçerli olarak düzenlenmiş (*iure factum*) bir vasiyet ile önceki vasiyetin geçersiz kılınabilmesi için, ikinci vasiyetle bir mirasçının tayin edilmiş olması zorunlu değildi. Yeni vasiyette bir mirasçının bulunmasının imkân dâhilinde olması, eski vasiyetin geçersiz olması için yeterliydi. Böylece, mirasçı olarak atanan kişinin mirası kabul etmemesi veya kabul etmeden ölmüş olması sebebiyle yeni vasiyet hüküm ifade etmese bile, eski vasiyet, vasiyeti düzenleyen kişinin aksi yöndeki iradesine bağlı olarak geçersiz olurdu (I.2.17.2). KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 151.

<sup>469</sup>Bkz. D.34.2.34.1 ve *Gai. Inst.* 2.198.

aranmamaktadır<sup>470</sup>.

*Iulianus*'un *Digesta*'sında cayma hakkının ele alındığı fragmanlar'dan (D.39.6.13-19) anlaşıldığı üzere, *Iulianus*, kısmen diğer hukukçuların da görüşlerine yer vermek suretiyle, yoğun bir şekilde cayma hakkı ile iştigal etmiştir<sup>471</sup>:

*D.39.6.13.1 (Iulianus libro XVII ad Digestorum): Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. Nam et sic potest donari, ut (...)reddatur; etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit.*

*Donatio mortis causa*'nın türlerine ilişkin olarak, *Iulianus* tarafından, D.39.6.13.1'dekinden farklı bir sınıflandırma yapıldığı, *Ulpianus*'a ait bir metin olan D.39.6.2'de yer alan düzenlemeden anlaşılmaktadır. *Marcellus* tarafından, istirdat talebinin cayma hakkının kullanılmasından sonra ileri sürülmesi şeklinde ikinci ihtimal olarak ele alınan husus, *Iulianus* tarafından D.39.6.16'da ileri sürülen görüş ile uyum içerisindedir. D.39.6.13.1'de kullanılmış olan *prior* ifadesinden anlaşıldığı üzere, *Marcellus*, istirdat talebine ilişkin olarak, bağışlayanın mirasçılarını koruyan bir düzenlemeden söz etmektedir. Zira, bağışlayan, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalık yüzünden ölse bile, ölmeden önce cayma hakkını (*Reurecht*) kullanmış olması şartıyla, mirasçılar tarafından bağışlama konusu malın iadesi talep edilebilmiştir. Cayma hakkının bizzat bu hakka sahip olan kişi tarafından kullanılmasına ilişkin bu kural, D.39.6.30'da yer alan düzenlemede de *Ulpianus* tarafından ifade edilmiştir<sup>472</sup>.

*Iulianus*'un *Digesta*'sında yer alan ve cayma hakkına ilişkin bir diğer metin olan D.39.6.15 iki hukukçu tarafından yorumlanmıştır:

*D.39.6.15 (Iulianus libro XXVII ad Digestorum): Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat:*

---

<sup>470</sup>SIMONIUS, s. 120-121; MACKINTOSH, s. 149-150.

<sup>471</sup>RÜGER, s. 229.

<sup>472</sup>RÜGER, s. 230.

*hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.*

*Marcellus*, malvarlıklarını vasiyetname yoluyla istedikleri kişiye bırakma imkânına sahip olduklarından, asker olan aile evlâtlarının ölüme bağlı bağışlamaya getirilen yasağa da tâbi olmadıklarını varsayarken; *Paulus* ise, bu durumun bir emirname (*constitutio*) ile güvence altına alındığını ve vasiyetnameler örnek alınmak suretiyle ölüme bağlı bağışlamalardan da rücu edilebileceğini ifade etmiştir.

*Marcellus* asker olan aile evlâtları tarafından yapılan *donatio mortis causa* muamelesinin geçerliliğini, çoğun içinde az da vardır kuralından (*argumentum a maiore ad minus*) yola çıkmak suretiyle, askerler tarafından yapılan vasiyetnamelere dayandırmaktadır<sup>473</sup>. *Paulus*'a ait ifadenin metnin bütünüyle olan bağlantısı çok açık olmamakla birlikte tayin edilebilir niteliktedir. Bu düzenlemede ölüme bağlı tasarrufların rücu edilebilirliği *tertium comparationis*<sup>474</sup> niteliğindedir. *Paulus*'a ait olan ifade (*ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt*) ile I.2.7.1'de yer alan ifade (*hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*) arasında açık bir benzerlik olup, her iki metinde yer alan *exemplum legatorum* ifadesi, yalnızca cayma hakkı açısından değerlendirilmemektedir. Diğer taraftan *legatum*'un rücu edilebilirliği *Iustinianus* dönemine ait tipik bir özellik olarak kabul edilse dâhi, D.39.6.13.1'de yer alan düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, *Iulianus* ve *Marcellus donatio mortis causa* açısından cayma hakkını, *legatum* ile ilişkilendirmeden, yalnızca tarafların bu hususu kararlaştırmış olmalarına dayandırmışlardır<sup>475</sup>.

Bununla birlikte, genel nitelikte bir cayma hakkına ilişkin olarak *Iulianus*'a ait olan en açık ifade, vasiyetname hukuku ile (Testamentsrecht) bağlantılı olup, bu ifade ile *donatio mortis causa*'nın ölüme bağlı tasarruflara olan yakınlığı vurgulanmaktadır<sup>476</sup>:

*D.39.6.16 (Iulianus libro XXIX ad Digestorum): Mortis causa donatio etiam dum*

<sup>473</sup>Aynı yönde bkz. SIMONIUS, s. 12.

<sup>474</sup>Birbiriyle kıyaslanan iki şeyin sahip oldukları ortak özellik.

<sup>475</sup>RÜGER, s. 230-231.

<sup>476</sup>RÜGER, s. 231.

*pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.*

Metinde ifade edildiği üzere, bağışlayanın sağlığına kavuşup kavuşmayacağını belirsiz olduğu dönemde *donatio mortis causa* muamelesinden rücu edilebilir.

Belirli bir hastalık yüzünden öleceği düşüncesiyle bağışlamada bulunan kimse (*imminente periculo commotus*), muamelenin temelinde yatan *causa* kendisinin iyileşmesi sebebiyle geçersiz hale gelinceye kadar beklemek zorunda değildir; bağışlayan, belirsizlik arz eden dönemde de (muamelenin askıda olduğu süre zarfında) cayma hakkını kullanabilir. Bu ifade, *D.39.6.13.1*'de *Marcellus* tarafından belirtilen ihtimallerden ikincisi ile uyum halindedir. Rüger'e göre, klasik hukuk döneminde cayma hakkının varlığını inkâr eden yazarlar bu metinde hiçbir dilsel hata bulamadıklarından, bu düzenlemenin genel geçerliliğine itiraz edebilmek için, *Iulianus*'un *donatio in fraudem creditorum*<sup>477</sup>, dan söz ettiği yönünde isabetsiz açıklamalara başvurmak zorunda kalmışlardır<sup>478</sup>.

*Iulianus*, *condictio*'ya ilişkin bir metinde de *donatio mortis causa* açısından istirdat talebine değinmiştir:

*D.12.1.19 pr. (Iulianus libro X ad Digestorum): Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset...*

Metinde hangi hallerde *condictio*'nun ileri sürüleceği hususu ele alınmaktadır. Rüger'e göre, kendisine yapılan bir tediye dolayısıyla alıcının geri ödeme yükümlülüğü, daha ziyade, ulaşılmak istenen amaca göre tayin edilmelidir. Geciktirici şarta bağlı iade yükümlülüğüne esas teşkil eden *donatio mortis causa*, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Yazara göre, “*veluti*”<sup>479</sup> kelimesi önemli bir

<sup>477</sup>*Fraus Creditorum*: Bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek için yaptığı hileli muameleler. Borçlunun, bazı borçlanma ve temlik muameleleri ile kendi kendisini âciz haline düşürmesi. Bu takdirde *praetor*, *in integrum restitutio* ile hileli muameleleri iptal ederdi. UMUR, Lügat.

<sup>478</sup>RÜGER, s. 231-232.

<sup>479</sup>Schwarz ve Simonius, istirdat talebine ilişkin olarak ileri sürdükleri görüşlerini desteklemek

anlama sahiptir. Metinde istirdat talebinin temelinde yatan sebepler olarak gösterilen “bağışlayanın iyileşmesi-Konvaleszenz” ve “bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi-Prämorienzenz” halleri sadece örnek olarak zikredilmişlerdir. Bir diğer ifade ile “*veluti*” kelimesi “zum Beispiel-örneğin” anlamına gelecek şekilde kullanıldığından, bu sebepler bir sınırlandırmaya tâbi tutulmamışlardır<sup>480</sup>. Ancak “*veluti*” kelimesinin bu anlama gelecek şekilde kullanılmadığını savunan yazarlar bile, metnin genel nitelikteki cayma hakkının klasik hukuk dönemindeki varlığına karşı bir belge niteliğinde olabileceği görüşünü ileri sürmemektedirler<sup>481</sup>. Rüger’e göre, neredeyse klasik hukuk dönemine ait hiçbir metinde istirdat talebinin muhtemel sebepleri eksiksiz olarak sayılmadığından, metinde, bağışlayanın, sonradan fikrini değiştirmesi, pişman olması (*paenitentia*) sebebiyle muameleden rücu etmesinden söz edilmemiş olmasının, böyle bir imkânâ sahip olmadığı şeklinde yorumlanması yerinde bir tespit değildir<sup>482</sup>.

Bağışlayanın sonradan fikrini değiştirmesi, pişman olması (*ex paenitentia*) sebebiyle muameleden rücu etmesi, *Ulpianus* ve *Paulus* tarafından açıkça ele alınmıştır:

*D.39.6.30 (Ulpianus libro XXI ad Edictum): Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictioem vel utilem actionem habet.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimse, bu muameleyi yapmış olmaktan pişmanlık duyması halinde, *condictio* veya *actio utilis* ileri sürme imkânına sahiptir.

Rüger’e göre, *rei vindicatio utilis* anlamına gelecek şekilde kullanılan *actio utilis*

---

amacıyla, bu kelimeyi bilinçli olarak silmekte, göz ardı etmektedirler. SIMONIUS, s. 127; SCHWARZ, F., Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht, Münster/Köln 1952, s. 268, zikr. RÜGER, s. 232, dn. 79.

<sup>480</sup>Bazı yazarlar metinde geçen “*veluti*” kelimesini “also-yani” olarak çevirmekte ve böylece metinde istirdat talebinin temelinde yatan sebeplerin sınırlayıcı bir şekilde ele alındığını savunmaktadırlar. RÜGER, s. 232, dn. 80.

<sup>481</sup>Bu yazarlar, en azından, böyle bir iddiada bulunulabilmesi için “*veluti*” kelimesinin metinden çıkarılması gerektiği yönünde görüş beyan etmektedirler. RÜGER, s. 232, dn. 81.

<sup>482</sup>RÜGER, s. 232-233. Yalnızca *Iulianus/Marcellus D.39.6.13.1*’de ve dolayısıyla *Paulus D.39.6.35.4*’te, *donatio mortis causa*’nın farklı türleri ve dolayısıyla istirdat talebinin muhtemel sebepleri sıralanmıştır. *Paulus Sent. 3.7.1*’de yer alan düzenlemede, sadece, yurda dönüş yapılması (glücklichen Heimkehr) halinden söz edilmesine karşılık, çok sayıda metinde yalnızca bağışlananı ölüme bağlı bağışlama muamelesi düzenlemeye sevk eden hastalığın atlatılmasından söz edilmektedir: *D.39.6.24*, *D.39.6.31.3*, *D.24.1.4*, *D.39.6.13 pr.*, *D.39.6.18 pr.*, *D.39.6.18.2*, *D.40.1.15*, *D.12.4.12*, *D.39.6.35.3*, *D.39.6.39*, *D.24.1.56.*, *D.23.3.76*, *D.39.6.29*, *D.39.6.37.1*. RÜGER, s. 233, dn. 82.

ifadesinin *interpolatio* çalışmaları neticesinde metindeki yerini aldığı sonucuna varılacak olsa bile, bu durum, *condictio ex paenitentia*'nın varlığına karşı bir delil niteliğini haiz değildir. *Ipsa* ifadesi, cayma hakkının, bu hakka sahip kişi tarafından bizzat kullanılması (Höchstpersönlichkeit) gerekliliğini vurgulamak üzere kullanılmıştır. Buna göre, cayma hakkı, yalnız bağışlayan tarafından kullanılabilir ve bağışlayanın mirasçılarının böyle bir yetkisi yoktur. Konuya ilişkin olarak *D.39.6.13.1*'de *Iulianus* tarafından yapılan düzenlemeye göre, bağışlayan henüz hayattayken cayma hakkını kullanmışsa, bağışlayanın mirasçıları bağışlama konusu malın kendilerine iadesini talep edebileceklerdir. Her iki metinde yer alan düzenlemeler, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya yönelik iradesini ölünceye kadar sürdürmesi halinde, bağışlayanın mirasçılarının bağışlama konusu malın kendilerine iadesini talep edemeyecekleri yönündeki ilke ile uyum halindedir<sup>483</sup>.

Cohen'e göre, hukukî bir sonuç elde etmeye yönelmiş iradenin bir beyanla dış dünyaya yansıtılmaması halinde bir hakkın yaratılması veya bir hakka son verilmesi mümkün olmadığından, iradeye ilişkin değişikliklerin de zımnî veya sarîh bir şekilde dış dünyaya yansıtılması gerekir. Bu nedenle, bağışlayanın, bağışlamadan rücu ettiği yönündeki iradesini bağışlanana bildirmiş olması gerekmele birlikte, bu yöndeki iradenin mutlaka açık olarak beyan edilmesi zorunlu değildir. *D.24.1.32.4*'de yer alan düzenlemede olduğu gibi, bağışlayanın ölmeden önce bağışlamadan rücu etmiş olduğunu ispat edebilmeleri halinde, mirasçılara da istirdat talebinde bulunabilme hakkının tanınması gerekir. *D.39.6.30*'da kullanılmış olan "*ipse*" ifadesi de böyle bir yargıya varılmasına engel teşkil etmez. Bu nedenle, bağışlayanın cayma hakkını kullanabilmesinin bir şarta bağlı olup olmadığına ilişkin ayırım yapılmasına gerek yoktur. Zira kaynaklarda da böyle bir hükme varılmasına sebep olacak her hangi bir emareye rastlanmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere bağışlamadan rücu edildiği yönündeki irade, dış dünyaya dolaylı olarak da yansıtılabilir. Eşler arasındaki bağışlama ve *legatum* ile kıyaslandığında, *donatio mortis causa* öğretisinde bu konu üzerinde çok fazla durulmadığı anlaşılmaktadır. Bağışlama konusu malın bir

---

<sup>483</sup>RÜGER, s 233. Bu düşünce, eşler arasındaki bağışlama yasağını yumuşatmak üzere çıkarılmış bir senatus kararı olan ve bağışlayanın bağışlanandan önce öldüğü ve henüz hayattayken bağıştan rücu etmek üzere bir girişimde bulunmadığı hallerde, eşler arasındaki bağışlamanın mirasçılar tarafından da iptal edilemeyeceğine ilişkin olarak *Oratio Severi et Caracalla*'da yer alan düzenlemeye de esas teşkil etmektedir.

başkasına devredilmesi veya üzerinde ipotek hakkı tesis edilmesi (Verpfändung), bağışlamanın konusunu bir kölenin oluşturduğu hallerde bu kölenin azat edilmesi, bağışlamadan rücu edildiği yönündeki iradenin dış dünyaya dolaylı olarak yansıtıldığı hallere örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenle, bağışlayan ile bağışlanan arasında kişisel bir sorunun çıktığı hallerde, bağışlayanın iradesinin muameleden rücu etmeye yönelik olduğuna ihtimal verilebilir. Zira *D.24.1.11.10*'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, eşler arasında ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapıldıktan sonra tarafların boşanması halinde, bağışlamada bulunan eşin, başka herhangi bir şarta gerek olmaksızın, bu yöndeki iradesinden rücu ettiği ve dolayısıyla ölüme bağlı bağışlamanın geçersiz hale geldiği sonucuna varılması mümkündür<sup>484</sup>.

*Paulus Sent. 3.7.2: Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convalescit.*

Metinde ifade edildiği üzere, ölüme bağlı bağışlama, ancak ölüm halinde hükümlerini doğuracağından, hastalığın atlatılması halinde ve de muamelenin yapılmasından duyulan pişmanlık sebebiyle muameleden rücu edilebilir.

Metinde ele alınan, muamelenin iptal edilebilirliği hususu, muamelenin temelinde yatan *causa*'nın bağışlayanın ölümüne kadar askıda olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum hem derhal ifa edilen hem de ifa edilmesi geciktirici şarta bağlanan bağışlamalar için geçerlidir. Bu metinde, *Paulus Sent. 3.7.1*'de<sup>485</sup> yer alan düzenleme ile bağlantılı olarak çeşitli istirdat sebepleri üzerinde durulmaktadır. Muamelenin yapılmasından duyulan pişmanlık sebebiyle cayma hakkının kullanılması, bağışlayanın iyileşmesi halinde muameleden rücu etmesiyle eşdeğer bir istirdat sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup>COHEN, s. 64-65.

<sup>485</sup>PS 3.7.1. *Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit.*

Bağışlayanı ölüme bağlı bağışlamada bulunmaya sevk eden farklı tehlike halleri sayılarak *imminente periculo commotus* kavramının adeta somutlaştırıldığı bu metinde ifade edildiği üzere, savaşa giden veya bir deniz yolculuğuna çıkmak üzere olan bir kimse bağışlama konusu malın, geri döndüğünde kendisine iade edilmesi ve fakat hayatını kaybederse bağışladığı kimsede kalması şartıyla ölüme bağlı bağışlamada bulunmaktadır.

<sup>486</sup>RÜGER, s. 234. Di Paola'ya göre, *Paulus Sent. 3.7.2*'de yer alan düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, *revocatio ex paenitentia* sebebiyle muameleden rücu edilmesi, yalnızca, bağışlayanın, kendisini bu mumeleyi yapmaya sevk eden hastalığı atlatması halinde mümkündür.

Eşler arasında yapılan bağışlama muamelesinde, bağışlamada bulunan eşin sonradan fikrini değiştirmesi, pişmanlık duyması sebebiyle muameleden dönme imkânı, *Ulpianus*'a ait üç metin ile de belgelenmektedir. *D.24.1.11.10*<sup>487</sup>, da yer alan düzenlemede *Iulianus* tarafından bildirildiği üzere, eşler arasında yapılmış bir ölüme bağlı bağışlama muamelesinde (*donatio mortis causa inter virum et uxerem*) bağışlamada bulunan koca, boşanma halinde, başka bir şart aranmaksızın bu muameleden rücu etme imkânına sahip olacaktır. *Ulpianus*, bu düzenlemeye uygun olarak, *D.24.1.22*<sup>488</sup>, de, kocanın, karısına bir köleyi *mortis causa* bağışlaması ve daha sonra bu köleyi azat etmek suretiyle vasiyetnamesinde mirasçı olarak tayin etmesi (*heres cum libertate*)<sup>489</sup> halinde, bir diğer ifadeyle bağışlamada bulunan eşin fikrini değiştirerek bu köleyi mirasçı olarak ataması şartıyla, karısına yapmış olduğu bağışlama muamelesinden rücu edebileceğini kabul etmektedir. *D.24.1.13.1*<sup>490</sup>, e göre

---

Ancak yazar bu değerlendirmeyi yaparken, öncelikle metnin bu şekilde tercüme edilmesi halinde *etiam* kelimesinin hiçbir anlam ifade etmeyeceğini ve ikinci olarak da bağışlayanın iyileşmesi zaten başlı başına bir istirdat sebebi olduğundan, pişmanlık sebebiyle muameleden dönülmesinin yani cayma hakkının (Reurecht) kullanılmasının esaslı bir işleve (anlama) sahip olamayacağını göz ardı etmektedir. DI PAOLA, s. 79, zikr. RÜGER, s. 234, dn. 90. Archi, bu metinde yer alan düzenlemeden yola çıkarak, cayma hakkının en azından *Iustinianus* döneminden önce mevcut olduğu sonucuna varmaktadır. Buna karşılık Amelotti, ikna edici herhangi bir sebep göstermeksizin “*paenitentia etiam*” ifadesini metinden çıkarmaktadır. ARCHI, s. 256, AMELOTI, s. 219, zikr. RÜGER, s. 234, dn. 91.

<sup>487</sup>*D.24.1.11.10 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Si maritus uxori donaverit mortis causa eaque diverterit, an dissolvatur donatio? Iulianus scripsit infirmari donationem nec impendere.*

<sup>488</sup>*D.24.1.22 (Ulpianus libro III ad Sabinum): Uxori suae quis mortis causa servum donavit eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quaeritur. Et puto, si hoc animo eum scripsit heredem, quod donationis se dixit paenituisse, valere institutionem et necessarium heredem domino servum fieri: ceterum si, posteaquam heredem instituit, donavit, donatio praevaleret, vel si ante donavit, non tamen adimendi animo libertatem adscripsit.*

<sup>489</sup>Bir Romalı'nın mirasçı bırakmadan, yani, kendisini hukuken devam ettirecek birin bulmadan ölmesi uygun görülmezdi. Bu nedenle, terekenin borcu fazla olduğu için mirasının kabul edilmemesi ve bunun sonucunda mirasçısız kalma tehlikesini görenler, vasiyetname ile kölelerini mirasçı naspederek, *ipso iure* mirasçı haline gelen bu köleler mirası kabul etmekten kaçınmazlardı. Bu nedenle, bu kölelere, *necessarius*, yani zarurî veya mecburi mirasçı denirdi. UMUR, Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları, s. 163. Vasiyetname düzenleyen bir kimse sahip olduğu bir köleyi ancak *cum libertate* yoluyla mirasçı olarak tayin edebilirdi. Yani bir kölenin mirasçı olabilme ehliyetine (*testamenti factio passiva*) sahip olması ancak aynı vasiyetname ile kölelikten azat edilmesi halinde mümkündü. ADOLF, s. 733. Kölelerin, kendi efendileri tarafından mirasçı olarak atanabilmeleri için, aynı zamanda hürriyetlerinin de verilmesi gerekirdi (*cum libertate*: *Gai. Inst.* 2.185-188; *Ulp.* 22.7, 11-12). Fakat klasik hukuk döneminde, hürriyet verilmeden (*sine libertate*) mirasçı olarak atanmış köle, sonradan azat edilmiş olsa dahi mirasçı olamadığı halde, *Iustinianus* hukuku, yeni bir insanî düşünce (*nova humanitatis ratione*) ile mirasçı olarak atanmanın hürriyetin bahşedildiği anlamına geldiğini kabul etti ve mâliğin köleyi kendisine mirasçı seçerken, ona hürriyetini vermeyi unutmakla, köleyi köle halinde bırakmayı ve kendisinin mirasçısız kalmayı istemiş olmasını, mümkün ve muhtemel görmedi. Başkasının kölesinin mirasçı olarak nasbedilebilmesi için, bu kölenin sahibinin *testamenti factio passiva*'ya sahip olması gerekirdi (*D.28.5.31 pr.*; *Ulp.* 22.9). UMUR, Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları, s. 163; DI MARZO, s. 516-517. Köleliğin sona erme şekilleri hakkında ayrıca bkz. ALTOP, S., Roma Hukukunda Kölelik, İstanbul 2002, s. 79 vd.

<sup>490</sup>*D.24.1.13.1 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Proinde et si mortis causa uxori donaverit et*

karısı lehine ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapan sürgün cezasına mahkûm edilmiş (sınırdışı edilmiş) eşin, her ne kadar bu ceza sebebiyle ölmüş gibi kabul edilse de, muameleden rücu etme hakkını muhafazaya devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir<sup>491</sup>.

Karı-koca arasındaki bağışlamalar (*donationes inter virum et uxorem*) geçersiz olmakla birlikte, *mortis causa* yani bağışlayanın bağışlanandan önce öleceği düşüncesiyle yapılan bir bağışlama muamelesi evliliğin artık engel teşkil etmeyeceği zamana ilişkin olduğundan, karı-koca arasındaki bağış yasağının kapsamı dışında kalmaktaydı<sup>492</sup>. *Donatio mortis causa inter virum et uxorem*'in, *oratio Severi* ile

---

*deportationem passus est, an donatio valeat, videamus. Et alias placet in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii. Cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur, ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, quia et mors eius expectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus sive adhuc in poena constitutus.*  
<sup>491</sup>RÜGER, s. 234.

<sup>492</sup>Eşler arasındaki bağışlama yasağı M.Ö. 1. yüzyıldan itibaren geçerli olan bir uygulamaydı. *Donatio mortis causa*'nın önemi ise, eşlere, bu yasağa rağmen, henüz hayattayken birbirleri lehine bağışlamada bulunabilme imkânı sunmasıydı. *Donatio mortis causa*, karı-koca arasındaki bağış yasağının istisnalarından biridir. Kendisine bağış yapılan eşin, bağışlayan eşten daha uzun yaşaması halinde, ölüme bağlı bağışlama muamelesi geçerli olup hukukî sonuçlarını bağışlayanın ölümünden sonra, yani evlilik sona erdikten sonra doğurmaya başlar ve bağışlanan bu anda malın mülkiyetini kazanır (*D.24.1.9.2, D.24.1.10, D.24.1.11 pr.*). Ancak bağışlanan eş daha önce ölürse, *mortis causa* yapılan bağışlama muamelesi geçersiz olur (*D.24.1.52*). *Donatio mortis causa*'nın bağış yasağının bir istisnası olarak kabul edilmesinin temel sebebinin pratik gereksinimler olduğu söylenebilir: *Manus* dışındaki evliliklerde eşler arasındaki yasal mirasçılıklar, eşler tarafından vasiyetlerle ve ölüme bağlı bağışlar ile önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Böylece bağışlayanın mirasçıları, bağışlanan eşten ona verilen şeyi isteyebilmektedirler. Ölüme bağlı bağışlamalar ile özellikle sağ kalan kadına bir güvence sağlama yoluna gidilmiştir. M.S. 206 tarihli bir *senatus* kararı (*Oratio Severi et Caracalla*) ile eşler arasındaki bağış yasağına *donatio mortis causa* ile getirilen istisnadan bile daha ileri gidilmiştir. Bu *Oratio*, eşler arasında yasaklanmış *inter vivos* bağışlamaları *fideikommissarium* yoluyla onaylama geleneğini getirmiştir. Buna göre, bağışlayanın bağışlanandan önce öldüğü ve henüz hayata iken bağışlamadan rücu etmek üzere bir girişimde bulunmadığı hallerde bağışlama muamelesi herhangi bir onaylamaya gerek olmaksızın *ius civile*'ye göre geçerli kabul edilmekte ve bağışlama konusu mal, bağışlayanın mirasçıları tarafından geri istenememekteydi (*D.24.1.32.1, D.24.1.32.2*). *D.24.1.32.2*'de belirtildiği üzere, bağışlayan pişman olabilir, fakat mirasçıların, bağışlayanın iradesine aykırı olarak, bağışlama konusu malı geri almaları hem kötüdür hem de fazla hırslı bir davranıştır. Böylece, eşler arasındaki bağışların bağışlayanın ölümü üzerine ayakta tutulması sonucunda, bağış yasağı, *donatio mortis causa*'yı da aşan bir şekilde yumuşatılmıştır. *Oratio*'da da belirtildiği üzere, hukukun katı hükümlerinin biraz yumuşatılması gerekmektedir (*D.24.1.32 pr.*). *Oratio Severi*, bağış yasağını *donatio mortis causa*'dan daha fazla yumuşatmış olmasına rağmen, birçok olayda *donatio mortis causa*'ya göre karar verilmiştir (*D.24.1.32.8, D.39.6.15*). OĞUZ, s. 180-183; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SIMONIUS, s. 275 vd., RÜGER, s. 90 vd. *Septimus Severus* ve *Caracalla*'nın M.S. 206 yılında çıkan bir *Oratio*'ları eşler arasındaki bağışlamaları, bağışlayanın ölmeden önce muameleden rücu etmemiş olması şartıyla geçerli kılmıştır. Bu düzenlemeye göre, bağışlayanın pişmanlık sebebiyle, verdiğini bizzat geri alabilmesi mümkündür. Fakat bağışlayanın ölümünden sonra, kendisi tarafından bağışlanmış eşyayı, belki de onun son arzusunun aykırı olacak şekilde, mirasçının alabilmesine izin vermek, ağır ve insanlık dışı bir durum yaratır (*D.24.1.32.2*). Bu kuralın temelinde yatan düşünce açıktır: Bizzat bağışlayanın kullanmak istemediği bir butlan sebebinin mirasçıların kullanabilmesi, kabul edilebilecek bir şey değildi. DI MARZO, s. 489.

getirilen düzenlemeye dayanılarak *fideikommissarium* yoluyla onaylanmasına gerek olmadığından ve *donatio inter virum et uxorem*'in *fideikommissarium* yoluyla onaylanması neticesinde geçerlilik kazanması ile *donatio mortis causa*'nın hükümlerini doğurması<sup>493</sup> arasındaki fark açık olduğundan, muamelenin sıhhat kazanması, yalnızca geçersiz bir bağışlama muamelesi için söz konusu olmaktadır. Ancak *donatio mortis causa inter virum et uxorem*, *donatio inter virum et uxorem* gibi geçersiz değildir. Zira, kaynaklardan (D.24.1.9.2 ve D.24.1.10) anlaşıldığı üzere, karı-koca arasında yapılan ölüme bağlı bağışlama muamelesi geçerli olup, muamelenin hukukî sonuçları, bağışlayanın ölümüne bağlı olarak evlilik sona erdikten sonra doğmaya başlar<sup>494</sup>. *Donatio mortis causa inter virum et uxorem*, eşler arasındaki bağış yasağının istisnalarından biri olup, bu muamelenin iptal edilebilirliğinin *donatio mortis causa inter exteros*'da (D.24.1.52.1) olduğu gibi geçersizlik yaptırımına dayandırılması güçtür. D.24.1.13.1'de açıkça belirtildiği üzere, taraflar arasındaki bağışlama muamelesi geçerli olarak kurulmuştur ve bağışlayan, *donatio mortis causa*'nın diğer bütün hallerinde olduğu gibi, bu muameleden rücu edebilir<sup>495</sup>.

## B.Genel Nitelikteki Cayma Hakkının Lex Cincia Açısından Değerlendirilmesi

Başlangıçta sadece günlük yaşamın içerisinde bir olgu olan bağışlama, muhtemelen *lex Cincia*<sup>496</sup> sebebiyle bir hukuk kavramı halini almıştır. *Donatio mortis causa*'nın bağışlamanın bir türü olarak görülmesiyle birlikte *lex Cincia*'nın hükümlerinin bu hukuk kurumu için de geçerli olduğu ihtimâl dâhilindedir<sup>497</sup>. Bu iddiayı desteklemeye yönelik kaynaklara dayalı sağlam delillerin eksikliğine ve genellikle

<sup>493</sup>D.39.6.32'de belirtildiği üzere *donatio mortis causa* muamelesi bağışlayanın ölümüne kadar hükümlerini doğurmaz ve bağışlayanın ölümünden sonra muamelenin hükümleri hukuken, doğrudan doğruya (*ipso iure*) ortaya çıkar.

<sup>494</sup>Eşler arasındaki bağış yasağının çıkış noktasını oluşturan, karı-kocanın malvarlığının karşılıksız kazandırmalar neticesinde azalmasını önleme düşüncesi, boşanma hali için öngörülmüş olup bu yasak *donatio mortis causa* muamelesini kapsamaz. OĞUZ, s. 184.

<sup>495</sup>RÜGER, s. 235.

<sup>496</sup>*Lex Cincia de donis et muneribus*, bağışa kısıtlamalar getiren kanunlardan biri olup bu kanunla, birbirlerinden herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın bağış almaya hakkı olan yakın akrabalar (*personae exceptae*) dışındaki akrabalar arasında belirli bir ölçüyü aşan bağışlar yasaklanmıştır. OĞUZ, s. 70.

<sup>497</sup>*Lex Cincia* ile getirilen düzenlemenin *donatio mortis causa* üzerinde uygulanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAYMANN, F., Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus, 39, 6, SZ 38 (1917), 209-243, s. 224 vd.

*lex Cincia*'ya ilişkin metinler içeren *Fragmenta Vaticana*<sup>498</sup>'da *donatio mortis causa*'dan söz edilmemesine rağmen, en azından *D.50.16.67.1*'de<sup>499</sup> yer alan düzenleme bu hususa ilişkin bir karine olarak değerlendirilebilir. Ayrıca *D.39.6.32*'de<sup>500</sup> yer alan “*perfecta*” ifadesi, bu metindeki düzenlemenin *lex Cincia* ile olan ilişkisini ve dolayısıyla bu yasanın *donatio mortis causa* için de geçerli olabileceğini göstermektedir. Simonius'a göre, klasik hukuk döneminde genel nitelikteki cayma hakkının *donatio mortis causa* için de geçerli olduğu düşüncesine sevk eden tek metin olan *D.39.6.16*'da<sup>501</sup> yer alan düzenleme de, muhtemelen *lex Cincia*'nın uygulama alanlarından birine işaret etmektedir<sup>502</sup>.

Simonius'a göre, *donatio mortis causa* ilk olarak, M.Ö. 204 yılında *lex Cincia* yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan bir hukuk kurumu olup, ölüme bağlı bağışlamanın kökeni, benzer bir ekonomik amaca ulaşmayı sağlayan hukukî muamelelere dayanmayıp, daha ziyade, olağan bağışlamanın özel bir türünü teşkil eden ölüm yatağında yapılan bağışlama muamelesine dayanmaktadır. Bu nedenle, *donatio mortis causa*, olağan bağışlama muamelesinden uzaklaşmasına yol açan özel düzenlemeler henüz yürürlüğe girmeden önce, *lex Cincia* ile getirilen düzenlemeye tâbi kılınmış olmalıdır. *Donatio mortis causa*'nın *lex Cincia* ile getirilen düzenlemeye tâbi kılınmasının doğurduğu pratik sonuçlar da aksi yönde bir sonuca varılmasını zorunlu kılmamaktadır. “*Morte Cincia removetur*” ilkesi muhtemelen klasik hukuk döneminin sonlarında kabul edildiğinden, bu ilkenin kabul edildiği döneme kadar, *lex Cincia*, mirasçılar tarafından iptal edilemeyen ölüme bağlı bağışlama muamelelerinin yapılması imkânını sınırlandırmıştır<sup>503</sup>. Böylece, örneğin

<sup>498</sup> *Fragmenta Vaticana* (Vatikan Parçaları), IV. ve V. yüzyılın hukukunu yansıtan, özellikle hukukçu *Papinianus*, *Paulus* ve *Ulpianus* ile imparator emirnamelerinden oluşan bir eserin XIX. yüzyılda Vatikan Kütüphanesinde bulunan parçalarıdır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 83, dn. 89.

<sup>499</sup> *D.50.16.67.1 (Ulpianus libro LXXVI ad Edictum): "Donationis" verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa sive non mortis causa fuerit.*

Metinde ifade edildiğiüzere, bağışlama kavramı genel anlamda ölüme bağlı olarak yapılan veya yapılmayan her türlü bağışlamayı kapsayacak şekilde kullanılır.

<sup>500</sup> *D.39.6.32: (Ulpianus libro LXXVI ad Edictum): Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.*

Metinden anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı bağışlama muamelesi, ölüm gerçekleşinceye kadar tamamlanmış sayılmaz.

<sup>501</sup> *D.39.6.16: (Iulianus libro XXIX ad Digestorum): Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.*

Metinde yer alan düzenlemeye göre, bağışlayanın iyileşip iyileşemeyeceğinin henüz belirsiz olduğu dönemde bile ölüme bağlı bağışlamadan rücu edilebilir.

<sup>502</sup> SIMONIUS, s. 122-123.

<sup>503</sup> *Lex Cincia* ile getirilen düzenlemenin *donatio mortis causa* için geçerli olmadığı kabul edilmesi

bir taşınmaza ilişkin olarak, zilyetlik devredilmeksizin sadece *mancipatio* muamelesinin yapılması yeterli olmadığından, bağışlayanın *lex Cincia*'ya dayanması mümkündür<sup>504</sup>.

Özellikle, bağışlama konusu mal mirasbırakanın (bağışlayanın) zilyetliğinde iken geçen sürenin, mal üzerindeki zilyetliği elde etmemiş olan bağışlayanın mirasçıları lehine kullanılmaması suretiyle, *lex Cincia*'ya dayanan cayma hakkının yaptırımı niteliğinde olan ve *replicatio legis Cinciae* ile desteklenen *interdictum utribi*'ye başvurma hakkı yalnızca bağışlayana tanınmış (*Gai. I. 4.151*); böylece ölüme bağlı bağışlamanın da *lex Cincia* ile getirilen sınırlamaya tâbi tutulması, bu hukuk kurumunun normal işlevini yerine getirmesinin önüne geçecek ölçüde olmamıştır<sup>505</sup>.

Böylece, Simoniusa göre, *donatio mortis causa*'nın *lex Cincia* ile getirilen hükümlere tâbi olduğu muhtemel olsa da, genel cayma hakkının bu yasanın bir neticesi olduğu yönündeki görüş isabetli değildir. Zira *lex Cincia*'ya dayanan cayma hakkı, kaynaklarda muameleyi yapmış olmaktan duyulan pişmanlık sebebiyle ileri sürülebileceği kabul edilen istirdat hakkının sahip olduğu geniş yürürlük alanından yoksundur (*D.39.6.15.1, D.39.6.16, D.39.6.30*). Bağışlananın, *lex Cincia* ile belirtilen müstesna kimselerden olduğu veya bağışlamanın miktarının tarafımızca bilinmeyen muayyen miktarı aşmadığı hallerde, *lex Cincia*'dan kaynaklanan bir cayma hakkının varlığından da söz edilemezdi. Ayrıca, *lex Cincia* müeyyidesiz bir kanun (*lex imperfecta*<sup>506</sup>) olduğundan, bu kanun ile getirilen düzenlemeye aykırı olmasına

---

halinde, *donatio mortis causa*, *lex Cincia*'nın hükümlerinin kanunu dolanma yoluyla ihlâl edilmesini sağlayan bir araç olarak kullanılabilirdi. Ayrıca, *D.50.16.67.1*'de yer alan düzenlemeden yola çıkılarak da, *donatio mortis causa*'nın da *lex Cincia*'nın yürürlük alanına girdiği sonucuna varılabilir. HAYMANN, s. 226.

<sup>504</sup>SIMONIUS, s. 123-124. Gerek bağış konusu malın mülkiyetinin devredildiği fakat zilyetliğinin devredilmediği durumlarda gerekse zilyetliğinin devredildiği fakat mülkiyetinin devredilmediği durumlarda bağışın *perfect* olmadığı kabul edilirdi. Bağışlayanın hiç bir biçimde bağış konusu mal ile ilgisinin kalmadığı, yani mal üzerindeki zilyetliğin ve mülkiyetin devredildiği hallerde ise, bağış *perfect* yani ifa edilmiş olduğundan, bağışlayanın *lex Cincia*'ya dayanması mümkün değildi. Zira, *lex Cincia* ile getirilen yasak sadece *donatio imperfectae*'leri, yani henüz ifa edilmemiş bağışlamaları kapsamaktaydı. Çünkü bu tür bağışlarda, bağışlananın, bağışlayana karşı bir talep hakkına henüz sahip olmadığı kabul ediliyordu. Bu daha ziyade, *stipulatio* ile yapılmış bağış vaadlerinde ve bağış konusu malın, bağışlanana *mancipatio* veya *traditio* ile devredilmediği durumlarda söz konusu oluyordu. Aksi halde bağışlanan, bağış konusu malı, bağışlayandan veya üçüncü kişiden, *rei vindicatio* ile talep edebilirdi. Bağışın henüz ifa edilmediği hallerde *praetor*, *lex Cincia* ile getirilen yasağın çiğnendiğini *in iure* saptamışsa, davayı önlemekte, aksi halde davalıya bir *exceptio legis Cincia* vermekteydi. OĞUZ, s. 70, 88.

<sup>505</sup>SIMONIUS, s. 124.

<sup>506</sup>*Leges Imperfectae*: Tam olmayan kanunlar veya müeyyidesiz kanunlar da denilen bu kanunlar, bir muamelenin yapılmasını yasaklamakla birlikte, yasağa aykırı hareket edildiği takdirde, hiçbir

rağmen geçerliliğini sürdüren tamamlanmış (*perfect*) bağışlamalar da, *lex Cincia*'nın yürürlük alanı dışında tutulmuştur. Bu sebeple, *donatio mortis causa*'nın bazı türleri olan, *stipulatio mortis causa*, şarta bağlı *traditio* ve *pactum de non petendo* yoluyla yapılan *donatio mortis causa* açısından cayma hakkının varlığından söz edilebilirken; mülkiyet hakkının derhal devredildiği ve *donatio mortis causa*'nın asıl formunu teşkil eden hallerde ise, yalnızca, *res Mancipi* niteliğindeki bir mal *mancipatio* yapılmaksızın devredilmiş ve *usucapio* henüz gerçekleşmemişse veya *mancipatio* yapılmış fakat bunu *traditio* izlememişse, *res Mancipi* veya *res nec Mancipi* niteliğindeki menkul bir mal *traditio* veya *mancipatio* yoluyla devredilmiş ve bağışlanan bu mal üzerinde henüz *utribi*'yi sağlayacak bir zilyetlik (*Utrubi-Besitz*) elde etmemişse istirdat talebinin varlığından söz edilebilmiştir<sup>507</sup>.

Simonius'a göre, *lex Cincia*'nın olağan bağışlamaya kıyasla *donatio mortis causa* üzerinde daha geniş bir etkiye sahip olduğu yönündeki varsayımı destekleyecek nitelikte bir gerekçe mevcut osaydı, bu konuda kendisi tarafından yapılan değerlendirme elbette daha farklı olurdu. Yazara göre, Siber<sup>508</sup>, *D.39.6.32*<sup>509</sup>'ye dayanarak ve Lenel'in bu metni "*ad legis Cinciae exceptionem*" başlığı altında düzenlemesinden destek alarak bu varsayımı savunmaktadır. *Lex Cincia* ile getirilen düzenlemeye tâbi tutulamayan bağışlamalar, "*donationes perfectae*" olarak isimlendirildiklerinden ve Siber'e göre, *donatio mortis causa*, bağışlayanın ölümüne kadar tamamlanmamış (*imperfect*) sayıldığından, *lex Cincia* ile belirlenmiş miktarı aştığı takdirde, bağışlayanın ölümüne kadar *lex Cincia*'dan doğan rücu hakkının (*Rückrufsrecht*) ileri sürülmesi mümkündü. Siber'e göre, *lex Cincia* ile müstesna tutulan kimseler lehine yapılan bağışlamalar için kullanılan *perfectio* kavramından yola çıkılarak<sup>510</sup>, *lex Cincia* ile getirilen düzenlemenin, *donatio mortis causa*'nın söz konusu olduğu hallerde bu müstesna kişilere karşı da ileri sürülebilecek bir istirdat hakkı tanıdığı sonucuna varılabilir<sup>511</sup>.

---

müeyyide öngörmezdi (*sanctio*). UMUR, Lügat.

<sup>507</sup>SIMONIUS, s. 124-125.

<sup>508</sup>SIBER, H., *Confirmatio donationis*, SZ 53 (1933), 99-150, s. 139, zikr. SIMONIUS, s. 125.

<sup>509</sup>*D.39.6.32: (Ulpianus libro LXXVI ad Edictum): Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.*

Metinden anlaşıldığı üzere, ölüme bağlı bağışlama muamelesi, ölüm gerçekleşinceye kadar tamamlanmış sayılmaz.

<sup>510</sup>*Fr. Vat. 310: Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione.*

<sup>511</sup>SIMONIUS, s. 125-126.

Simonius’a göre, Siber tarafından D.39.6.32’de yer alan düzenlemeye ilişkin olarak yapılan açıklamanın ne kadar ihtimal dışı olduğu özellikle bu noktada anlaşılmaktadır. Bu açıklama, muhtemelen, *lex Cincia*’nın uygulanması ile bağışlama muamelesinin tamamlanmış (*perfection*) olması arasında bir nedensellik bağı olduğuna ilişkin yanıldan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar bir bağışlama muamelesi tamamlanmamış (*imperfect*) olduğu için *lex Cincia*’nın hükümlerine tâbi olsa da, bu durum, bağışlama muamelesinin bu Kanun ile getirilen hükümlere tâbi tutulmasının tek sebebi değildir. *Lex Cincia*’ya dayanılarak rücu edilebilen bir bağışlama muamelesi elbette henüz “tamamlanmış” değildi ve bu yasa ile getirilen düzenleme, genel olarak, bağışlama muamelesinin tamamlanmasının önünü kesen en son engel niteliğindeydi. Özellikle bu bağlamda, sıklıkla muamelenin tamamlanmış olmasından (*perfection*) söz edilmiştir. Ancak, muamelenin tamamlanmamış sayılmasına yol açan başka sebepler de mevcuttur. Örneğin, *personae exceptae* olarak nitelendirilen kişiler lehine yapıldığı için *lex Cincia* ile getirilen sınırlayıcı düzenlemeden muaf olan bir bağışlama muamelesi de, bağışlanan bağışlamayı henüz kabul etmemişse (*quae nondum initium in personam donatarii accepit*) tamamlanmamış (*imperfect*) bir muamele olarak addedilmekteydi (D.39.6.42 pr.). *Donatio mortis causa* açısından “*imperfecta*” ifadesi, bağışlamanın icrasına hizmet eden muamelenin temelinde yatan bağışlama sebebinin, bağışlayanın ölümüne kadar geciktirici şarta bağlı olduğu olgusuna işaret etmektedir<sup>512</sup>. *Personae exceptae* olarak nitelendirilen kişiler lehine yapılmamış ve bu yasa ile kabul edilen azamî sınıra ilişkin kuralı ihlâl etmiş bir bağışlama muamelesinin *lex Cincia* ile getirilen düzenlemeye tâbi olup olmadığı, bu muamelenin tamamlanmış olup olmadığına veya konuya ilişkin hukuk politikasına bağlı olmayıp, aksine sadece, *lex imperfecta* niteliğindeki bu kanunun yaptırımını sağlamak için bir kanun yolunun hâlâ mevcut olup olmadığına bakılarak tespit edilmiştir<sup>513</sup>.

### C.Genel Niteliğe Cayma Hakkından Söz Eden Kaynaklar

Simonius’a göre, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa* muamelesi açısından genel nitelikte bir cayma hakkının bulunmadığı, kaynaklar üzerinde yapılan inceleme

<sup>512</sup>Örneğin, D.39.6.7’de kullanılan *imperfecta* ifadesinden yola çıkılarak *lex Cincia*’dan söz edildiği sonucuna varılması imkânsızdır. SIMONIUS, s. 126.

<sup>513</sup>SIMONIUS, s. 126-127.

neticesinde daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. *D.12.1.19 pr.*'da istirdat hakkının (Rückforderungsrecht) varlığı, açıkça, bağışlayanın iyileşmesi ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halleri ile sınırlandırılmıştır<sup>514</sup>:

*D.12.1.19 pr. (Iulianus libro X ad Digestorum): Non omnis numeratio eum qui accepit obligat [sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur]. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam [si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti] si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset...*

Simonius'a göre, taraflar arasında iadeye ilişkin olarak yapılan anlaşma değil, bu işlemin yapılması suretiyle ulaşılmak istenen amaca ulaşamaması istirdat hakkının dayanağını oluşturduğundan metnin, *interpolatio*'ya maruz kaldığı kuvvetle muhtemel iken; istirdat hakkının kapsamı açısından ise, metinde yer alan düzenleme gerçeği yansıtmaktadır. *Nov. 87 pr.*'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, *Iustinianus*, muamelenin yapılmış olmasından duyulan pişmanlık sebebiyle muameleden rücu edilmesini (Pänitenzrecht), bir diğer ifadeyle genel nitelikte bir cayma hakkının varlığını açıkça kabul ettiğinden, derleyiceler tarafından *D.12.1.19 pr.* üzerinde yapılan *interpolatio* çalışmaları esnasında cayma hakkının metinden çıkarılmış olması ihtimal dışıdır<sup>515</sup>.

Simonius'a göre, istirdat talebinin kendiliğinden anlaşılan bir ön koşulu olarak kaynaklarda sıklıkla iyileşme durumundan (Konvaleszenz) bahsedilmesi, kendisi tarafından ileri sürülen düşüncenin yerindeliğini gözler önüne sermektedir<sup>516</sup>. Eğer bağışlayan, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatmadan da iade talebinde bulunabilseydi, kaynaklarda bu durumdan sıklıkla söz edilmesi mantıksız olurdu. Yazara göre, klasik hukuk döneminde genel nitelikte bir cayma hakkının varlığının kabulü halinde, *D.39.6.42 pr.*'da yer alan düzenleme de anlaşılmaz bir hal alırdı. Zira bağışlayanın, ölüme bağlı bağışlamadan serbestçe rücu etmek suretiyle muameleyi geçersiz kılabilceğinin bir diğer ifadeyle genel nitelikte bir cayma hakkına sahip olduğunun kabulü halinde, kendisi tarafından gösterilen teminatın

---

<sup>514</sup>SIMONIUS, s. 127.

<sup>515</sup>SIMONIUS, s. 127-128.

<sup>516</sup>Bkz. *D.12.4.12, D.22.1.38.3, D.24.1.56, D.39.6.13 pr., D.39.6.18.1, D.39.6.19, D.39.6.24, D.39.6.29, D.39.6.31.3, D.39.6.35.6, D.39.6.37.1, D.39.6.39*

(Kautio) bağışlanan tarafından icra edilebilirliği (tenfiz kabiliyetini haiz olması-Erzwingbarkeit) sorunu ortaya çıkmazdı<sup>517</sup>.

#### **1.D.39.6.15, D.39.6.16 ve D. 39.6.30**

Simonius'a göre, yukarıda ele alınan pozitif kanıtların yanında, cayma hakkından söz eden metinlerin çoğunun *interpolatio*'ya maruz kaldıklarına dair belirtiler içerdikleri gerçeğinin de dikkate alınması gerekmektedir. Yazara göre, bu metinlerden biri olan D.39.6.15'de cayma hakkından söz edilmesinin derleyicilere dayandığı açıktır<sup>518</sup>:

*D.39.6.15 (Iulianus libro XXVII ad Digestorum): Marcellus notat: Cum testamento relinquiendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent.1) Paulus notat: [Hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.]*

D.39.6.15 pr.'da Marcellus, sadece, *filius familias miles*'e vasiyetname düzenleme hakkı tanınmışsa, daha az kapsamlı olan *donatio mortis causa* muamelesi düzenleme hakkının da tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Derleyiciler ise, D.39.6.15.1'de yer alan, *donatio mortis causa*'dan *legatum* gibi rücu edilebileceği yönündeki ifadeyi kuvvetlendirmek için, genel nitelikteki cayma hakkından dilsel olarak kusursuz biçimde bahsedilen tek fragman olan D.39.6.16'yı eklemek suretiyle, bağışlayanın sağlığına kavuşup kavuşmayacağını belirsiz olduğu dönemde de *donatio mortis causa*'dan rücu edilebileceğini ifade etmişlerdir<sup>519</sup>:

*D.39.6.16 (Iulianus libro XXIX ad Digestorum): Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.*

Simonius'a göre cayma hakkından söz edilen bir diğer metin olan D.39.6.30'da yer alan düzenleme de kesinlikle klasik sonrası hukuk dönemine aittir<sup>520</sup>:

---

<sup>517</sup>SIMONIUS, s. 128.

<sup>518</sup>SIMONIUS, s. 129.

<sup>519</sup>SIMONIUS, s. 129.

<sup>520</sup>SIMONIUS, s. 130.

D.39.6.30 (Ulpianus libro XXI ad Edictum): Qui mortis causa donavit,[ ipse ex paenitentia condictioem vel utilem actionem habet.]

Metinde ifade edildiği üzere, *donatio mortis causa* muamelesi düzenleyen fakat daha sonra bu muameleyi düzenlemiş olmaktan pişmanlık duyan ve fikrini değiştiren bir kimse, *condictio* ile veya hakkaniyetin gerektirdiği başka bir dava türüne (*actio utilis*<sup>521</sup>) dayanarak malın iadesini talep edebilirdi.

Simonius’a göre, metinde geçen “*paenitentia*” ve özellikle de “*ex paenitentia condictio*”<sup>522</sup> ifadeleri klasik hukuk dönemine ait değildir. *Datio ob rem* ve isimsiz akitler (*contractus innominati*) açısından geçerli olan *condictio ex paenitentia* (*condictio propter paenitentiam*), genellikle, *interpolatio*’ya uğramış bir ifade olarak kabul edilmektedir. Ayrıca klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa* açısından “*actio utilis*” olarak nitelendirilebilecek bir dava bulunmadığından, *condictio*’nun yanında *actio utilis*’ten söz edilerek iki farklı dava imkânı sağlanmış olması şüpheye mahal vermektedir. Klasik hukuk açısından herhangi bir anlam yüklenemeyen bu ifade, derleyicilerin hangi *actio*’yu kastettikleri açıkça belli olmasa da, Bizans hukuku açısından en azından anlaşılabilir bir hal almaktadır: Senn’e göre<sup>523</sup>, metinde bazen *actio utilis* olarak da adlandırılan *actio praescriptis verbis*<sup>524</sup>, ten söz edilmektedir (C.2.4.6.1). Senn’e göre, metin, bu haliyle, *Iustinianus* döneminde *donatio mortis causa*’nın en sık karşılaşılan türü olan isimsiz akit aracılığıyla yapılan *donatio mortis causa* muamelesine ilişkindir. Senn, istirdat talebinin, bağışlanan hayatta ise, *condictio ex paenitentia* aracılığıyla ileri sürüleceğini, bağışlananın bağışlayandan önce öldüğü hallerde ise *actio praescriptis verbis*’in açılacağını ileri

<sup>521</sup> *Praetor*’ların hakkaniyeti sağlamak amacıyla yarattıkları dava türlerinden biri olan *actio utilis*, belli ve dar bir çerçevede uygulanan bir *ius civile* davasının veya bazen de bir *praetor* davasının, uygulama alanını genişletmek için, kıyas yoluyla benzer durumları içine alacak şekilde ve genellikle *intentio*’ya bir *factio* (faraziye) eklenmesi suretiyle tesis edilirdi. GÜRTEN, s. 98. *Praetor*’lar bazı durumlarda *ius civile*’nin korumadığı bir hukukî ilişkiyi, *ius civile*’nin tanıdığı bir davanın uygulama alanını genişletmek suretiyle koruyabiliyorlardı. Bu durumda, belli ve dar bir çerçeve içinde uygulanan *ius civile* davalarının kıyas (benzetme) yoluyla benzer durumları içine alacak şekilde genişletilmeleri söz konusuydu. *Praetor*’ların tanıdığı bu tip davalara “*actio utilis*” denir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 302.

<sup>522</sup> *Condictio ex paenitentia* veya *Condictio propter paenitentiam*: *Iustinianus* hukukunda, isimsiz akitlerde, edimini yerine getirdikten sonra, henüz karşı edim yerine getirilmeden akdi feshetmek isteyen tarafın edimini geri almak için açtığı dava. Karşı taraf, karşı edimi yerine getirmek konusunda geç kalmış olmasa dahi ikame edilebilmekteydi. UMUR, Lügat.

<sup>523</sup> SENN, s. 56, 77, 121, zikr. SIMONIUS, s. 131.

<sup>524</sup> *Actio Praescriptis Verbis*: Son imparatorluk devrinde ihdas olunan ve isimsiz akitleri (*contractus innominati*) koruyan dava. Anlaşmanın icabını kendiliğinden yerine getirmiş olan taraf, bu dava ile, diğer tarafın da mukabil edimini yerine getirmesini talep ederdi. UMUR, Lügat.

sürmüştür. Simonius ise, metnin tamamı göz önünde bulundurulduğunda, bu iki davanın farklı uygulama alanlarına sahip olmasının mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır. Yazara göre, Senn tarafından ileri sürülen görüş, yalnızca “*ex paenitentia*”nın hem *condictio* ile hem de *actio utilis* ile ilişkilendirilmesi halinde mantıklı görünmektedir<sup>525</sup>.

Simonius’a göre, *donatio mortis causa* klasik sonrası hukuk döneminde bazen tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir akit olarak kabul edildiği için, bu dönemde *actio praescriptis verbis*’in ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından uygulama alanı bulmuş olması muhtemeldir. Fakat, sadece bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi veya bağışlayanın iyileşmesi sebebiyle bağışlama konusu malın iade edilmesinin mi yoksa bu ihtimâllerin yanında, bağışlayanın, duyduğu pişmanlık sebebiyle muameleden rücu etmesi halinde bağışlama konusu malın iade edilmesinin de mi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede karşı edim olarak değerlendirildiği hususu belirsiz olup bu soruya yanıt teşkil edebilecek bir kaynağa da ulaşılamamaktadır<sup>526</sup>.

Konuya ilişkin olarak literatürde genel olarak savunulan bir diğer olasılık ise, “*actio utilis*” ifadesinin “*rei vindicatio utilis*” anlamında kullanıldığıdır. İstihkak davası, gerek *praetor* gerekse imparator tarafından, normal uygulama alanının dışında bazı hallere teşmil edilerek uygulanmış (C.8.54.1) ve Bizanslılar *donatio mortis causa* açısından, *condictio* ve *vindicatio utilis*’i yan yana kullanmışlardır (C.5.3.15). İlk durumda, *rei vindicatio directa* ve ikincisinde ise D.39.6.30’a göre *rei vindicatio utilis* mevcut olmasına rağmen, D.39.6.29’da yer alan düzenlemede, bağışlayanın, şarta bağlı *traditio* aracılığıyla ifa ettiği *donatio mortis causa* muamelesi açısından sahip olduğu *rei vindicatio* ile bozucu şarta bağlı *donatio mortis causa* muamelesinde aynî etkili fesih sebebiyle sahip olduğu *rei vindicatio* arasında bir ayırım gözetilmemiş olması, herhangi bir zorluk yaratmamaktadır. Amelotti<sup>527</sup>, D.3.5.46.(47).1’de yer alan düzenlemeden yola çıkarak, nizam haricî usulde (*cognitio extra ordinem*)<sup>528</sup>, *actio directa* ve *actio utilis* arasındaki ayırımın ortadan kalktığını

---

<sup>525</sup>SIMONIUS, s. 130-131.

<sup>526</sup>SIMONIUS, s. 131.

<sup>527</sup>AMELOTTI, s. 163, zikr. SIMONIUS, s. 132.

<sup>528</sup>Bu usulde dava, artık, tek safhada ve devlet memuru önünde görüldüğü için, *legis actio* ve *formula* usullerinden çok farklıydı. Uygulamada, bir taraftan *formula* uygulanırken, aynı zamanda bazı istisnâ

belirtmiş ve bu sorunu çözüme kavuşturmuştur<sup>529</sup>.

## 2.D.40.1.15

*Manumissio vindicta*, *ius civile*'ye dayanan bir muameledir (*actus legitimi*<sup>530</sup>). Farazî bir hürriyet davası muamelesi olan *manumissio vindicta* neticesinde *magistra* kölenin hür olduğunu resmî bir şekilde beyan ettiğinden (*addictio*), kölenin hürriyetini kazanmasının klasik hukuk döneminde bir şarta bağlanması veya bir vadenin kararlaştırılması mümkün değildi (*D.50.17.77*). Ancak, bu genel kuralı içeren *D.50.17.77*'de yer alan “*Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt* – Bununla birlikte, bu muameleler bazen, sarıh olarak kararlaştırıldığında muameleyi hükümsüz kılabilecek ancak zımnen tayin edilmiş çeşitli hususlar içerebilir” ifadesi *manumissio vindicta*'nın da örtülü olarak şarta veya vadeye bağlanabilip bağlanamayacağı sorusunu akla getirmektedir. *D.50.17.77*'de yer alan ifade, *acceptilatio* şeklindeki ibra neticesinde, şarta bağlı bir borcun *ipso iure* sona erdirilmesi ile örneklendirilmiştir. Şartın gerçekleşmesinden önce ibraya konu olacak bir borcun varlığından söz edilemeyeceğinden, şart gerçekleşinceye kadar *acceptilatio*'nun varlığından da söz edilemez. Benzer bir durum *manumissio vindicta* için de söz konusu olabilir. Muayyen mal vasiyeti ile bir kölenin vasiyet edilmesi halinde, lehine mal vasiyet edilen kimsenin, kölenin mülkiyetini kazanıp kazanmadığı geçmişe dönük olarak tayin edilmekteydi<sup>531</sup>.

---

durumlarda, fevkalâde bir usul uygulanmaktaydı. Normal usulün dışında kaldığı için, buna “nizam haricî usul” deniyordu. Sonraları normal usul haline geldiği halde, ismi değişmemiştir. Önceleri istisnâ olarak kullanılan bu yeni usulü, imparatorlar da, kendi otoritelerine daha elverişli olduğundan, teşvik etmişlerdir. Nihayet, nizam haricî usul, kanunî usul haline gelince, hâkim artık, *formula* ile bağlı olmayıp, daha serbest hale gelmiştir. Mahkûmiyet mutlaka paraya ilişkin olmadığından bu usul davacı için elverişliydi. Yeni usulün taraflara sağladığı bir diğer önemli menfaat de bir üst makamda karara itiraz edebilme imkânıydı. İcra hukuku daha etkili olduğundan, davacı, kararın icrasının kamu kuvvetiyle yapıldığı usulü benimsemiştir. III. yüzyılın sonunda nizam haricî usul *formula* usulüne hâkim duruma geçmiş, IV. yüzyılın ortalarına doğru ise, *formula* usulü, “zararlı kelime oyunları” diye kaldırılmıştır. Nizam haricî usul, bugünkü usul hukukumuz ve anlayışımıza çok daha yakındır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 265-267.

<sup>529</sup>SIMONIUS, s. 131-132.

<sup>530</sup>*Actus Legitimi*: Eski Roma hukukunda mevcut olan *mancipatio*, *in iure cessio*, *manumissio vindicta*, *manumissio censu*, *acceptilatio*, *adoptio*, *adrogatio*, *emancipatio*, *adiudicatio*, *aditio hereditatis* gibi *ius civile* hükümlerine uygun olarak yapılan şekle tâbi bu muamelelerin vadeye veya geciktirici şarta bağlanması mümkün değildi. Bu tür muamelelerde, muamelenin kurulması ile hükümlerini doğurması arasında bir zaman aralığının olması kabul edilmezdi. BERGER, s. 348; UMUR, Lügat.

<sup>531</sup>Vasiyetnamenin geçerliliği için bir mirasçının bulunması şart olduğundan, muayyen mal vasiyetinin geçerli olması için, mirasçı nasbının da geçerli olması gerekirdi. Vasiyet edilmiş muayyen malın iktisabı da ancak vasiyetçi öldükten ve mirasçı mirası kabul ettikten sonra gerçekleşebilirdi. Romalı

Mirasçı bu esnada köleyi azat etmiş ise, lehine mal vasiyet edilen kimsenin, vasiyeti kabul etmesi halinde azat işlemi geçersiz hale gelirdi. *D.40.2.3*'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, lehine mal vasiyet edilen kişinin vasiyeti reddetmesi halinde ise, köle, hürriyetini geçmişe dönük olarak kazanırdı (*retro competit libertas*). Bu nedenle gerek *D.50.17.77*'de gerekse *D.40.2.3*'de yer alan düzenlemelerin, *manumissio vindicta*'nın zımnen şarta bağlı olarak yapılmasının önünü açtığı söylenemez. Buckland'a göre, bu açıklamalardan yola çıkılarak, azat etme muamelesinin şarta bağlı olarak yapılmasının ve şartın gerçekleşmesi halinde, *patronus*'un, *libertus* (azatlı) üzerinde tekrar mülkiyet hakkı kazanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak bu noktada, *manumissio mortis causa*'ya ilişkin bir düzenleme içeren *D.40.1.15*'in göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>532</sup>. Simonius'a göre, *D.40.1.15*'de yer alan cayma hakkının da *interpolatio*'ya uğramış olma ihtimali vardır<sup>533</sup>:

*D.40.1.15 (Marcellus libro XXIII ad Digestorum): Mortis causa servum manumitti posse non est dubitandum. Quod non ita tibi intellegendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si convaluerit dominus, non fiat liber, sed quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius expectabitur, similiter et in hac specie in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas, durante scilicet (propter mortis causae tacitam condicionem) voluntate manumissoris: quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate.*

Simonius'a göre, *D.40.1.15*'de yer alan düzenleme ile ne ifade edilmek istendiği hiçbir surette açık olmadığından<sup>534</sup>, metnin içeriğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için “*quod non ita tibi intellegendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si convaluerit*

---

hukukçular, bu konuda iki an'ın ayırımını yaparlardı: Lehine mal vasiyet edilen kimsenin vasiyete hak kazanması anı, yani *dies cedens* vasiyetçinin ölüm anına denk gelmekteydi. Lehine mal vasiyet edilen kimsenin bu hakkı ileri sürebileceği an yani *dies veniens* ise mirasın kabulü anına denk gelmekteydi. Muayyen mal vasiyeti şarta bağlı ise, *dies cedens*, şartın tahakkuku anına kalırdı. DI MARZO, s. 581; UMUR, Ders Notları, s. 521. Baskın görüşe göre, lehine mal vasiyet edilen kimse, *dies veniens*'in gelmesi ile muayyen mal vasiyetinin konusu olan malın mülkiyetini veya kendisine olan borcun eda edilmesi hakkını, kendisi tarafından yapılacak hiçbir özel muameleye veya kabule gerek kalmadan, iktisap ederdi. Lehine mal vasiyet edilen kişinin muayyen mal vasiyetni reddetmesi halinde, vasiyet sanki hiç gerçekleşmemiş gibi kabul edilirdi. DI MARZO, s. 582.

<sup>532</sup>BUCKLAND, Slavery, s. 455.

<sup>533</sup>SIMONIUS, s. 132.

<sup>534</sup>Bu metinde yer alan düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUCKLAND, Slavery, s. 455 vd.

*dominus, non fiat liber, sed . . . in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas*” ifadesinin göz önünde bulundurulmasında fayda vardır. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, *manumissio mortis causa* muamelesinin hükümlerini doğurması, azat edilen, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike sebebiyle ölmesi şartına bağlı değildir. Aksine, azat edilen ölümü, *manumissio mortis causa* açısından bir vade olarak tayin edilmiştir (*dies certus an incertus quando*<sup>535</sup><sup>536</sup>).

Simonius’a göre, gerek *manumissio vindicta*’nın klasik hukuk döneminde şarta veya vadeye bağlanması mümkün olmadığından; gerekse azat etmenin kesin olduğunu ortaya koyan ifadenin (*absolute*) ardından, muamelenin hükümlerini doğurup doğurmayacağını, bağışlayanın ölümüne kadar askıda olduğu belirtilerek bir çelişkiye sebebiyet verildiğinden, bu denli bozulmuş bir fragmandan yola çıkılarak cayma hakkının, klasik hukuk dönemindeki varlığına dair bir kanıtın elde edilmesi mümkün değildir<sup>537</sup>.

### 3.D.24.1.13.1 ve D.24.1.22

*Donatio mortis causa inter virum et uxorem*’e ilişkin kaynaklarda cayma hakkından (pänitenzrecht) söz edilmesi de klasik hukuk dönemine ait olmayıp bu metinlerden biri olan *D.24.1.13.1*’in cayma hakkıyla ilgili bölümlerinin *interpolatio*’ya uğramış olduğu kesin olarak kabul edilmektedir<sup>538</sup>:

*D.24.1.13.1 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Proinde et si mortis causa uxori donaverit et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus. [Et alias placet*

<sup>535</sup>Vade, hukukî muameleye ilâve edilmiş olan gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olgudur. Taraf iradesine göre hükümler belli bir vadede başlayacaktır veya sona erecektir. Vadenin bir takvim günü olarak belirlendiği hallerde, bu vadenin, hem gerçekleşeceği hem de ne zaman gerçekleşeceği kesindir (*dies certus an, certus quando*). Vadenin, bir kişinin ölümünden sonrası olarak tayin edildiği hallerde olduğu gibi, bazen de gerçekleşeceği kesin olmakla beraber ne zaman gerçekleşeceği belli olmayabilir (*dies certus an, incertus quando*). TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 198; SCHWARZ, s. 252. Vade olarak saptanan olaylar da, tıpkı şart olarak saptanalar gibi, geleceğe ilişkin olaylardır. Ancak vade olarak saptanan bir olayın, şart olarak saptanan bir olaydan farklı olarak gerçekleşeceği konusunda herhangi bir şüphe söz konusu olmayıp, gerçekleşeceği kesindir. Bu nedenle, hukukî sonuçları vadeye bağlanmış olan hukukî işlemlerde, şart’ta olduğu gibi bir belirsizlik aşaması söz konusu değildir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 233.

<sup>536</sup>SIMONIUS, s. 133-134. Buckland’a göre, *dies incertus*’un, *condicio* olarak anlamlandırılması mümkün olmadığından, *manumissio vindicta mortis causa*’nın şarta bağlı bir bağışlama olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yazara göre, metinde yer alan düzenleme, bu haliyle dâhi, rücu hakkının varlığına dayanak teşkil etmemektedir. BUCKLAND, Slavery, s. 456.

<sup>537</sup>SIMONIUS, s. 134.

<sup>538</sup>SIMONIUS, s. 135-136.

*in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii.] Cum [igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et] nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur [ , ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus sive adhuc in poena constitutus].*

Yazarların büyük bir çoğunluğu metnin “*cum igitur*” ifadesinden itibaren derleyicilerin ürünü olduğunu düşünmektedirler. Simonius’a göre, her ne kadar metnin klasik sonrası hukuk döneminde yeniden gözden geçirilmiş olduğu yerinde bir tespit olsa da, *interpolatio*’ya uğramış kısmın kapsamı daha farklıdır. Yazara göre “*et alias . . . divortii*” cümlesi de *interpolatio* çalışmaları neticesinde metne eklenmiş olmakla birlikte, bu düzenleme, “*cum igitur*” ifadesi ile başlayan kısımdan itibaren, hâlâ klasik hukuk dönemine ilişkin bazı ifadeler içermektedir. Metnin *interpolatio*’ya uğramadan önceki halinde, *donatio mortis causa*’ya ilişkin kısmın ortasında, *donatio in casum deportationis*’ten söz edilmemiştir. Metinde kullanılan ifadelerden anlaşıldığı üzere, klasik hukuk döneminde, sürgün cezasına mahkûm edilen bir kişi tarafından yapılan bağışlamanın, yalnızca tanınan imtiyaz sayesinde, eşler arasında geçerlilik kazanabildiği söylenebilir. Çünkü bağışlayanın mal varlığı ile birlikte bu cezaya mahkûm edileceği şüphesiyle bağışladığı mallara da (*donationes suspicione poenae factae*) el koyulmaktaydı. Ayrıca, bağışlayanın sürgün cezasına mahkûm edilmesi halinde kendisi tarafından yapılan bağışlamanın (Deportationsschenkung) geçerliliği, muhtemelen, eşlerden birinin bu cezaya çarptırılmasının, tıpkı boşanma ve bağışlayanın ölümü hallerinde olduğu gibi, evlilik birliğini sona erdirdiği düşüncesine dayandığından, bu ifade Iustinianus dönemine de ait değildir<sup>539</sup>.

Bağışlayanın *capitis deminutio* neticesinde hak ehliyetini kaybetmesinin doğurduğu sonuçlar ile ölümü neticesinde doğan sonuçlar birbirinden farklıdır. *Capitis deminutio* halinde ölüme bağlı bağışlamalar iptal edilmiş ve hüküm giyenin diğer mal varlığı ile birlikte bağışlama konusu mallar da müsadere edilmiştir<sup>540</sup>. *Status civitatis*’in ve

<sup>539</sup>SIMONIUS, s. 136.

<sup>540</sup>D39.6.7 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): *Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae*

*status familiae*'nin kaybedilmesi (*capitis deminutio media*), sürgün cezasının olağan bir sonucu olduğundan, *Lex* ile getirilen bu kural, eşler arasındaki bağışlama muamelesi lehine özel bir hüküm içermiştir. Ancak bu özel hüküm ile getirilen imtiyazın ne ölçüde klasik dönem hukukçularına dayandırılabilceği belirsizdir. Klasik hukuk döneminde, sürgün cezası neticesinde, eşlerden birinin *capitis deminutio*'ya maruz kalması evlilik birliğini sona erdirdiğinden<sup>541</sup>, evliliğin devam ettiği yönündeki argüman kesinlikle bu döneme ait değildir. Evliliğin sürgünden sonra devam etmesi, Hristiyan inancının bir sonucudur. Söz konusu özel hüküm, evliliğin sürgünden sonra devam ettiği yönündeki temele dayanmaksızın, ancak istisnaî nitelikte bir imtiyaz veya *Lex*'de belirtildiği üzere, hümanist bir yaklaşım ile verilmiş bir karar olarak değerlendirilebilir<sup>542</sup>.

Ayrıca, *D.24.1.13.1*'in sonunda yer alan, sürgün cezasına çarptırılan bağışlayanın ölünceye kadar cayma hakkına sahip olduğu ifadesi de *interpolatio*'ya maruz kalmıştır. Cayma hakkının varlığı, sürgün cezasının sonuçlarına ilişkin olarak *Lex*'in ilk kısmında belirtilen hususlar ile de çelişkiye düşmektedir. Sürgün cezasının söz konusu olduğu hallerde, *donatio mortis causa* muamelesi, bağışlayan sanki eceliyle ölmüş gibi geçerli addedilmiştir. Ortaya çıkan bu çelişkiden anlaşıldığı üzere, sürgün cezası ile ölümün yarattıkları sonuçlar açısından birbirine eşit tutulması, her halükarda derleyicilerin çalışmalarından çok daha eskilere dayanmaktadır<sup>543</sup>.

Simonius'a göre, bu açıklamaların hepsi *C Th. 9.42.1 pr.*'da yer alan düzenleme ile doğrulanmaktadır: *Constantinus*, kocanın sürgün cezasına mahkûm edilmesi (*damnatio*) halinde karısı lehine yapmış olduğu olağan bağışlama muamelesinin, insanî nedenlerden ötürü, sanki bağışlayan sürgün cezasına mahkûm edildiği için değil de doğal bir ölüm neticesinde hayata veda etmiş gibi (*subducere*) ele alınmasına ilişkin bir düzenlemeye hükmetmiştir. Simonius'a göre, gerek *Ulpianus*'a ait olan *D.24.1.13.1*'de yer alan düzenleme, gerekse *Constantinus*'a ait olan bu emirname (*Constitutum Constantini*), *Corpus Iuris Civilis*'e alınırken (*C.5.16.24*) değiştirilmiştir. Bu değişiklik neticesinde, “*damnatio*” kavramı *capitis deminutio maxima* ile sınırlandırılmış; sürgün veya sınırdışı edilme durumunda ne olacağı

---

*factae valeant.*

<sup>541</sup>Bkz. *D.24.3.56*

<sup>542</sup>SIMONIUS, s. 137.

<sup>543</sup>SIMONIUS, s. 137.

sorusu ise, bağışlama muamelesinin bağışlayanın ölümüne kadar askıda kalacağı anlamına gelen ek bir cümle ile çözüme kavuşturulmuştur. Bağışlayan, ölünceye kadar, bağışlamadan cayma hakkına bile sahip olmuştur. Bu değişikliğin sebebi bizzat *Iustinianus* tarafından açıklanmıştır: *Constantinus* döneminde *capitis deminutio media* hak ehliyetinin bir diğer ifade ile kişiliğin sona ermesi ile sonuçlanırken, hristiyan nikâhı (christliche Ehe) sürgün cezası boyunca devam etmiş ve bu sayede eşler arasındaki hukukî ilişkilerin tamamen sona ermesi engellenmiştir<sup>544</sup>.

*Oratio Severi et Caracalla* ile getirilen düzenleme neticesinde, eşler arasında yapılan *inter vivos* bağışlamaların, bağışlamada bulunan eşin ölmeden önce bağışlamadan rücu etmemiş yani iradesini değiştirmemiş olması halinde geçerlilik kazanacağı kabul edilmek suretiyle, *donatio mortis causa* ile *donatio inter vivos*'u büyük ölçüde birbirine yaklaştırılmıştır (*D.24.1.32.1*; *Paulus Sent. 2.23*). Hümanist bir yaklaşımın ürünü olan bu karar, büyük ihtimalle, klasik hukukçulara dayandığından; bu *Lex*, hümanizm kavramının ve hümanist yaklaşımların göz önünde bulundurulmasının Hristiyanlığın devletin resmî dini olarak kabul edilmesinden çok daha eski olduğu yönündeki tezi destekler niteliktedir<sup>545</sup>.

Simonius'a göre, *D.24.1.22*'de olduğu gibi, bağışlayanın iradesinin esas alınması da klasik hukuk dönemine ait bir yaklaşım değildir<sup>546</sup>:

*D.24.1.22 (Ulpianus libro III ad Sabinum): Uxori suae quis mortis causa servum donavit eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quaeritur. Et puto, si hoc animo eum scripsit heredem, quod donationis se dixit paenituisse, valere institutionem et necessarium heredem domino servum fieri: ceterum si, posteaquam heredem instituit, donavit, donatio praevalere, vel si ante donavit, non tamen adimendi animo libertatem adscripsit.*

Simonius'a göre, irade unsurunun dikkate alınmasının şüpheye mahal verecek nitelikte olduğu hususu bir tarafa, benzer bir düzenleme olan *D.28.5.77*'den

---

<sup>544</sup>SIMONIUS, s. 137-138.

<sup>545</sup>SIMONIUS, s. 138-139.

<sup>546</sup>SIMONIUS, s. 139.

anlaşıldığı üzere, klasik hukuk döneminde vasiyetçinin iradesi göz önünde bulundurularak bir ayırım yapma yoluna başvurulmamıştır. Aslında, “*animus adimendi*” olmaksızın yapılan bir azat etme muamelesinin tam olarak ne anlama geldiği de açık değildir. *Iustinianus* Hukukunda *donatio mortis causa* muamelesinden açıkça rücu edilmesinin gerekli olduğu sonucuna varılsa bile, *Lex*’in tam metni, bu yönde yapılan bir yorumlamayı inandırıcı kılacak bir temele de sahip değildir<sup>547</sup>.

*Donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*’in ortaya çıkmasından önce, genel nitelikteki cayma hakkı pratik bir öneme sahip değildi. Bağışlayanı bu muameleyi yapmaya sevk eden bir tehlikenin mevcut olduğu hususu, fiilî (gerçek) duruma göre değil bağışlayanın iradesine göre tesbit edildiğinden, bu tehlikenin atlatılıp atlatılmadığının tesbiti de istirdat hakkına sahip olan kişinin takdirine bırakılmış olmalıydı. Bu nedenle, genel nitelikte bir cayma hakkı olmasa bile, *donatio mortis causa* muamelesinden rücu edilmesi, bağışlayanın gaiplik sebebiyle veya ağır bir hastalık yüzünden muameleden rücu etmek için gerekli prosedürleri yerine getiremediği haller istisna olmak üzere, neredeyse her zaman mümkündü. Ayrıca, bağışlananın *fideicommissum* ile yükümlendirilebilmesi de, bağışlayana iradesinin değiştirebilme imkânı sağlamaktaydı. Bununla birlikte, her ne kadar pratik bir önemi olmasa da, bazen genel nitelikteki bir cayma hakkının kararlaştırıldığı da ihtimâl dâhilindedir. Psikolojik sebeplerden ötürü, cayma hakkının muhafazasına ilişkin olarak muameleye eklenmiş olan bu yöndeki bir ihtirazî kayıt, bağışlayanın durumunu güçlendirmiş ve kendisine huzur temin etmiştir. Yazara göre, açıkça kararlaştırmış olan rücu hakkına (*Widerrufsrecht*) ise, *D.39.6.13.1* ve *D.39.6.35.4*’de yer alan sıralamanın birinci bölümünde rastlamak mümkündür<sup>548</sup>.

---

<sup>547</sup>SIMONIUS, s. 139.

<sup>548</sup>*Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit.* SIMONIUS, s. 142-143.

## VIII.İSTİRDAT HAKKININ İLERİ SÜRÜLMESİNİ SAĞLAYAN HUKUKÎ VASITALAR

### A.İstirdat Hakkının Conductio Vasıtasıyla İleri Sürülmesi

*Donatio mortis causa*'nın hukukî mahiyetini ve yapısını idrak edebilmek için bağışlayanın istirdat hakkını ileri sürebilmesini sağlayan kanun yollarının araştırılmasında fayda vardır. Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, *donatio mortis causa* muamelesi açısından en çok başvurulmuş kanun yolu *condictio*'dur. Diğer dava türlerinin (*rei vindicatio*, *actio utilis*, *actio in factum*) tamamından sadece münferit bazı metinlerde ve genellikle *condictio*'nun yanında söz edilmesine rağmen, *condictio*'nun varlığına birçok metinde rastlanmaktadır<sup>549</sup>. Hangi kanun yoluna başvurulacağı hususunun, tartışılan konunun odak noktasında olmadığı metinlerde bile *condictio*'dan bahsedilmiş olması dikkate değerdir<sup>550</sup>. Bu nedenle *condictio*'nun, klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa* muamelesi açısından istirdat talebinin ileri sürülmesini sağlayan bir kanun yolu olduğu şüpheye yer bırakmayacak derecede açıktır. *Condictio* yoluyla istirdat talebinde bulunulması, sadece davalının mülkiyet hakkına sahip olması halinde söz konusu olmuştur. Kaynaklarda *condictio*'dan bu kadar çok söz edilmiş olması sebebiyle, mülkiyet hakkının derhal devr edilmesi suretiyle yapılan *donatio mortis causa*'nın da en çok başvurulmuş ölüme bağlı bağışlama türü olduğu sonucuna varmak mümkündür<sup>551</sup>.

İstirdat talebinin ileri sürülmesini haklı kılacak bir durumunun gerçekleşmesi halinde, bağışlananın malvarlığında önceden meydana gelen artışın hukuken geçerli bir sebebi (*iusta causa*) kalmayacağı için sebepsiz zenginleşmenin varlığından söz edilebilecek ve bu sayede bağışlayanın ileri sürdüğü *condictio*'nun kabulü mümkün olacaktır. Bu durumda, bağışlayanın iktisap ettiği şeyi muhafaza edebilmesi için artık herhangi bir *causa*'nın varlığından söz edilemeyecektir. Zira Roma hukukuna göre *condictio*, taraflardan birini, bir edimi yerine getirmeye sevk eden sebebin (*iusta causa*) ortadan kalkması halinde söz konusu olmuştur. Bir diğer ifadeyle bir malın verilmesinin temelinde yatan *causa*'nın sonradan ortadan kalkması sebebiyle taraflar

<sup>549</sup>D.12.1.19 pr., D.12.4.12, D.22.1.38.3, D.23.3.76, D.24.1.4, D.24.1.56, D.39.6.13 pr., D.39.6.19, D.39.6.23, D.39.6.24, D.39.6.35.3, D.39.6.35.6, D.39.6.37.1, D.39.6.39 ve D.39.6.44.

<sup>550</sup>D.39.6.13 pr., D.39.6.35.6, D.39.6.44, D.22.1.38.3, D.24.1.56

<sup>551</sup>SIMONIUS, s. 144-145.

arasında bir borç ilişkisi doğmaktadır.

*Donatio mortis causa* neticesinde mülkiyeti nakledilen malın iadesinin sebepsiz zenginleşme davası (*condictio*<sup>552</sup>) açılarak talep edilebildiği, klasik hukuk dönemi için şüpheyi yer bırakmayacak derecede açık olmakla birlikte, *mortis causa* bağışlamada bulunan kimsenin *condictio*'nun yanında başka davalar ile korunup korunmadığı açık değildir. Simonius'a göre, bağışlayanın, *conditio*'nun yanında başka davalara da sahip olduğu yönünde ileri sürülen düşünceler ayrıntılı bir incelemeye tâbi tutulduğunda, bu düşüncelerin reddedilmesi kaçınılmaz olmaktadır<sup>553</sup>.

Klasik dönem hukukçuları, yalnızca, *donatio mortis causa* şarta bağlı *traditio* ile ifa edilmişse, bağışlayanın sözleşmeden dönmesi halinde *rei vindicatio*'ya dayanarak iade talebinde bulunabileceğini kabul etmişlerdir. Bağışlamaya konu olan malvarlıksal değer derhal bağışlanana nakledildiği *donatio mortis causa*'nın ana formunda ise, bağışlayanın iade talebinin *rei vindicatio*'ya dayanması, ancak sözleşmeden dönmeye aynî etki<sup>554</sup> tanınmasından sonra ortaya çıkmış olabilir<sup>555</sup>.

<sup>552</sup>Sebepsiz zenginleşme, hukuken geçerli bir sebep (*iusta causa*) olmadan bir tarafın malvarlığında, diğer tarafın zararına oluşan artıştır. Bu durumda, malvarlığında azalma olan tarafın, malını diğer taraftan alabilme hakkı olmalıdır. Fakat mülkiyet nakladılmış olduğundan, malını elinden çıkarmış olan kimse artık malik değildir ve bu sebeple *rei vindicatio* açarak malı geri isteyemeyecektir. Bu durumda kendisine bir şahsî hak gerekecektir. Bu şahsî davaya ise *condictio* denir. Sebepsiz zenginleşmenin en fazla görüldüğü alan soyut (mücerret) hukukî muamelelerdir. *Mancipatio* ve *in iure cessio* klasik devirde mülkiyeti nakleden mücerret tasarruf muameleleridir. Bu muamelelerin dayandığı hukukî sebep geçersiz olsa bile, mülkiyet geçer fakat alana karşı bir sebepsiz zenginleşme davası açılarak iade istenir. *Traditio* ise klasik devirde hukukî sebebin geçerli olmasına bağlı bir tasarruf muamelesi olduğundan, *traditio*'nun dayandığı hukukî sebep geçersiz ise, mülkiyet geçmez ve teslim edilen mal aynî bir dava olan *rei vindicatio* ile talep edilir. Buna karşılık, sebepsiz iktisap halinde açılan *condictio* şahsî bir davadır. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 276-277; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 115-116. *Iustinianus* hukukunda *res Mancipi-res nec Mancipi* şeklindeki mal ayırımının ortadan kalkması neticesinde her çeşit malın mülkiyetinin *traditio* ile devredilebileceği kabul edilmiştir. Buna paralel olarak *Iustinianus*, klasik metinlerdeki *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun yerine *traditio* kelimesini koymuştur. Böylece *Corpus Iuris Civilis*'te mücerret *traditio* ile illî *traditio* yanyana yer almaktadır. Bununla birlikte, *I.2.1.40* ve *I.2.1.41*'de yer alan düzenlemelere bakıldığında, *Iustinianus*'un mücerretlik yönünde bir eğilime sahip olduğu sonucuna varılabilir. TAHİROĞLU, B/ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2010, s. 53, dn. 9.

<sup>553</sup>SIMONIUS, s. 146.

<sup>554</sup>Bağışlayanın sözleşmeden dönmesinin aynî etkiye sahip olması, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının, borçlandırıcı işlemler yanında tasarruf işlemlerini de etkilediği ve yerine getirilen maddî edimlerin iadesinin istihkak davası ile talep edilebileceği anlamına gelmektedir.

<sup>555</sup>Modern hukuk sistemlerinde dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından başlıca üç teori vardır. Klasik teori olarak adlandırılan, İsviçre ve Türk Hukuklarında baskın olan görüşe göre, dönme bildirimi sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren (*ex tunc*) ortadan kaldırır. Kurulduğu andan itibaren ortadan kalkan bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar da doğdukları andan itibaren ortadan kalkmış sayılırlar. Bu durumda, artık ifa istenemeyeceği gibi vaktiyle verilen veya yapılan şeyler de hukukî sebepten yoksun hale gelirler. Önceki ifa sonucunda tarafların iktisap ettikleri bütün haklar ve

Simonius, C.8.54.2'de yer alan düzenlemeden yola çıkarak, ilk olarak klasik sonrası hukuk döneminde sözleşmeden dönemeye aynî etki tanındığını kabul etmiştir. Yazar, ileri sürdüğü argümanı desteklemek amacıyla, bağışlama konusu malın bağışlanana derhal nakledildiği hallerde dahi, bağışlayanın malın iadesini sağlamak amacıyla aynî bir dava (*actio in rem*) tanıyan D.39.6.29'da yer alan düzenlemenin de *interpolatio*'ya maruz kaldığını ileri sürmüştür<sup>556</sup>.

Simonius'a göre, D.39.6.30'da zikredilen ve arkasında *actio praescriptis verbis*'in olduğu tahmin edilen "*actio utilis*"ın varlığı yerinde bir tespit olmadığı gibi, klasik hukuk döneminde, bağışlayanın iade talebinin *actio praescriptis verbis*'e dayandırılması da mümkün değildir. Yazara göre, D.39.6.18.1'de *actio in factum*<sup>557</sup>dan söz edilmekle birlikte, bu metin yalnızca, bağışlayanın borçlusunu

---

malvarlıklarında doğan her artış, bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder ve bu kazanımların geri verilmesi talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine (sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası- *condictio ob causam finitam*) tâbi olur. Ancak klasik görüş yanlıları bir hususta ikiye ayrılmışlardır. Klasik görüş taraftarlarının büyük bir kısmı, dönülen sözleşme uyarınca vaktiyle yapılan kazandırmalar sebebe bağlı (illî) bir tasarruf işlemiyle yapılmış olsa bile, devredilen hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceğini, tasarruf işlemi yapılırken sebebini teşkil eden işlemin geçerliliğini etkileyen bir durum olmadığından tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini ve dolayısıyla iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayananacağını savunmaktadırlar. Buna karşılık bir başka grup klasik görüş yanlısı, sebebe bağlı tasarruf işleminin sözleşmeden dönme üzerine geçmişe etkili olarak hükümsüzleşeceğini ve bu yolla verilen şeylerin iadesinin aynî hakka dayanacağını savunmaktadırlar. OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 412-413. Taşınmaz mülkiyetinin iktisabına ilişkin olarak MK m. 1024/2'de yer alan düzenlemede, hukukî sebepten yoksun olan tescilin yolsuz olacağı belirtilerek taşınmaz mülkiyetinin iktisabının sebebe bağlı (illî) olduğu hükme bağlanmıştır. Fakat kanun koyucunun taşınır mülkiyetinin kazanılmasında iktisabın sebebe bağlı ya da soyut (mücerret) olduğu hakkında bir hüküm öngörmemiş olması, öğretide hem soyutluk hem de sebebe bağlılık düşüncelerinin savunulmasına yol açmıştır. Bununla birlikte çoğunluğun kabul ettiği görüş taşınır mülkiyetinin iktisabının hukukî sebebe bağlı olduğu yolundadır. Taşınır mülkiyetinin devrinde tasarruf işleminin (aynî sözleşmenin) sebebe bağlı olduğu görüşünün kabulü halinde, borçlandırıcı sözleşme açısından ortaya çıkan geçersizlik (hükümsüzlük) tasarruf işlemini de etkilemek suretiyle onu da geçersiz hale getirecektir. Böylece taşınır mülkiyeti tasarruf işlemi yoluyla karşı tarafa intikal etmemiş olacağından eski malik devam eden mülkiyet hakkına dayanarak malı istihkak davası aracılığıyla her zaman geri alabilecektir. Soyutluk görüşünün kabulü halinde ise, tasarruf işlemi borçlandırıcı işlemden bağımsız bir nitelik taşıdığından zilyetliğin geçirilmesi (teslim-traditio) suretiyle mülkiyet intikal ettikten sonra, borçlandırıcı işlemde meydana gelen sakatlık kendiliğinden tasarruf işlemini etkilemeyecektir. Bu durumda, borçlandırıcı işlem geçersiz olduğundan ifa sebebiyle (*causa solvendi*) yapılan tasarruf işleminin geçerli bir sebebi olmayacak ve devralanın iktisabı sebepsiz olacağından, şahsî nitelik taşıyan ve zamanaşımına tâbi olan sebepsiz zenginleşme talebi ile taşınırın aynen iadesi istenebilecektir. ULUSAN, İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 19-21.

<sup>556</sup>SIMONIUS, s. 148.

<sup>557</sup>Bazı davaların *formula*'larında, *intentio* kısmındaki iddia, *ius civile*'nin tanıdığı bir hakka dayanır. Bunlar, *ius civile* davaları olup, *formula*'ya ve davasına *in ius concepta* (bir hakka dayanan) denir. Fakat bazen, *praetor*'lar *ius civile*'nin dava ile himaye etmediği bir ihtilâfî *actio* ile korumak isterler. Bu gibi durumlarda, *formula*'nın *intentio*'sunda zikredilecek bir *ius civile* hakkı olmadığı için, *praetor*, himaye etmek istediği olayı zikreder. Bu nedenle de, *praetor* davalarının (*ius honorarium* veya *ius praetorium* davalarının) *intentio*'larına *in factum concepta* (bir olaya, olguya dayanan) adı verilir. Bu davalara bazen kısaca *action in factum* denilmiştir. TAHIROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma

görevlendirmek (*delegatio*<sup>558</sup>) suretiyle *donatio mortis causa*'nın ifasını gerçekleştirdiği istisnâî durum ile ilgilidir. Bu nedenle, bu metinden yola çıkılarak, *donatio mortis causa*'nın ana formu için, bir *acito in factum*'un var olduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Simonius'a göre, *actio fiduciae*<sup>559</sup> ile veya *stipulatio*'ya dayanan *condictio* veya *actio ex stipulatu*<sup>560</sup> ile ileri sürülebilen istirdat hakkının varlığı halinde ise durum farklıdır. Bu iki davanın ortak özelliği, sebepsiz zenginleşme davasından (*condictio*) tamamen farklı bir temele dayanmış olmalarıdır. Bu davaların temelinde, iadeye ilişkin olarak açıkça kararlaştırılmış, dava edilebilir bir anlaşma yer almaktadır. Yazara göre, iadeye ilişkin *fiducia*'nın ve *stipulatio*'nun var olmadığına ilişkin kesin deliller de mevcut değildir<sup>561</sup>.

## B.Fiducia'nın İstirdat Hakkının Tesisi İçin Kullanılması

Klasik hukuk döneminde, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinde istirdat hakkının ileri sürülebilmesi, *fiducia cum amico* aracılığıyla sağlanmıştır<sup>562</sup>. *Pactum*

---

Hukuku, s. 257; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 302.

<sup>558</sup>*Delegatio*: Bir kimseye bir şeyi nakletme, havale. Bir kimsenin, üçüncü şahsa bir şey vermesi veya bir edada bulunması için, başka bir şahsı yetkilendirmesi. UMUR, Lügat.

*Delegatio Crediti*: Aktif havale. Alacağın temliki için Roma hukukunda başvuru yollarından birisi olup, havale eden alacaklı (*delegans*), havale ödeyicisi borçlusunu (*delegatus*), havale alan yeni bir alacaklıya (*delegatarius*) karşı *stipulatio* ile taahhüt altına girmeye davet eder. UMUR, Lügat.

*Delegatio Debiti*: Pasif havale, borcun nakli. Havale eden borçlunun (*delegans*), kendisine borçlu olan bir diğer kimseyi (*delegatus*) alacaklısı olan havale alacaklısına (*delegatarius*) karşı, *stipulatio* ile taahhüt altına girmeye davet eder. UMUR, Lügat.

<sup>559</sup>*Actio Fiduciae*: Genellikle teminat göstermek için fakat aynı zamanda kullanmak ve saire gibi başka sebeplerle de, *mancipatio*'su yapılmış bir malın, borç ödendikten sonra veya istendiği anda geri verilmesini sağlamak amacıyla açılan, mahkûmiyet halinde şerefsizlik (*infamia*) doğuran önceleri *in factum concepta*, sonraları *in ius concepta* dava. UMUR, Lügat.

<sup>560</sup>*Actio Ex Stipulatu*: *Stipulatio* davası. Bir şeyin verilmesi (*dare*), yapılması (*facere*) veya yapılmaması (*non facere*) borcu altına sokan gayri muayyen (*incerta*) konulu *stipulatio*'lardan doğan alacağı talep etmeyi sağlayan dar hukuk davası. UMUR, Lügat.

<sup>561</sup>SIMONIUS, s. 148-149. Bağışlayanın tehlikeyi atlatması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde kavuştuğu geri isteme hakkı, başlangıçta, *actio fiduciae* veya *actio ex stipulatu* çerçevesinde somutlaştırılmıştır. Daha sonra bu iade talepleri *condictio (ex paenitentia) incerti* ve *actio praescriptis verbis* ile hatta *Iustinianus* döneminde, şarta bağlı mülkiyet varsayımı çerçevesinde, aynı güçte bir *rei vindicatio* ile pekiştirilmiştir (*D.39.6.29*). SEROZAN, s. 46.

<sup>562</sup>Romalılar *fiducia* adı verilen inançlı akitleri birçok gaye için kullanıyorlardı. *Fiducia cum amico*'da (dostlarla yapılan inançlı akit), bir kimse kendi malını daha güvende olması için bir arkadaşına mülkiyetini geçirerek bırakırdı. *Commodatum* (âriyet), *depositum* (vedia) ve *mandatum* (vekâlet) akitlerinin henüz *ius civile* arafından tanınmamış olduğu eski devirlerde, malını bir süre için kullanması, saklaması veya satması gibi amaçlarla bir dostuna bırakmak isteyen kimse *fiducia* yoluyla malın mülkiyetini kaşı tarafa geçirirdi. Devralan kişi malı kullandıktan sonra veya istendiği zaman mülkiyetini eski malike devretmek borcu altına girerdi. Bütün bu hallerde mülkiyeti nakletmek için kullanılan muamelenin yanında, mülkiyetin hangi amaçla devredildiğini gösteren bir anlaşma (*pactum fiduciae*) da yapılırdı. Ancak bahis konusu şeyin mülkiyetinin geçirilmesinden sonra, alan taraf bunu

*fiducia*'ya eklenen bir şart ile istirdat hakkının ileri sürülebilmesinin bu iki durum ile sınırlandırılması mümkündür. Yazara göre, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde ileri sürülebilen istirdat talebi, *Gai. I. 3.100*<sup>563</sup>,de yer alan “*cum morieris*” ifadesi ile uyum halinde olduğundan, *Gai. I. 3.158*<sup>564</sup>,de yer alan düzenleme bu konuda herhangi bir zorluk yaratmamaktadır<sup>565</sup>.

Karlowa'ya göre, akde konu olan malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* neticesinde diğer tarafa nakledilmesi suretiyle ulaşılmak istenen amaç (*mancipatio fiduciae causa*), mülkiyetin devamlı olarak alanın nezdinde bırakılması olmayıp; *fiducia* ile malın mülkiyeti kendisine devredilen kimse adeta bir yediemin sıfatını haizdi<sup>566</sup>. Simonius'a göre, bu durum *fiducia* teorisine karşıt bir argüman teşkil etmemektedir. Aksine, *donatio mortis causa* muamelesinde, bağışlayanın, bağışlananın malvarlığında karşılıksız bir artış sağlamasının sebebi (*causa donandi*), bağışlayanın ölümü geciktirici şartına bağlandığından, bağışlananın bağışlama konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkı, aslında ona karşı beslenen itimattan ileri

---

ileride iade etmek borcu altına girdiğinden, *fiducia* aynî akit niteliği taşırdı. RADO, Borçlar, s. 84-85. Roma hukukunda inançlı işlemlerin sö konusu olduğu hallerde, bir tasarruf işlemi şeklinde kendini gösteren kazandırıcı bir devir işlemiyle (*mancipatio* veya *in iure cessio*), borç doğurucu bir işlem olan inanç anlaşmasının (*pactum fiduciae*) bir bütün oluşturacak biçimde biraraya geldiği görülmektedir. OĞUZ, İnançlı İşlem, s. 259.

<sup>563</sup>*Gai. Inst. 3.100: Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR, DARI SPONDES? uel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem. rursum ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO, DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

“Keza bir kimse, bir şeyin verileceğine dair “benim ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?” veya “senin ölümünden sonra verileceğini taahhüt ediyor musun?” gibi bir *stipulatio* yaptırmış ise bu *stipulatio* hükümsüzdür. Fakat bir kimse “ben ölürken verileceğini taahhüt ediyor musun?” veya “sen ölürken verileceğini taahhüt ediyor musun?” diye bir *stipulatio* yaptırmış ise, bu muteberdir; burada borç *stipulatio*'yu yaptırmanın veya taahhüt edenin hayatının son anına talik edilmektedir: zira borcun mirasçının şahsında doğması uygun görülmemiştir. Şu şekilde de bir *stipulatio* yaptıramayız: “ölümünden bir gün evvel, veya, ölümünden bir gün evvel verileceğini taahhüt ediyor musun?” Zira bir kimsenin ölümünden evvelki gün ancak ölümünden sonra bilinebilir; üstelik ölümünden sonra, *stipulatio* “mirasçılara verileceğini tahhüt ediyor musun?” şeklinde yapılmış gibi geçmişe izafe ediliyor ki bunun da hükümsüz olduğu muhakkaktır.”

<sup>564</sup>*Gai. I. 3.158: Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

Keza bir kimse ölümünden sonra yapılacak bir iş için bana vekâlet verirse, bu vekâlet hükümsüzdür; çünkü umumiyetle bir borcun mirasçının şahsında doğamayacağı kabul edilmektedir.

<sup>565</sup>SIMONIUS, s. 149-150.

<sup>566</sup>KARLOWA, s. 570

gelmekteydi<sup>567</sup>.

*Donatio mortis causa*'nın *fiducia* aracılığı ile icrası esas itibariyle mümkün olmakla birlikte, uygulamada bu yöntem her zaman başvurulması imkânsızdır. Mülkiyetin hangi amaçla devredildiğini gösteren bir anlaşma olan *pactum fiduciae*'nin geçerli bir şekilde kurulduğundan söz edilebilmesi için mülkiyeti nakil muameleleri olan *in iure cessio* veya *mancipatio* ile birlikte yapılması gerekirdi. Simonius'a göre, *donatio mortis causa* muamelesi klasik hukuk döneminde daima bir ölüm tehlikesi göz önünde bulundurularak tesis edildiğinden, bağışlayanı böyle bir tehlikenin varlığına sevk eden saiklerden biri olan ağır bir hastalık halinde veya ölüm tehlikesinin aniden ortaya çıktığı diğer bütün durumlarda *in iure cessio* muamelesine başvurulması imkânsızdı<sup>568</sup>. *Pactum fiduciae* ile birlikte yapılacak devir muamelesinin *mancipatio* ile sınırlandırılması halinde ise *fiducia* vasıtasıyla tesis edilen *donatio mortis causa* muamelesi *res nec mancipi* niteliğindeki malları kapsayamamaktaydı<sup>569</sup>. Ayrıca, *donatio mortis causa* muamelesine başvurulmasının en önemli ve muhtemelen en eski sebepleri, tasarruf sahibinin, içinde bulunduğu şartlar itibariyle, *testamentum* düzenleyerek ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânına sahip olmaması ve önemsiz addedilebilecek miktardaki tasarruflar için bir *testamentum*'un veya bir *codicilli*'nin düzenlenmesinin zahmetli ve gereğinden fazla ayrıntılı olduğunun düşünülmesidir. *Donatio mortis causa* muamelesinin tercih edilmesinin temelinde yatan bu iki sebep göz önünde bulundurulduğunda, ölüme bağlı bağışlamanın *pactum fiduciae*

<sup>567</sup>SIMONIUS, s. 150.

<sup>568</sup>*In iure cessio*'nun kelime anlamı *magistra* önünde terktir. *Magistra*'nın katıldığı bu muamele ile hem *res mancipi*'ler hem de *res nec mancipiler* üzerindeki *ius civile* mülkiyeti devredilebiliyordu. Bir malın mülkiyetinin devredilebileceği konusunda anlaşılan taraflar *magistra* (*praetor* veya eyalet valisi) önüne giderler ve malı devralacak olan taraf malın *quirites* hukuku gereğince kendisine ait olduğunu iddia eder, devreden taraf ise bunu kabul eder veya sadece susardı. Bunun üzerine *magistra* taraflardan biri lehine verdiği kararı beyan etmek suretiyle (*addictio*) malın devralana ait olduğuna karar verirdi. Burada mülkiyetin geçmesini, sadece, davalı pozisyonunda olan devredeninin iddiası kabulü değil, *magistra*'nın malın davacı pozisyonunda olan devralana ait olduğunu belirten *addictio*'su da sağlamaktadır. *In iure cessio*, davacı tarafından ileri sürülen aynî hak iddiasının farazî dava (*lis imaginaria*) yoluyla kabulüdür. Mülkiyeti nakil muamelelerinde aranan açıklık, aleniyet ilkesi, *magistra*'nın muameleye katılması sebebiyle *mancipatio*'ya oranla daha büyük ölçüde gerçekleşmektedir. *Gai. Inst.* 2.25'e göre, *in iure cessio* *magistra* önüne gitmeyi zorunlu kıldığından, *mancipatio*'ya kıyasla Roma vatandaşları tarafından daha az tutulan ve dolayısıyla daha seyrek başvurulmuş bir muameleydi; dostlar arasında kolaylıkla yapılabilen *mancipatio*'ya daha sık başvurulurdu. Şart ve vadeye bağlanamayan bir muamele olan (*actus legitimi*) *in iure cessio* daha klasik devir ortalarından itibaren nadiren uygulanır olmuş ve *Iustinianus* tarafından kalsik metinlerden çıkarılmıştır. ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 62-63; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Ö., Roma Eşya Hukuku, Ankara 2006, s. 172-173.

<sup>569</sup>*Mancipatio*, *res mancipi* mallar üzerindeki *quirites* mülkiyetini nakleden bir muamele olduğundan, *res nec mancipi*'ler *mancipatio* ile devredilse bile bir netice doğmuyordu. ERDOĞMUŞ, Eşya, s. 60; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 168; UMUR, Ders Notları, s. 441.

aracılığıyla ifası için *mancipatio* muamelesine başvurulması yeterince elverişli değildi. Çünkü *mancipatio*'nun icrası için, *testamentum per aes et libram*'da (külçe ve terazi ile vasiyetname) olduğu gibi neredeyse aynı kişilere (*libripens*<sup>570</sup> ve şahitler) ihtiyaç duyulduğundan, *donatio mortis causa*'nın ifası yine zahmetli bir hâl almaktaydı. Simonius'a göre, tüm bu nedenlerden ötürü, *pactum fiduciae* neticesinde yapılan devir işlemi, hiçbir zaman, *donatio mortis causa*'nın ifası için başvuru olan tek yol olmamış ve ancak, *datio ob rem* ve iadeye ilişkin *stipulatio*'nun yanında, *donatio mortis causa*'nın ifası için başvurulabilecek bir diğer yöntem olarak kalmıştır. Böylece, *fiducia*, bağışlayana hiçbir zaman daha iyi şartlar sunamadığından, gerek *datio ob rem*'in gerekse iadeye ilişkin *stipulatio* ile birlikte yapılan devir işleminin gerisinde kalmıştır. Bu nedenle teorik açıdan uygulanabilir olmasına rağmen, *donatio mortis causa* muamelesinin icrası için *fiducia*'ya asla başvurulmadığı söylenebilir. Yazara göre, kaynaklarda *fiducia*'nın *donatio mortis causa* muamelesinin ifası amacıyla kullanıldığını ispatlayan inandırıcı delillerin yer almaması, kendisi tarafından ileri sürülen düşüncenin doğruluğunu desteklemektedir<sup>571</sup>.

### C.İadeye İlişkin Stipulatio

Bağışlayanın, gerek kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatıp iyileşmesi halinde gerekse bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde daha önce düzenlenmiş *stipulatio*'ya dayanılarak istirdat talebinde bulunması kural olarak mümkündür. “*Cum morieris dari spondes?*—Sen ölüürken verileceğini taahhüt ediyor musun?” formülü kullanılarak, *Gai. I. 3.100*'de yer alan düzenleme gereğince geçersiz addedilen bir *stipulatio ab herede*'nin akdedilmesinden kaçınılması mümkündür. Zira bu sayede borç, *stipulatio*'yu taahhüt edenin hayatının son anına ertelendiğinden, borcun, mirasçının şahsında doğmasının önüne geçilmiş ve *donatio mortis causa*'nın gerektirdiği özelliklere uygun bir *stipulatio* kolaylıkla tesis edilebilmiştir. Bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması halinde istirdat talebinde bulunabilmesi “*si convaluerō dari spondes*” veya “*si e bello rediero dari spondes*” ifadesini içeren bir *stipulatio* akdedilmek suretiyle sağlanmaktaydı. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde istirdat talebinde bulunulabilmesi ise *D.32.37.3*'de belirtilen şekilde akdedilen bir *stipulatio* (*cum*

<sup>570</sup>*Libripens*: *Per aes et libram* muamelelerinin yapılışı sırasında terazi tutan kimse. UMUR, Lügat.

<sup>571</sup>SIMONIUS, s. 151-152.

*morieris. . . si vivam, mihi aut cui ego volam reddantur restituantur*) ile sağlanmışır<sup>572</sup>.

Simonius’a göre, gerek açıkça *donatio mortis causa* muamelesinden söz etmelerine rağmen istirdat hakkına riayet edileceğine ilişkin bir taahhüt içermeyen metinler<sup>573</sup> sebebiyle, gerekse *donatio mortis causa* muamelesine ilişkin kaynaklarda iadeye ilişkin *stipulatio* ile ilgili en ufak bir emareye dahi rastlanmaması sebebiyle istirdat hakkının *stipulatio* ile kararlaştırılabildiği hususu teorik olarak mümkün olmakla birlikte kesin değildir. Yazara göre, taraflar arasında iadeye ilişkin olarak *stipulatio* akdedilmesi, temliki bir muameleyi *donatio mortis causa* muamelesine dönüştürmek için en çok başvurulmuş yollardan biri olsaydı, klasik dönem hukukçularının bunu sıklıkla ima etmiş olmaları gerekirdi. Keza, iadeye ilişkin olarak *stipulatio* akdedildiği hususunun Bizanslılar tarafından klasik döneme ilişkin metinlerden kasten çıkarıldığına dair makul bir sebep bulunmadığı gibi, *Digesta*’da istirdat hakkının bu denli yoğun bir şekilde ele alındığı göz önünde bulundurulduğunda, bunun sadece tesadüfen göz ardı edildiğinin de pek muhtemel olmadığı sonucuna varılabilir<sup>574</sup>.

#### **D. Condictio’nun Özel Durumları**

Bağışlama konusu malın iadesi için *condictio*’ya başvurulmuş hallerden söz eden metinler (*D.39.6.39*, *D.39.6.37.1*, *D.39.6.19*) arasında “*condictio pretii*”ye ilişkin olanlar dikkate değerdir. Davalı bağışlananın bağışlama konusu malı satmış veya bağışlama konusunun bir köle olması halinde bu köleyi azat ederek elden çıkarmış olması nedeniyle, davacının, bağışlama konusu malı artık elde edemediği her durumda *condictio*’nun bu formuna rastlanmaktadır<sup>575</sup>.

Betti<sup>576</sup> tarafından ileri sürülen ve Amelotti ve diğer yazarlar<sup>577</sup> tarafından kabul edilen görüşe göre, *condictio pretii*, Bizans hukukuna ait bir kurum olarak

<sup>572</sup>SIMONIUS, s. 172-173.

<sup>573</sup>Bkz. *D.12.4.12*, *D.22.1.38.3*, *D.39.6.13 pr.*, *D.39.6.23* ve *D.39.6.44*

<sup>574</sup>SIMONIUS, s. 174-175.

<sup>575</sup>SIMONIUS, s. 175; DROPSIE, s. 183.

<sup>576</sup>BETTI, La condictio pretii del processo civile giustiniano, Atti Accademia Torino, 51, 1019 vd. zikr. SIMONIUS, s. 175

<sup>577</sup>Amelotti ve diğer yazarların görüşü için bkz. AMELOTTI, s. 149-181, zikr. SIMONIUS, s. 175.

nitelendirilmelidir. Bu yazarlar, savundukları görüşü, usul hukuku ve icra hukukuna ilişkin olarak klasik hukuk ve Bizans hukuku dönemlerinde geçerli olan düzenlemelerin karşılaştırılması neticesinde ortaya çıkan argümanlara dayandırmaktadırlar: Klasik hukuk döneminde mahkûmiyet daima bir miktar paraya ilişkindi. Davayı kaybeden davalının, dava konusu malı iade edememesi veya iade etmek istememesi halinde davacı, davalıyı, hâkimin ihtilâf konusunun kıymetini para olarak takdir etmesi neticesinde ortaya çıkan miktarı (*litis aestimatio*<sup>578</sup>) tediyeyle zorlayabilirdi. *Iustinianus* hukuku döneminde usul hukuk alanında uygulanan tek yöntem olan nizam haricî usulde (*cognitio extra ordinem*) ise, davacının mahkûmiyet neticesinde, dava konusu malın kendisini elde etmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu durumda kararın icrası devlet tarafından gerçekleştirilmekte ve mahkûmiyet konusu mal, icra memuru vasıtasıyla zorla alınarak (*manu militari*<sup>579</sup>) davacıya verilmekteydi. Son imparatorluk devrinde hakların himayesinde uygulanan bu muhakeme usulünde, davalı, yalnızca, aynen tazminin mümkün olmadığı hallerde nakden tazmine mahkûm edilmiş ve mahkûmiyet dava konusu mala değil bu malın muadil değerine (*pretium*<sup>580</sup>) bir diğer ifade ile ihtilâfın paraya çevrilmiş haline ilişkin olmuştur<sup>581</sup>.

Amelotti<sup>582</sup>, *D.39.6.39*, *D.39.6.37.1*, *D.39.6.19*'da yer alan düzenlemelerde, *condictio* teriminin değil sadece *pretium* teriminin derleyiciler tarafından eklendiğini ifade ederek, Betti tarafından ileri sürülen görüşü, *donatio mortis causa* muamelesi açısından düzeltmiştir. Simonius ise, *condictio pretii*'nin, mutlak bir şekilde *interpolatio* çalışmalarının bir ürünü olarak görülmemesi halinde, *donatio mortis causa* muamelesi açısından da izah edilebileceğini ve bazı problemlerin bu şekilde daha kolay çözüme kavuşturulacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, *D.39.6.39*'da

<sup>578</sup>*Litis Aestimatio*: İhtilâf konusunun takdiri. Hâkimin veya hakemin, muayyen para miktarından başka bir şey olan ihtilâf konusunu para olarak takdir etmesi. Özellikle *formula* usulünde mahkûmiyet daima paraya ilişkin olduğundan, hâkim, ihtilâfın konusu ne olursa olsun, onu paraya tahvil edecek şekilde kıymetini takdir etmeliydi. Bu hallerde kıymet takdirini bizzat davacı da yapabiliyordu: Davalı, hâkimin *clausula arbitraria*'sına uymak istemediği zaman, ihtilâf konusunun takdiri hususunda davacıya tanınan yetki. UMUR, Lügat.

<sup>579</sup>*Manu Militari*: Resmî icra organı. Davacıya teslimi gereken malı mahkûmun elinden almak üzere, devlet kuvvetinin kullanılması. Nizam haricî usulde (*cognitio extra ordinem*) davacıya vermesi gereken malı vermeyen mahkûmun, bu borcunu zorla yerine getirmesini sağlamak üzere hâkimin, devletin cebir kuvvetini temsil eden memurundan yararlanması. UMUR, Lügat.

<sup>580</sup>*Pretium*: Alım satımda, üzerinde taraflarca anlaşmaya varılmış ve alıcı tarafından satıcıya ödenmesi gereken muayyen para miktarı, semen. UMUR, Lügat.

<sup>581</sup>SIMONIUS, s. 175-176.

<sup>582</sup>AMELOTTI, s. 151, zikr. SIMONIUS, s. 176.

zikredilen “*condictio pretii*” ifadesi, *interpolatio* çalışmalarının ürünü değildir<sup>583</sup>:

*D.39.6.39 (Paulus libro XVII ad Plautium): Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator.*

Simonius’a göre, bağışlananın elinde bir semen bulunmadığından, “*pretium*” kelimesi, mutlak biçimde klasik hukuk dönemine ait bir nitelendirme olan “değer” anlamında kullanılmış olabilir. Yani, klasik hukuk döneminde, *condictio* neticesinde mahkûmiyete ilişkin olarak verilen her hüküm dava konusu ihtilâfın değerine (*quanti ea res est*) ilişkin olduğundan, ihtilâf konusu malın hâlâ davalının elinde olması veya olmaması arasında esas itibariyle bir fark yoktu. Fakat dava konusu malın bizzat iade edilmesi, yalnızca davacının amacı olmayıp aynı zamanda *condictio* neticesinde davacının talebinin yerine getirilmesinin belki de en sık başvurulmuş şeklini de teşkil ettiğinden, davalının, aynen iadesi artık mümkün olmayan bir malın değerinden sorumlu tutulacağına açıkça işaret edilmesi, klasik hukuk dönemi için de mantıklı bir açıklama teşkil etmektedir<sup>584</sup>.

*D.39.6.37.1*’de yer alan düzenlemenin de klasik hukuk dönemi için benzer şekilde yorumlanması mümkündür<sup>585</sup>:

*D.39.6.37.1 (Ulpianus libro XV ad legem Iuliam et Papianam): Iulianus ait: Si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisse et hoc donator elegerit. Alioquin et ipsum servum restituere compellitur.*

Klasik dönem hukukçuları bu metinde yer alan “*pretium*” ifadesini de muhtemelen “kölenin değeri” anlamında kullanmışlardır. Klasik sonrası hukuk döneminde veya Bizans hukuku döneminde ise derleyiciler, *condictio* halinde iktisap oranını değil fiili zenginleşmeyi (*lucrum emergens*) esas aldıklarından, “*pretium*” kavramını satış

---

<sup>583</sup> SIMONIUS, s. 176.

<sup>584</sup> SIMONIUS, s. 177.

<sup>585</sup> SIMONIUS, s. 177.

bedeli ile ilişkilendirmişlerdir<sup>586</sup>.

Derleyiciler, bağışlayana, satış bedeline ilişkin *condictio*'nun yanında<sup>587</sup>, bizzat bağışlama konusu kölenin iadesini talep edebilme imkânı da sağlamışlardır. Bu durumda, bağışlayanın sahip olduğu hukukî vasıtanın *rei vindicatio* mu yoksa *condictio rei*<sup>588</sup> mi olduğu hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Simonius'a göre, metinde yer alan düzenleme çerçevesinde, yalnızca bağışlanan davalı sıfatını haiz olduğundan ve *formula* usulünde<sup>589</sup>, *rei vindicatio*, yalnızca zilyede yani alıcıya karşı açılabilirdiğinden<sup>590</sup>, bağışlayanın sahip olduğu hukukî vasıtanın *condictio rei* olduğu hususu daha muhtemel görünmektedir. Yazara göre, doğru olma ihtimali düşük olan

<sup>586</sup>SIMONIUS, s. 178.

<sup>587</sup>...et hoc donator elegerit. Alioquin et ipsum servum restituere compellitur ifadesinin *interpolatio* çalışmaları neticesinde metne eklendiği hususu literatürde genel olarak kabul edilmektedir. SIMONIUS, s. 178, dn. 11.

<sup>588</sup>*Condictio certae rei*: Bir borç ilişkisinden doğan, paradan gayrı muayyen bir malın mülkiyetini devretmek veya bir irtifak tesis etmek hususundaki alacakları talep etmeyi sağlayan dar hukuk davası. UMUR, Lügat.

<sup>589</sup>Roma hukukunda iki ayrı usul sistemi olan *legis actio*'lar (kanunî davalar) usulü ve *formula* usulü, belirli bir süre birlikte uygulanmış ve *formula* usulü, *legis actio*'lar usulünün yerini yavaş yavaş almaya başlamıştır. En eski zamanlardan itibaren, M.S. 284 yılına kadar, hakların himayesi, bazı gelişmeler ile birlikte özel bir iş olarak kabul edildiğinden bu usule *Ordo Iudicioorum Privatorum* (özel veya adî mahkemeler nizamı) adı verilmiştir. M.S. 284 yılından sonra, haklar devlet tarafından himaye edilmeye başlanmış ve bu usule ise nizam haricî veya fevkalâde usul (*cognitio extra ordinem*) denilmiştir. Hususî mahkemeler nizamında dava, *magistra* önünde (*in iure*) ve tarafların seçtikleri hâkimin önünde (*in iudicio*) olmak üzere iki safhada cereyan ederdi. Nizam haricî usulde ise dava tek bir safhada görülür ve ihtilâflı taraflar, artık devlet memuru olan bir hâkimin önüne giderlerdi. Kanunî davaların özellikleri, zamanla belirli sakıncaları beraberinde getirmiştir. Kanuna dayanan bir usul olduğundan, *magistra* kanunun öngörmediği bir davayı veremediği gibi kanunun verdiği bir davayı da durduramamaktaydı. Yumuşaklığı ve gelişme imkânı olmayan bu usulün, kanun koyucunun müdahalesi olmadan yeni ihtiyaçlara ve hakkaniyetin gereklerine cevap vermesi mümkün değildi. Bu usulün şekilciliği, hantallığı ve yabancılara uygulanamaması giderek zorluklara sebep oluyordu. *Praetor*'lar sonradan *formula* diye anılacak olan bir usul yaratmak suretiyle kanunî davala usulünün eksikliklerini tamamlıyorlardı. M.Ö. 2. yüzyılda çıkarılan *lex Aebutia*, *formula* usulünü kanunileştirmiştir. Bu kanun yeni bir usul getirmediği gibi eski usulü de kaldırmış değildi. Zira *formula* usulü daha önce de vardı ve *formula* usulünün kanunileştirilmesinden sonra da eski usul uygulanmaya devam etmiştir. Fakat taraflar, yalnız istisnâî hallerde değil, her istediklerinde bu iki usulden birine başvurmakta serbest bırakılmışlardır. Bir yüzyıl kadar bir süre boyunca *formula*, daha elâstikî ve daha az şekilci olduğu için gittikçe daha fazla tercih edilmiş ve M.Ö. 1. yüzyılda artık uygulamadan kalkmış olan *legis actio*'lar usulü lağvedilmiştir. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 232-233, 243. Roma medeni usul hukukunun en önemli kısmı olan *formula* yargılaması, yaklaşık olarak Roma klasik hukuk dönemine denk gelmektedir. *Formula* yargılaması, *praetor*'un faaliyetleri sayesinde, Roma hukukunun gelişmesine büyük katkı sağlamıştır. Diğer taraftan, *formula* yargılaması, günümüz usul hukuk ile benzerlikler gösteren sistem dışı yargılamanın da çıkış noktası olduğundan, hukuk kurum ve kurallarının hangi gereksinimlerden doğduğunun ve ne gibi gelişmeler geçirdiğinin ortaya konması açısından da önemlidir. *Formula* yargılaması hakkında yapılabilecek en önemli saptama, bu yargılama sisteminin, uygulandığı dönem açısından, hızlı, kısa ve etkili olduğudur. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, G., Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması, DEÜHFD, c. 7, S. 1, Y. 2005, s. 169-170, 208.

<sup>590</sup>Nizam haricî usulde (*cognitio extra ordinem*), malın maliki yalnızca zilyede karşı değil malı elinde bulunduran herkese karşı (*detentor*) *rei vindicatio* açarak istihkak talebinde bulunabilirdi. Bu durumda hâkim ya tazminata ya da malın bizzat iadesine karar verir ve *manu militari* icraya geçilmesini emredebilirdi.

değerlendirmeler bir tarafa bırakıldığında<sup>591</sup>, iki *condictio* türü arasında yapılan ayırımın şu şekilde yorumlanması mümkündür: Birinci durumda, bağışlayan, *condictio pretii* ile bağışlananın zenginleştiği oranda iadede bulunmasını, yani satış bedelini talep ederken, ikinci durumda ise *condictio rei* ile dava konusu malın bizzat iade edilmesini ancak bu malın bir şekilde temin edilememesi halinde ise malın gerçek değerinin tazminini talep etmiştir. Bu nedenle metin, klasik sonrası hukuk döneminde, dava konusu malın bizzat iadesinin mümkün olmadığı hallerde, her zaman *condictio rei*'nin yerine *condictio pretii*'ye başvurulmadığını göstermektedir<sup>592</sup>.

D.39.6.19'da yer alan düzenlemede de, *donatio mortis causa* açısından *condictio pretii*'den söz edilmektedir:

*D.39.6.19 (Iulianus libro LXXX ad digestorum): Si filio familias res mortis causa data fuerit et convaluisse, donator actionem de peculio cum patre habet: at si pater familias, cum mortis causa donationem accepisset, in adoptionem se dederit, res ipsa a donatore repetitur. Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret.*

Metinde *donatio mortis causa* muamelesine ilişkin olarak üçlü bir ayırımı gidilmektedir. Bu ayırımı göre, bağışlananın bir *filius familias* olduğu hallerde bağışlayan, iyileşmiş yani kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatmışsa, *pater familias*<sup>593</sup>,a karşı *actio de peculio*<sup>594</sup> imkânına sahipti. Bir *paterfamilias* olan bağışlanan evlat edinilmişse<sup>595</sup>, bağışlayan bizzat bu malın

<sup>591</sup>Amelotti, nizam haricî usulde (*cognitio extra ordinem*) bu malın, alıcıdan (*emptor*) zorla geri alınıp bağışlanana teslim edilmesi halinde, bağışlananın, bağışlayana karşı olan borcunu yerini getirebileceğini; Von Lübtow ise *condictio rei*'nin yalnızca, bağışlananın, alım satım akdi neticesinde satmış olduğu köleyi henüz alıcıya devredip mülkiyetini nakletmediği hallerde göz önünde bulundurulabileceğini ileri sürmektedirler. zikr. SIMONIUS, s. 178, dn. 14.

<sup>592</sup>SIMONIUS, s. 178-179.

<sup>593</sup>*Pater Familias*: Aile babası; daha doğrusu aile reisi. Fizik anlamda ailenin babası olmaktan ziyade, hukukî anlamda *sui iuris* olan ve aile fertleri üzerinde hâkimiyet (*patria potestas*) icra eden kimse. Roma ailesi (*familia*) içinde tek *sui iuris* olup, onun ölümünde kendi evlâtlarının (*filius familias*'lar) her biri, kaç yaşında olurlarsa olsunlar, ayrı ayrı *sui iuris* olurlardı. Torunları, kendi babalarının hâkimiyeti altına düşerler, babaları dededen önce ölmüşse, onlar da *sui iursi* olurlardı. UMUR, Lügat.

<sup>594</sup>*Actio De Peculio*: Kendisine bir *peculium* tahsis edilmiş olan hâkimiyet altındaki hür kimsenin veya kölenin, *peculium*'u işletirken yüklenmiş olduğu borçlardan, aile reisini, *peculium*'un tutarı nisbetinde sorumlu tutan munzam *praetor* davası. UMUR, Lügat. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Actio De Peculio*, s 103 vd.

<sup>595</sup>*Adrogatio*: *Pater familias* olan bir kimsenin (erkek *sui iuris* Roma vatandaşı), başka bir *pater*

iadesini talep edebilmiştir (*rem ipsam repetere*)<sup>596</sup>. Metinden anlaşıldığı üzere, bir *sui iuris* olan bağışlanan, bağışlama konusu malı üçüncü bir şahsa devretmişse, bağışlayan, üçüncü kişiden, malın iadesi için değil fakat malın değeri için (*non rem, sed pretium eius*) *condictio* vasıtasıyla talepte bulunabilmiştir. Gerek klasik hukuk döneminde üç farklı durum arasında yapılan karşılaştırmanın arkasında yatan sebeplerin tespiti, gerekse bu karşılaştırmanın *Iustinanus* hukuku çerçevesinde ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması bazı problemleri beraberinde getirmektedir<sup>597</sup>.

Birinci durumda, bağışlanana karşı açılan davanın yerini, *interpolatio* şüphesine mahal vermeyecek surette, hâkimiyet sahibine karşı açılan *actio de peculio*'nun aldığı ve bu durumda aslında bir "*condictio de peculio*"nın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. İkinci durumda ise anlaşılması zor olan "*res ipsa a donatore repetitur*" ifadesi karşımıza çıkmakta ve bu ifadenin arkasında hangi davanın yer aldığı sorusunu beraberinde getirmektedir. "At" (ama) bağlacının kullanılmış olması, birinci ve ikinci durum arasındaki farka açık bir şekilde işaret etmektedir. Gerçekten de klasik dönem hukukçuları, en azından *Sabinianus* mektebi temsilcileri<sup>598</sup>, borçlunun, aile değiştirmek veya ailesinden çıkmak suretiyle *status familiae*'sini (aile durumunu) kaybetmesi (*capitis deminutio minima*) halinde, *ius civile*'ye göre sona eren alacak hakkı için evlât edinen aile reisine karşı *actio de peculio*'ya başvurma imkânını tanımamış, aksine, tamamen farklı bir yargılama usulü vuku bulmuştur. Bu usule göre, *praetor*, alacaklının başlangıçta sahip olduğu davanın uygulama sahasını genişleterek, evlât edinilene karşı *actio utilis* olarak açılmasını kabul etmiştir. Bu durumda, hâkimiyet sahibi, evlatlık edindiği kişi için sorumluluk altına girmemekte ve böylece *in integrum restitutio*<sup>599</sup> söz konusu olmaktaydı. Böylece, alacaklı,

---

*familias*'ın hâkimiyeti altına girecek şekilde evlât edinilmesi. Bu suretle *alieni iuris* haline geldiğinden, vaktiyle kendi hâkimiyetinde bulunan aile fertleri ile birlikte, ailenin malvarlığı da, kendisini evlât edinen aile reisinin hâkimiyeti altına girerdi. UMUR, Lügat.

<sup>596</sup>Simonius'a göre, kendisine *mortis causa* bağışlamada bulunulan *pater familias*'ın *adrogatio* neticesinde *status*'unda (bir kimsenin hak ehliyeti bakımından hukukî durumunu gösteren tâbir) meydana gelen değişikliğin, hukukçular tarafından bağışlananın ölümüne denk tutulduğu ve dolayısıyla, bağışlayanın istirdat talebinde bulunabilmesine sebebiyet veren bir hâl olarak kabul edildiği ihtimâl dâhilindedir (D.24.1.11.5). SIMONIUS, s. 180, dn. 3.

<sup>597</sup>SIMONIUS, s. 180.

<sup>598</sup>D.15.1.42. Bu metin, aynı zamanda *Sabinianus* mektebinin taraftarlarından (temsilcilerinden) olan *Iulianus*'a aittir.

<sup>599</sup>*In Integrum Restitutio: Formula* usulü zamanında, bir ihtilâfı, hâkimin kararına ihtiyaç bırakmadan halletmek üzere, *praetor*'un, *imperium*'una dayanarak uyguladığı bir vasıta. Eski hale iade. Bazen *praetor*, ihtilâf konusu uyuşmazlığı inceledikten sonra, itiraz edilen bir hukukî muameleden doğan

alacağının karşılanması için, evlât edinilmemiş olsaydı borçluya ait olacak malları satışa çıkarma hakkına sahip olmaktadır<sup>600</sup>. Her ne kadar *donatio mortis causa* muamelesine dayanan iade talebi, borçlunun artık başka birinin hâkimiyeti altında olduğu zamana denk gelse de, taraflar arasında bir “*obligatio ex ante gesto*” (bugüne kadar malik olmaktan kaynaklanan borç ilişkisi) söz konusudur. Bu borç ilişkisi ise, *adrogatio*’dan önce akdedilen hukukî muameleye (*datio ob rem*) dayanmıştır. Bu nedenle söz konusu borç ilişkisi de, *capitis deminutio*’nun gerçekleşmesinden önce doğan borçlar için geçerli olan kurallara tâbi olup, “*res ipsa*” hem *condictio de peculio* ile hem de *condictio utilis* ile talep edilebilmiştir. Dolayısıyla metnin bu kısmı kesinlikle *interpolatio*’ya maruz kalmıştır denilebilir<sup>601</sup>.

Simonius’a göre, kelimelerin anlamı Bizans hukuku açısından da zorlukla tespit edilebilmektedir. Üçüncü cümleden (*non rem, sed pretium eius condiceret*) anlaşıldığı üzere, derleyiciler, *rei vindicatio*’yu değil, *condictio*’yu kast etmişlerdir. *Digesta*’da, sözleşmenin kurulmasından sonra evlât edinilen kişinin borçlarının tahsili için iki hukukî vasıttan söz edilmektedir. Buna göre, *actio utilis*’ten söz eden metinlerin (*D.4.5.2.1, D.2.14.20*) yanı sıra, *actio de peculio*’ya başvurabilme imkânından söz eden metinler de (*D.15.1.42, D.33.8.7, D.1.7.45*) mevcuttur. İlginç olan ise, Bizanslıların bu iki davayı, birbirlerinin alternatifi olarak değil, aksine *I.3.10.3*’de<sup>602</sup> yer alan düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, bir bütün teşkil edecek şekilde düzenlemiş olmalarıdır. Hâkimiyet sahibi (evlât edinen) “*nomine filii*” (oğlu namına) sorumlu tutulmuş olup bu ifade tarzı *actio de peculio*’ya ilişkin metinlerde de kullanılmıştır. Hâkimiyet sahibi, bu davanın açılması üzerine oğlunu müdafaa etmek istemediğini (*filium defendere*) belirtirse, alacaklılar, evlât edinilene ait olan

---

neticelerin, *ius civile*’ye uygun olsa bile hakkaniyete aykırı olduğunu gördüğü takdirde, o muamele sanki hiç yapılmamış gibi, tarafları eski vaziyete iade ederdi. Bu neticeyi elde etmek için, genellikle, *ius civile* davasını vermemekteydi. UMUR, Lügat.

<sup>600</sup>Bkz. *Gai. Inst. 3.84, Gai. Inst. 4.38, D.4.5.2.1*

<sup>601</sup>SIMONIUS, s. 181-182.

<sup>602</sup>*I.3.10.3: Sed ex diverso pro eo, quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem iure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quae eius cum usu fructu futura fuissent, si se alieno iuri non subiecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.*

“Bilâkis, evlât edinen kimse, kendisini evlâtîğa veren kimsenin borçlarından mesul olmaz, fakat oğlu namına takip edilir ve şayet onu müdafaa etmek istemezse, salâhiyetli magistralarımızın izin vermesi şartı ile alacaklılar, başkasının hâkimiyeti altına girmemiş olsaydı evlât edinilene ait olacak olan malların, intifa hakkı dahil, zilyetliğini alırlar ve bu mallar üzerinde, kanun dairesinde, tasarrufta bulunabilirler.”

malların zilyetliğini (*in possessionem*) elde etmişlerdir<sup>603</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Bizanslılar için, borçlunun kendisini evlâtlığa vermiş olması halinde açılan dava *actio de peculio* olduğundan<sup>604</sup>; *mortis causa* bağışlamada bulunan kimse, metinde söz edilen ikinci durumda da bu hukukî vasıtaya başvurmuştur. Birinci durumda, *actio de peculio* ile bizzat bağışlama konusu mal talep edildiğinden, Bizanslılar için birinci ve ikinci durum arasında bir çelişki söz konusu değildi<sup>605</sup>. İkinci durumda evlât edinenin evlât edildiği kimseyi savunmayı reddetmesi halinde (*Indefensio*), içerdiği ifadeler göz önünde bulundurulduğunda, özel kuralın uygulanacağını ima edilmiş olduğu ihtimâl dâhilinde değildir. Dolayısıyla “*res ipsa a donatore repetitur*” ifadesi, birinci ve ikinci durumun karşılaştırılması bakımından *interpolatio*’ya maruz kalmamıştır. *Interpolatio*’nun sebebi, daha ziyade, bizzat mala (*res ipsa*) ilişkin olan istirdat talebini, *condictio pretii*’nin aksine, üçüncü duruma ilişkin olarak metne yerleştirme çabası olmuştur<sup>606</sup>.

Metinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlama konusu malı bağışlayanın ölümünden önce üçüncü kişiye devreden bağışlanan (üçüncü durum), ikinci durumda *donatio mortis causa* muamelesi neticesinde kendisine bağışlamada bulunulan kişi ile karşılaştırılmaktadır. Bu karşılaştırmanın sadece üçüncü durum ile ikinci durum arasında yapıldığı, buna karşılık üçüncü durum ile birinci durum arasında hiçbir karşılaştırmanın yapılmadığı metinde kullanılmış olan “*huic*” (bu) kelimesinin tekil bir anlama sahip olmasından anlaşılmaktadır. “*Nec huic similis*” ifadesi ile ikinci durumdaki hangi şahsa işaret edilmek istendiği hususunun incelenmesi gerekmektedir. Bizanslılar, evlât edinenin kastedildiğini düşünmüşlerdir: Simoniüs’a göre, kendisinden bizzat bağışlama konusu malın değil, bu malın değerinin (*pretium eius*) iade edilmesi talep edildiğinden, bağışlama konusu malı üçüncü kişiye devreden bağışlananın durumu, evlât edinenin durumu ile benzer

<sup>603</sup>SIMONIUS, s. 182-183. Evlât edinilenin, evlât edinme mumesinden önce sahip olduğu malvarlığının, kendiliğinden (otomatikman), *peculium* olarak kabul edildiği varsayılmaktadır. SIMONIUS, s. 183, dn. 13.

<sup>604</sup>Bununla birlikte, *actio utilis*, tamamen yürürlükten kalkmış gibi görünmemektedir. SIMONIUS, s. 183, dn. 14.

<sup>605</sup>Çelişkiye sebebiyet veren “*at-ancak*” bağlacı *Digesta*’da yer alan tarihsel bir kalıntı olarak görülmüştür Diğer taraftan, *Basilika*’da, “*at*” bağlacı yerine kullanılan bağlaç, “*ve*” anlamına gelecek şekilde kullanılmış olabilir. SIMONIUS, s. 183, dn. 16.

<sup>606</sup>SIMONIUS, s. 183-184.

değildir. Durumları birbirinden son derece farklı olan bu iki kişi arasında bir karşılaştırma yapılabilmesini sağlayacak tek bir bağlantı noktası dâhi mevcut olmadığından, aslında yapılan bu kıyaslama temelden yoksundur. Bu nedenle bu karşılaştırmanın, bir taraftan elimize ulaşan şekli ile klasik dönem hukukçularından kaynaklanmadığı diğer taraftan da metin üzerinde sonradan çalışmış olan derleyiciler tarafından, özel bir neden olmaksızın metne ilave edilmiş olamayacağı şeklinde iki farklı çıkarımda bulunmak mümkündür. Metnin genişletildiği iddiasında bulunulabilmesi için herhangi bir hukukî sebep gösterilemediğinden, metnin klasik hukuk dönemindeki halinin de zaten bir karşılaştırma içerdiği, ancak bu karşılaştırmanın derleyiciler tarafından kabul görmemiş veya anlaşılamamış olması sebebiyle farklı bir biçimde yorumlandığı varsayımında bulunulması zorunludur. Dolayısıyla, genel olarak kabul edildiğinin aksine, üçüncü duruma ilişkin kısmın tamamı *interpolatio*'ya maruz kalmadığından, bu düzenlemenin altında yatan klasik hukuk dönemine ait sebebin araştırılması zorunludur<sup>607</sup>.

Klasik dönem hukukçularının, *donatio mortis causa* neticesinde kendisine temlik edilen bir malı üçüncü kişiye devreden bağışlanan ile karşılaştırabilecekleri kişi elbette evlât edinen değil, kendisini evlâtlığa veren *paterfamilias* olmuştur. Gerçekten de *paterfamilias*'ın durumu, bağışlama konusu malı başkasına devreden bağışlananın durumuna kısmen benzemektedir; çünkü her ikisi de bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurup doğurmayacağının henüz askıda olduğu dönemde, bağışlama konusu malı üçüncü kişiye devretmişlerdir. Buna karşılık “*rem condicere*” ile “*pretium condicere*” arasında yapılan karşılaştırma klasik hukuk dönemine ait değildir. Klasik hukuk döneminde, ikinci durumdaki *condictio utilis*'in, temel bir farklılık içermeksizin, üçüncü durumdaki *condictio*'nun yanında yer aldığı ihtimâl dâhilidedir; bununla beraber *intentio* her durumda malın iadesine yönelik olduğundan iki *condictio* türü arasında gerçekten bir ayrımın yapıldığı ihtimâl dışıdır<sup>608</sup>.

Hâkimiyet altında bulunan bağışlanana karşı ileri sürülen istirdat hakkından iki metinde daha söz edilmektedir:

---

<sup>607</sup>SIMONIUS, s. 184-185.

<sup>608</sup>SIMONIUS, s. 185.

*D.39.6.23 (Africanus libro II quaestionum): Si filio familias mortis causa donatum sit et vivo donatore moriatur filius, pater vivat, quaesitum est, quid iuris sit. Respondit morte filii condictionem competere, si modo ipsi potius filio quam patri donaturus dederit: alioquin, si quasi ministerio eius pater usus sit, ipsius patris mortem spectandam esse. Idque iuris fore et si de persona servi quaeratur.*

*D.39.6.44 (Paulus libro I manualium): Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cuius mors inspicere debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed magis eius inspicienda est, cui donatum esset. Sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur.*

Benzer duruma ilişkin olan *D.39.6.19*'da yer alan düzenlemede, bağışlayana, bir *praetor* davası olan *actio de peculio* verilirken, bu iki metinde ise bağışlayana, *ius civile* davası olan *condictio*'nun verilmesi bazı zorlukları beraberinde getirmiştir. Amelotti, *D.39.6.19*'da *pater familias*'ın bağışlama konusu malı aile evlâdına *peculium* olarak tahsis ettiğini, buna karşılık *D.39.6.23* ve *D.39.6.44*'de ise hâkimiyet sahibinin bağışlama konusu malı mülkiyetine geçirdiğini varsayarak bu soruna çözüm bulmaya çalışmıştır. Bu varsayım çerçevesinde, birinci durumda bağışlayan yalnızca *actio de peculio* ile talepte bulunma imkânına sahipken, ikinci durumda ise hâkimiyet sahibine karşı *condictio* açılması mümkündür. Simonius'a göre, Amelotti tarafından yapılan yorum yerinde değildir, zira iki farklı durumun söz konusu olduğuna dair hiçbir belirtinin bulunmamasının yanında, bu açıklamanın dayanak noktasını teşkil eden *condictio*'ya ilişkin öğretinin desteklenmesi de mümkün değildir. Zira klasik hukuk döneminde, sadece, hukuken geçerli bir sebep (*iusta causa*) olmaksızın, bir tarafın malvarlığında diğer tarafın zararına oluşan bir artışın varlığı, *condictio*'nun kabulü için yeterli bir gerekçe teşkil etmemekteydi. Klasik hukuk döneminde *condictio*, daha ziyade “*re contrahitur obligatio-contractus realis*” niteliğinde olup; bir taraftan bir malın mülkiyetinin nakledilmiş olmasına (*datio*) diğer taraftan da bu malın nakline yeten hukukî sebebin, malın iktisap edende kalması için yeterli bir sebep teşkil edememesine yani *causa retinendi*'nin eksikliğine dayanmıştır. *Causa retinendi*'nin mevcudiyeti, mülkiyetin nakledilmesinin (*datio*) temelinde yatan hukukî işleme göre belirlendiğinden, sadece muamelenin tarafları, *condictio*'ya dayanarak iade talebinde bulunabilmekteydi. Bağışlananı hâkimiyeti altında bulunduran kimse ise muamelenin taraflarından biri değildi. Hâkimiyet

sahibi, aile evlâdına veya köleye bağışlanan mal üzerindeki mülkiyet hakkını, bu kişiler üzerinde *patria potestas*'a sahip olduğu için kazanmış olsa da, aile evlâdı veya köle, bağışlama sözleşmesinin tarafı ve dolayısıyla mülkiyet hakkı kendilerine nakledilmiş olan kişiler olarak kabul edilmişlerdir. *Senatus Consultum Macedonianum* ile getirilen düzenleme bir tarafa bırakıldığında, nasıl ki *pater familias*, hâkimiyetine tâbi olan bir kimse tarafından kabul edilen *mutuum*'dan ötürü sorumlu tutulamıyorsa, aynı şekilde bu kimse tarafından kabul edilen *donatio mortis causa* muamelesinin varlığı halinde de *condictio* aracılığıyla doğrudan sorumlu tutulamamıştır<sup>609</sup>.

Simonius'a göre, *D.39.6.19* ile *D.39.6.23*, *D.39.6.44*'de yer alan düzenlemeler arasında, başvurulabilecek hukukî vasıtalar açısından hiçbir çelişki bulunmamaktadır. Yapılması zorunlu ekleme ve değişiklikler dikkate alınmadığı takdirde<sup>610</sup>, *actio de peculio*, *homo sui iuris*'e karşı ileri sürülecek bir talebi içeren dava ile aynı yapıya sahiptir. Böylece bağışlayanın açmış olduğu dava, *de peculio* olarak nitelendirilse dâhi, esas itibarıyla bir *condictio* olarak kalmıştır. Bunun dışında bu “*condictio de peculio*”, en azından teorik olarak, doğrudan doğruya bağışlanana karşı açılan *condictio*'nun yanında yer almıştır. Bu nedenle, başvurulabilecek hukukî vasıtayı hiçbir şekilde tartışma konusu yapmayan bu metinlerin, sadece *condictio*'dan söz etmeleri şaşırılacak bir durum değildir<sup>611</sup>.

## **E.Rei Vindicatio**

### **1.Şarta Bağlı Traditio Muamelesine Başvurulmak Suretiyle İfa Edilen Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Varlığı**

Kaynaklarda, mülkiyetin devrini (*datio*) sağlayan tasarruf muamelesinin bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı hallerde, şartın gerçekleşmesi üzerine, bağışlama konusu malın iadesinin *condictio* ile talep edilebildiğinden söz edilmektedir. Ölüme bağlı

---

<sup>609</sup>SIMONIUS, s. 187-188.

<sup>610</sup>*Intentio* kısmında hâkimiyet ilişkisini vurgulayan ifadeye yer verilmesi; *condemnatio* kısmında ise, hâkimiyet sahibinin asıl borçlu yerine mahkûmiyetinden söz edilip, bu mahkûmiyetin, aile evlâdına veya köleye *peculium* olarak tahsis edilen miktar (*actio de peculio*) ile veya aile reisinin, hâkimiyetine tâbi olan kişinin yapmış olduğu hukukî muamele neticesinde malvarlığında meydana gelen artış (*actio de in rem verso*) ile sınırlandırılması. SIMONIUS, s. 188, dn. 6.

<sup>611</sup>SIMONIUS, s. 188-189.

bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurmasının, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike sebebiyle bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlandığı hallerde ise, *mancipatio* ve *in iure cessio* muameleleri şarta bağlı olarak yapılamadığından, bağışlama konusu malın devri, yalnızca, şarta bağlı *traditio* muamelesi aracılığıyla gerçekleştirilebilmiştir. Bağışlayanın iyileşmesi veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi üzerine, şartın gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması sebebiyle, istirdat talebinde bulunulabilecek<sup>612</sup> ve bağışlayan, şart gerçekleşinceye kadar malik olarak kalmaya devam ettiğinden, bağışlama konusu malın iadesi *rei vindicatio* ile talep edilebilecektir<sup>613</sup>:

<sup>612</sup>Simonius, her insanın günün birinde öleceği düşüncesiyle yapılan *donatio mortis causa* muamelesinin klasik hukuk döneminde var olmadığını kabul ettiğinden, istirdat talebinin ileri sürülebileceği halleri, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halleri ile sınırlandırmış ve dolayısıyla ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından genel bir cayma hakkının varlığını kabul etmemiştir.

<sup>613</sup>SIMONIUS, s. 189. Davacının iddiaları karşısında kendisini koruma hakkına sahip olan davalı (*is cum quo agitur-qui conventus est-reus*), klasik devirde *rei vindicatio* açısından, sadece, kendisine karşı istihkak talebinde bulunulan zilyet (*possessor*), yani, malı fiilen ve mâlik (*dominus*) gibi tasarruf etmek niyetiyle elinde bulunduran kimse idi. UMUR, Ders Notları, s. 451; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 68. Malikin malına bir an önce kavuşması mülkiyet hakkının bir gereği olduğundan, malı iade edebilecek durumda olan *detentor*'ların da *rei vindicatio*'da davalı sıfatını haiz olabilecekleri klasik devrin sonlarında kabul edilmiştir. ERDOĞMUŞ, Eşya, s. 97; KOSCHAKER/AYİTER, s. 158-159. Şarta bağlı *traditio* neticesinde mal kendisine teslim edilen kimse, şartın gerçekleşmesinden önce, yalnızca, bir mal üzerinde kendisinin olma niyeti bulunmaksızın hâkimiyet icra eden kimse yani *detentor* sıfatını haizdi. Klasik hukuk devrinde ise davalı, sadece kendisine karşı istihkak talebinde bulunulan zilyet (*possessor*), yani malı fiilen ve malik gibi tasarruf etmek niyetiyle elinde bulunduran kişi olup, *detentor*'a karşı istihkak davası açılamaaktaydı. SCHULZ, Classical, s. 371; KASER RPR I, s. 433. Bu konuda karşıt görüş beyan eden Simonius'a göre, *donatio mortis causa* muamelesi neticesinde şarta bağlı *traditio* ile mal kendisine teslim edilen davalının, zilyetliği elde edip etmediği değil aksine zilyetmiş gibi davayı kabul etmiş olması önemlidir. Bu nedenle davacı bağışlayan, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi hallerinde, bağışlama konusu malın iadesini *rei vindicatio* ile talep edebilmiştir. Bu durumda, istihkak talebi açısından şüpheye mahal verebilecek tek husus, davalının, istihkak talebinin ileri sürülmesine imkân veren şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz askıda olduğu yönünde itirazda bulunmasıdır. SIMONIUS, s. 189, dn. 3. Yukarıda da belirtildiği üzere, eski ve klasik hukuk devirleri boyunca Romalı hukukçular bozucu şartın sonuçlarına dolaylı yoldan ulaşırlardı. Bozucu şarta bağlı olarak yapılan muamelelerin şartsız yapıldığı fakat muameleye eklenmiş olan rücu anlaşmasının geciktirici şarta bağlandığı kabul edilirdi. Dolayısıyla, ölüme bağlı bağışlamanın bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı ve bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal devredildiği hallerde, bu malın *res Mancipi* veya *res nec Mancipi* niteliğinde olmasına göre, mülkiyetin devrini sağlayan tasarruf muameleleri olan *mancipatio*, *in iure cessio* veya *traditio*'dan herhangi birine başvurulabilmekteydi. Bir diğer ifadeyle *mancipatio* ve *in iure cessio* şart ve vadeye bağlanamayan, bağlandıkları takdirde hükümsüz olan muameleler olmakla birlikte, ölüme bağlı bağışlamanın bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı hallerde muamele şartsız yapılmış gibi kabul edildiğinden, mülkiyetin devrini sağlayan bu tasarruf muamelelerinden de yararlanılabilmekteydi. Ölüme bağlı bağışlamanın bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı ve mülkiyetin, *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden biri yapılmak suretiyle derhal devredildiği hallerde, bozucu şartın gerçekleşmesi üzerine, bağışlayan, bağışlama konusu malın iadesini ancak şahsî bir dava olan *condictio* ile talep edebilmekteydi. Zira, *mancipatio* ve *in iure cessio* mücerret (soyut) muameleler olduklarından, bu tasarruf muamelelerinin temelinde yatan hukukî sebep geçersiz olsa bile mülkiyetin nakledildiği kabul edilirdi. Dolayısıyla, bağışlayan, mal üzerindeki mülkiyet hakkını kaybettiği için *rei vindicatio* açarak istihkak iddiasında bulunamazdı. Ölüme bağlı bağışlamanın bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı ve mülkiyetin *traditio* muamelesi yapılmak suretiyle derhal

*D.39.6.29 (Ulpianus libro XVII ad edictum): Si mortis causa res donata est et convaluerit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare...*

Simonius'a göre, *donatio mortis causa*'nın şarta bağlı *traditio* muamelesi yapılmak suretiyle de ifa edildiği hususu tartışmalı olup, sadece, klasik hukuk dönemi için belirleyici olan üç metinde bu konudan söz edilmektedir. Yazara göre, bu metinlerden ikisinin *interpolatio*'ya maruz kaldığı açık olmakla birlikte, klasik hukuk dönemine ait oldukları hususu şüpheye mahal vermeyecek derecede açıktır:

*D.24.1.11.1 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Sed quod dicitur mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Iulianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.*

Simonius'a göre, *D.24.1.11.1*'de yer alan düzenleme, *donatio mortis causa*'nın şarta bağlı *traditio* muamelesi aracılığıyla da ifa edildiği hususunu destekleyici nitelikteki en açık belirtileri içermektedir. Yazara göre, *D.24.1.11.1*'de yer alan düzenleme, şarta bağlı *traditio* muamelesine, sadece *donatio mortis causa inter virum et uxorem*'in ifası amacıyla başvurulmadığını, aksine, bu tasarruf muamelesinin ölüme bağlı bağışlamanın ifası için genel olarak başvuru alan alışılmış bir yöntem olduğunu göstermektedir<sup>614</sup>. *Donatio mortis causa*'nın şarta bağlı *traditio* muamelesi aracılığıyla ifa edildiğini destekleyen metinlerden bir diğeri ise aşağıdaki gibidir:

---

devredildiği hallerde ise, şartın gerçekleşmesi üzerine, bağışlayan, bağışlama konusu malın iadesini *rei vindicatio* ile talep edebilmekteydi. Zira *traditio*, klasik hukuk devrinde hukukî sebebin geçerliliğine bağlı bir tasarruf muamelesi olduğundan, şartın gerçekleşmesiyle birlikte *traditio* muamelesi de hukukî temelden yoksun hale gelmekteydi. Ölüme bağlı bağışlamanın hükümlerini doğurmasının, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike sebebiyle bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlandığı hallerde ise, *mancipatio* ve *in iure cessio* muameleleri şarta bağlı olarak yapılamadığından, bağışlayan, yalnızca şarta bağlı *traditio* muamelesine başvurabilmekteydi. Bu durumda, bağışlayan, şartın gerçekleştiği ana kadar malik olarak kalmaya devam ettiğinden, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlama konusu malın iadesi *rei vindicatio* ile talep edilebilmekteydi.

<sup>614</sup>SIMONIUS, s. 192-193.

*D.39.6.2 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum): Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

Simonius’a göre, bu metinde yer alan düzenlemenin içerdiği mantıksızlıktan ötürü, metnin klasik hukuk dönemine ait olması imkânsızdır. Metinde, her ne kadar ölüme bağlı bağışlamanın üç türü, benzer oldukları düşüncesiyle bir arada düzenlenmiş olsa da, bunlardan birincisi farklı bir saik altında yapılmış olması sebebiyle diğerlerinden ayrılırken; her birinin ifası amacıyla başvurulmuş tasarruf muamelesi de diğerlerinden farklıdır. Yazara göre, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*’in mevcut olmadığı yönünde ileri sürülen görüşe dayanarak muamelenin hangi saik altında yapılmış olduğuna ilişkin ayırım metinden çıkartıldığında, *donatio mortis causa*’nın, mülkiyetin devredilmesi amacıyla başvurulmuş tasarruf muamelesi açısından birbirinden ayrılan iki türü arasında yapılan karşılaştırmanın klasik hukuk dönemine ait olduğu sonucuna varılabilir<sup>615</sup>. *Donatio mortis causa*’nın şarta bağlı *traditio* aracılığıyla ifa edildiği hususunu destekleyen metinlerden sonuncusu ise aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*D.39.6.29 (Ulpianus libro XVII ad edictum): Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.*

Simonius’a göre, sözleşmeden dönmeye aynî etki tanınması ilk olarak klasik sonrası hukuk dönemine ait bir gelişme olduğundan, metinde yer alan düzenlemenin, “*potest*

---

<sup>615</sup>SIMONIUS, s. 193.

*defendi*” ifadesinden itibaren *interpolatio*’ya maruz kaldığı şüpheyeye mahal vermeyecek derecede açıktır. Yazara göre, *interpolatio*’ya maruz kalmış kısma uymayan giriş cümlesinin de, klasik sonrası dönem veya Bizans dönemi hukukçuları tarafından yeniden düzenlenmiş olabileceği ihtimal dâhilinde olmadığından, metnin tamamının *interpolatio*’ya maruz kaldığına dair herhangi bir belirtiye rastlanmamaktadır. Böylece, her ne kadar kesin olarak tespit edilemese de, bir tek bu giriş cümlesinin klasik hukuk dönemine ait olduğunun söylenebilmesi halinde dahi, şarta bağlı *traditio* ile ifa dedilen *donatio mortis causa*’nın varlığına ilişkin bir delil temin edilebilir. Zira *Ulpianus*, sadece, *rei vindicatio*’ya başvurulmasının *donatio mortis causa* açısından genel olarak mümkün olması halinde bu hususa değinmiş olabilir. Yazara göre, *D.39.6.29*’de yer alan düzenlemenin hiçbir değişikliğe maruz kalmadan önceki halinin bir karşılaştırma içermiş olması muhtemel olup bu karşılaştırmaya göre, bağışlamanın ifası için şarta bağlı *traditio* muamelesine başvurulmuş hallerde bağışlama konusu malın iadesini sağlamak amacıyla istihkak davası (*rei vindicatio*) açılırken; bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal devredildiği hallerde ise sebepsiz zenginleşme davası (*condictio*) açılmıştır<sup>616</sup>.

## **2.Şarta Bağlı Traditio Muamelesine Başvurulmak Suretiyle İfa Edilen Donatio Mortis Causa’nın Talî Konumu**

Kaynaklarda şarta bağlı olmayan devir işlemi aracılığıyla ifa edilen *donatio mortis causa*’ya ilişkin metinlerin<sup>617</sup> sayısı çok daha fazla olduğundan, bağışlama konusu malın şarta bağlı *traditio* aracılığıyla devredildiği *donatio mortis causa*’nın devir işleminin derhal gerçekleştirildiği *donatio mortis causa*’ya kıyasla, talî bir öneme sahip olduğu sonucuna varılabilir. Kaynaklarda, yalnızca, sonuçlarını derhal doğuran devir işlemi ile karşılaştırmak ve aralarındaki farkı ortaya koymak amacıyla şarta bağlı *traditio* muamelesinden söz edilmektedir<sup>618</sup>. Varmış olduğumuz bu netice, mülkiyetin derhal devredilmesi suretiyle yapılan *donatio mortis causa*’nın, klasik dönemin pratik hukuk yaşantısına da egemen olduğu düşüncesine sevk etmektedir. Konuya ilişkin fikir beyan eden yazarların çoğunluğu da aynı görüşte olduklarını

<sup>616</sup>SIMONIUS, s. 194-195.

<sup>617</sup>Bkz. *D.12.1.19 pr.*, *D.12.4.12*, *D.22.1.38.3*, *D.24.1.4*, *D.24.1.56*, *D.39.5.1 pr.*, *D.39.5.18.2*, *D.39.6.7*, *D.39.6.13 pr.*, *D.39.6.19*, *D.39.6.23*, *D.39.6.30*, *D.39.6.33*, *D.39.6.35.3*, *D.39.6.37.1*, *D.39.6.39* ve *D.39.6.44*.

<sup>618</sup>Bkz. *D.24.1.11.1*, *D.39.6.2* ve *D.39.6.29*.

belirtmektedirler<sup>619</sup>. Ancak Biondi'nin<sup>620</sup>, çoğunluğun görüşüne aykırı olarak, şarta bağlı *traditio* aracılığıyla ifa edilen *donatio mortis causa*'nın uygulamada en çok başvurulmuş yöntem olduğu yönündeki görüşünü desteklemek amacıyla ortaya koyduğu iddialar ikna edici değildir. Zira mülkiyetin derhal devredilmesi suretiyle yapılan *donatio mortis causa*'ya ilişkin düzenlemelerin *Digesta*'da daha çok yer işgal etmesinin, kısmen metinlerin derleyiciler tarafından bilinçli bir şekilde seçilmiş olmasına kısmen de metinler üzerinde yapılan *interpolatio* çalışmalarına dayandığı iddiası kanıtlanamayacağı gibi zorlama bir yaklaşım izlenimi yaratmaktadır<sup>621</sup>.

Modern hukuk sistemlerinde, Roma hukukundaki *donatio mortis causa* muamelesi örnek alınarak düzenlenen bir muamele söz konusu olsaydı, istirdat talebinin aynî etkiye sahip olması imkânı sağlayan şarta bağlı *traditio* muamelesine başvurularak bağışlama konusu malın mülkiyetinin muhafaza edilmesinin, sonuçlarını derhal doğuran ve bağışlama konusu malın iadesini sağlamak amacıyla yalnızca şahsî bir talepte bulunma imkânı sağlayan devir işlemine nazaran tercih edileceği sonucuna varılması mümkündür. M.S. 1. yy'da, Romalılar, *donatio mortis causa*'nın ifası için, sonuçlarını derhal doğuran bir tasarruf muamelesine özellikle başvurmuşlarsa, bunun sebeplerinin de klasik hukuk döneminde aranması gerekir. Şarta bağlı *traditio*'ya başvurulmasının daha yeni bir uygulama olduğunun kabul edilmesi halinde dahi, *donatio mortis causa*'nın gelişim süreci içerisinde, bağışlamanın ifasını sağlamak amacıyla sonuçlarını derhal doğuran devir işleminin daha çok tercih edilmesinin sebebinin ne olduğu tespit edilememektedir. Hem şarta bağlı *traditio* muamelesinin hem de sonuçlarını derhal doğuran devir işleminin hukuk düzeni tarafından tanınmış olduğu dönemde; bunlardan sonuçlarını derhal doğuran devir işleminin diğerine nazaran daha eski olmasının, daha yeni olmakla birlikte taraflara avantajlar sağlayan şarta bağlı *traditio*'nun gelişimini engelleyebildiğinin gerekçesi olamaz<sup>622</sup>.

Ancak, klasik hukuk döneminde, temelinde *datio ob rem*'in yer aldığı şahsî istirdat talebi, şarta bağlı *traditio* neticesinde doğan aynî istirdat talebine nazaran bağışlayan açısından daha elverişli sonuçlar yaratmaktaydı. Klasik hukuk döneminde mahkûmiyet daima paraya ilişkin olduğundan, istihkak davası neticesinde de davalı

<sup>619</sup>KARLOWA, s. 946; HAYMANN, s. 233.

<sup>620</sup>BIONDI, s. 12 vd. zikr. SIMONIUS, s. 196.

<sup>621</sup>SIMONIUS, s. 195-196.

<sup>622</sup>SIMONIUS, s. 196.

bir miktar paraya mahkûm edilmekteydi. Bir diğer ifadeyle, aynî bir dava olan *rei vindicatio* ile şahsî bir dava olan *condictio* ile elde edilebilenden daha fazlası elde edilememekteydi. Şahsî bir hakka dayanan istirdat talebinin varlığı halinde, bu talebin borçlusu durumunda olan ve bizzat bağışlayanın seçmiş olduğu bağışlananın, bağışlama konusu malı elden çıkarmış olduğu hallerde dâhi, bağışlayana karşı sorumluluğu mutlak surette devam etmekteydi. Ancak istirdat talebinin aynî bir hakka dayandığı hallerde ise, bağışlama konusu malın zilyetliğini elinde bulunduran ve bağışlayan ile arasında hiçbir hukukî ilişki bulunmayan üçüncü bir kişi dâhi bu talebin borçlusu olabilmiştir. Böylece, bağışlananın kişiliği, birçok durumda ve özellikle de bağışlama konusunun bir miktar paraya ilişkin olduğu hallerde, bağışlayana, mülkiyet hakkına sahip olmaktan daha fazla teminat sağlamıştır<sup>623</sup>.

## IX.BAĞIŞLAMA KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN YAPISI

### A.Klasik Hukuk Döneminde Donatio Kavramı

Ölüme bağlı bağışlama, kendine özgü bir yapısı olmakla birlikte, netice itibariyle bir bağışlama muamelesi olup, kaynaklarda (*I.2.7 pr.*) her iki muamele de aynı isim altında (*genera donationum*) zikredilmektedir. *D.50.16.67.1*’de “*donatio*” ifadesi, hem ölüme bağlı bağışlamaları (*mortis causa donatio*) hem de olağan bağışlamaları (*non mortis causa donatio*) kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Cohen’e göre, buradan yola çıkılarak, tarafların anlaşması neticesinde “bağışlama” kelimesinin ölüme bağlı bağışlama anlamına gelecek şekilde kullanılmış olabileceği ve kaynaklarda, bağışlamaya ilişkin olarak getirilen bütün düzenlemelerin, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, ölüme bağlı bağışlama için de uygulama alanı bulacağı sonuçlarına varmak mümkündür. Yazara göre, ölüme bağlı bağışlama ile olağan

<sup>623</sup>SIMONIUS, s. 196-197. Ancak yukarıda ifade edilen bu durum, nizam haricî usulün (*cognitio extra ordinem*) normal usul haline gelmesiyle birlikte değişmiştir. Bu usulde mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olduğu (*omnis condemnatio pecuniaria est*) esası terk edildiğinden, davalı, hâkimin takdirine göre uygun olana mahkûm edilirdi. Bu nedenle mahkûmiyet uyumsuzluk konusu malın iadesine (*Sachverurteilung*) ilişkin olabileceği gibi, borçlunun malı kendi rızası ile iade etmediği hallerde, icra memuru vasıtasıyla, mal borçludan zorla (*manu militari*) alınarak davacıya verilirdi (*Sachexekution*). Hâkimin kararının muayyen bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğu hallerde ise, davalının aciz halinde olup olmamasına göre, değişik yollara başvurulurdu. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 265-274; UMUR, Ders Notları, s. 275-289.

bağışlama muameleleri arasında birçok ortak özellik olması sebebiyle, ölüme bağlı bağışlama muamelesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, neticelerini tarafların sağlığında doğuran olağan bağışlama muamelesinin kurulmasına ilişkin şartların yerine getirilmesi gerekir<sup>624</sup>.

Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, sağlar arası bir işlem olan bağışlama muamelesi iki şekilde yapılabilir: Bağışlayan, başkasının malvarlığını ivazsız olarak arttırmak için kendi malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunur, örneğın bir malını karşı tarafa devrederse buna “elden bağışlama” denir. Buna karşılık bağışlayan, karşı tarafa bir bağışlama vaadinde bulunur, bir diğeri ifadeyle bir tasarruf muamelesi yapmayı, örneğın bir şeyin mülkiyetini devretmeyi vaat ederse bir “bağışlama vaadi”nin mevcudiyetinden söz edilir. Birinci durumda, lehine bağışlamada bulunulan kişi bir aynî hak kazanırken; ikinci durumda ise bir alacak hakkı elde etmiş olur. Bağışlama vaadi iki taraflı bir muamele yani bir akit olup; vaat edenin bu vaadini, kendisine vaatte bulunulan kimsenin de kabul etmesi gerekir. Zira kimse, bir bağışlamayı kabul etmeye mecbur tutulamaz. Ancak bu, tek tarafa borç yükleyen bir akit olup, yalnız vaat eden borç altına girmiş olur. Bununla birlikte bağışlama vaadi, klasik hukuk döneminde özel bir akit olarak kabul edilmediğinden, geçerli olarak kurulabilmesi için bir *stipulatio* şeklinde yapılması gerekirdi. Fakat *pactum* yoluyla yapılan bağışlama vaadinin de geçerli olarak borç doğuracağı, *Iustinianus*’un 530 tarihli bir emirnamesi ile (C.8.53.35; I.2.7.2) kabul edilmiştir. Bu gelişme neticesinde bağışlama vaadi, borç doğuran bir *pactum*, bir akit (*pactum donationis*) halini almış ve *pactum* yoluyla yapılan bağışlama vaadinin ifası ise *pactum*’dan doğan bir dava ile talep edilebilmiştir<sup>625</sup>.

Eski ve klasik hukuk dönemlerinde bağışlamalar iyi karşılanmadığından ve aile malvarlığı için bir fakirleşme sebebi olarak görüldüklerinden, bağışlama serbestisine zamanla sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan biri de şekle ilişkin olup, son imparatorluk devrinde, muhtemelen doğu eyaletlerindeki yazılı şekillerin etkisi altında kalınarak, belki de gelişigüzel bağışlamalarda bulunulmasını önlemek ve bu bağışlamaların aleniyetini sağlamak amacıyla bağışlamalar için de yazılı bir belge düzenlenmesi (*insinuaito*) ve bu belgenin resmî bir sicile kaydettirilmesi yani tescili

---

<sup>624</sup>COHEN, s. 18.

<sup>625</sup>RADO, Borçlar, s. 167-168.

usulü yerleşmeye başlamıştır (C. Th. 3.5.2)<sup>626</sup>. Zaten kullanılmakta olan bu şekli muamelenin, istisna edilmemiş kimseler (*non exceptae*) arasındaki bağışlamalar için zorunlu olduğu ilk defa imparator *Constantius Chlorus* tarafından kabul edilmiş (C. Th. 3.5.1) ve imparator *Constantinus* bu usulü genelleştirmiştir (Fr. Vat. 249). *Iustinianus* hukukunda ise, yalnızca 500 *solidus*<sup>627</sup>’u aşan bağışlamalar için böyle bir tescil şartı aranmış ve bu şarta uyulmaması halinde bu miktarı aşan kısmın batıl olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, daha az miktardaki bağışlamalar için yazılı şekle gerek görülmemiştir<sup>628</sup>.

Klasik hukuk döneminde, ölüme bağlı bağışlama muamelesi belirli bir şekle tâbi olmamakla birlikte, imparator *Constantinus*’un Fr. Vat. 249.3’de belirttiği üzere, sağlar arası bağışlamaya ilişkin olarak getirilen şekil kuralları, ölüme bağlı bağışlama muamelesi için de geçerliydi<sup>629</sup>:

*C.8.53.25:Imperator Constantinus. Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognitae vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae.*

<sup>626</sup>RADO, Borçlar, s. 168-170; DI MARZO, s. 490

<sup>627</sup>*Solidus*, *Constantinus* zamanında basılmış olan para birimi olup, *Iustinianus* hukukçuları, bu terimi 1000 *sestertius* karşılığı kullanmışlardır. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 271, dn. 291.

<sup>628</sup>DI MARZO, s. 490; Klasik hukuk döneminde *donatio*’nun henüz bağımsız bir hukukî işlem tipi olma niteliğini kazanamadığı ve yalnızca mülkiyeti devir işleminin *causa*’sı olduğu görülmektedir. *Causa donationis*, hukukî ya da fiilî her türlü kazandırma işleminin temelini oluşturabiliyordu. *Constantinus* tarafından getirilen ve elden bağışlamalara yeni bir şekil koşulu öngören kanunî düzenleme bağışlamaya kendine özgü bir hukukî işlem niteliği kazandırmıştı. Şekle ilişkin bu kurallara uyulmadığı zaman bağışlama geçersiz addediliyordu. *Iustinianus*’un *Institutiones*’i sağlar arası bağışlamalarla ilgili birçok bölüm içermektedir. *Institutiones*’in 2. kitabının 7. başlığı altında eşya hukukuna ilişkin olarak “mülkiyetin kazanılması” konusunda bağışlamaya yer verilmiş ve bu metinlerde bağışlama bir taraftan bir kazanım biçimi (*genus acquisitionis*-iktisap yolu) olarak diğer taraftan da *causa* olarak nitelendirilmiştir. Böylece *Iustinianus*’un da bağışlamayı sadece hukukî bir neden olarak anladığı fakat kendine özgü bir hukukî işlem olarak görmediği sonucuna varılabilir. *Iustinianus* döneminde *Constantinus* tarafından getirilen bağışlamanın yapıldığına ilişkin yazılı bir belge (*insinuatio*) düzenlenmesine ilişkin yükümlülük varlığını korumaya devam etmiştir. C.8.53.36 ve I.2.7.2’ye göre 200 *solidus*’u aşan bağışlamaların yazılı olarak düzenlenmeleri gerekmekteydi. *Iustinianus* bu sınırı önce 300 *solidus*’a (C.8.53.34 pr.) daha sonra 500 *solidus*’a (C.8.53.36.3) yükseltmiştir. OĞUZ, s. 52-56; KASER/KNÜTEL, s. 238-239. Şekil koşulu ile ulaşılmak istenen amacın, her zaman temkinle yaklaşılacak bağışlamaları zorlaştırmak, açık olmalarını sağlamak, istenmeyen bağışlamaların denetimini gerçekleştirebilmek ve hukukî kesinliği ve güvenliği sağlamak olduğu düşünülebilir. OĞUZ, s. 57.

<sup>629</sup>BUCKLAND, Text-Book, s. 257; BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; BORKOWSKI, s. 6.

Bu düzenlemede belirtildiği üzere, bağışlama, hangi şekilde yapılırsa yapılsın (elden bağışlama, ölüme bağlı bağışlama, şarta veya vadeye bağlı olarak yapılan bağışlama veya hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla tarafların iradesine göre başka herhangi bir şekilde yapılan bağışlama) aynı kurallara tâbidir. Buna göre; bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın kendisi veya bunu yapmaya yetkili olan bir kimse tarafından, bir levha veya başka herhangi bir madde üzerine yazılı olarak yapılmalı ve bu belgede bağışlayanın adı ve bağışlama konusu mal belirtilmiş olmalıdır. Hazırlanmış olan bu belge ise, hâkimin veya *magistra*'nın huzurunda tescil edilmelidir<sup>630</sup>.

Konuya ilişkin olarak kaynaklarda yer alan bir diğer düzenleme ise aşağıdaki gibidir:

*C.8.53.34 pr.: Sancimus omnem donationem sive communem sive ante nuptias factam usque ad trecentos solidos cumulata non indigere monumentis, sed communem fortunam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in huiusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationes.*

Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, ister olağan bağışlama muamelesi, ister evlilikten önce yapılmış bağışlama muamelesi olsun, miktarı üç yüz *solidus*'a kadar olan bağışlamaların sicile kaydedilmesi zorunlu değildi. Diğer taraftan, yasal olarak belirlenmiş miktarı aşan bağışlamalar geçersiz olmakla birlikte, bu geçersizlik, yasal sınırı aşan miktara ilişkin olup, geri kalan kısmın geçerli olduğu kabul edilmekteydi. Ayrıca gerek dinî amaca özgülenmiş bağışlar gerekse imparatorun ihsan ettiği bağışlar geçerliliklerini egemen güçten aldıkları için, bunların sicile kaydedilmesi zorunlu değildi.

Her ne kadar açıkça ifade edilmiş olmasa da, *C.8.53.34 pr.* da yer alan düzenlemenin ölüme bağlı bağışlama için de geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Zira, aksi bir durumda bunun açıkça belirtilmiş olması gerekirdi<sup>631</sup>.

<sup>630</sup> Aynı yönde bkz. *C. Th.8.12.1; Fr. Vat. 249.*

<sup>631</sup> COHEN, s. 19.

*Iustinianus* ise, C.8.56.4'de yer alan düzenlemeyle 500 *solidus*'u aşan ölüme bağlı bağışlamaların geçerli bir şekilde kurulabilmesi için muamelenin beş şahidin huzurunda yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeye göre, şekli *insinuatio* muamelesi yerine *codicilli* (vasiyetname zeyilleri) için öngörülen şekle uyulması, yani muamelenin beş şahidin huzurunda yapılması yeterli olup, belirtilen şekil kurallarına uyulmaması halinde dâhi ölüme bağlı bağışlamanın geçersiz olduğu ileri sürülemezdi<sup>632</sup>:

<sup>632</sup>HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 505; BUCKLAND, Text-Book, s. 257; BUCKLAND, Manuel, s. 151; DI MARZO, 494; MACKINTOSH, s. 149. Ölüme bağlı bağışlamanın tâbi olduğu şekle ilişkin olarak getirilen bu düzenleme, aslında, *Iustinianus* hukukunda, *donatio mortis causa* ile *legatum*'un eşitlenmesi yönündeki eğilimin ne kadar arttığını göstermektedir. Hatta, *Iustinianus*, bu vesileyle, ölüme bağlı bağışlama ile ölüme bağlı tasarruflar arasında hiçbir bakımdan fark olmadığını da ifade etmiştir. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, s. 505. *Iustinianus* tarafından getirilen bu düzenlemeye göre, bu şekilde yapılan bir ölüme bağlı bağışlama muamelesi muayyen mal vasiyeti ile aynı etkilere sahip olup, bağışlayanın ölümü ile birlikte, zilyetliğin geçirilmesi veya herhangi bir devir işlemi yapılması söz konusu olmaksızın bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlanana intikal etmiş olur (D.6.2.2). Yani, bu durumda, sadece taraflar arasındaki anlaşma ile devir işlemi gerçekleşmektedir. Aslında bu örnek, *donatio*'nun bir iktisap yolu (*modus acquirendi*) olarak görüldüğü hallerden biridir. BORKOWSKI/PLESSIS, s. 206; BUCKLAND, Text-Book, s. 257; BUCKLAND, Manuel, s. 151. C.2.3.20'de belirtildiği üzere, sadece tarafların anlaşması, aynı bir hakkın (*ius in rem*) karşı tarafa intikali için yeterli değildir. Zira, bu durumda, taraflar arasında sadece borçlar hukuku alanına giren borçlandırıcı bir işlem kurulmuş olup, eşya hukuku alanında bir değişikliğin doğması için tasarruf işleminin yani gerekli devir işleminin yapılması gerekir. Roma hukukunda aynı bir hakkın intikali için alenî bir devir işleminin gerekliliğini ispatlayan bu kural yalnızca sağlar arası (*inter vivos*) işlemler açısından katı bir şekilde uygulanır. Ölüm halinde miras bırakanın sahip olduğu malvarlıksal değerlerin, hak sahiplerinin malvarlıksal değerleri arasındaki yerini alması için herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmayıp, sadece, mirasbırakanın resmî bir şekilde dış dünyaya yansıttığı irade beyanı yeterli olmaktadır. Bunun temelinde ise *mancipatio familiae* muamelesi yatmaktadır. *Donatio mortis causa* muamelesi, aynı bir hakkın sağlar arası bir işlem ile devredilmek istenmesi halinde devir işleminin de sağlar arasında yapılması gerektiğine ilişkin Roma hukukunda geçerli olan bu kuralın istisnalarından birini teşkil etmektedir. *Iustinianus* döneminde, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde mülkiyetin intikali amacıyla derhal yapılan devir işleminin de geçersiz olacağı şartıyla yapılan bir ölüme bağlı bağışlama muamelesinde, taraflarca kararlaştırılan bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, bağışlayan bağışlama konusu malın kendisine iadesi için *rei vindicatio* davası açabilir. Bunun anlamı, mülkiyet hakkının herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın eski sahibine geri dönmesidir. Yukarıda belirtilen kuralın açık bir istisnasını teşkil eden bu durum klasik hukuka tamamen yabancı olup, açık bir şekilde *Iustinianus*'un düşünce tarzını yansıtmaktadır. D.6.2.2'de yer alan ve dikkate değer bir ifade içeren düzenlemeye göre, mülkiyet hakkının *donatio mortis causa* muamelesi neticesinde intikal ettiği belirli durumlar vardır. Klasik hukuk döneminde, taraflar arasında sadece bir malın karşı tarafa devredileceğine ilişkin anlaşmanın yapılmış olması mülkiyet hakkının intikali için yeterli olmadığından bu metnin *interpolatio*'ya uğramış olduğu sonucuna varmak mümkündür. *Iustinianus* döneminde bile, neredeyse *donatio mortis causa* muamelesini ele alan bütün metinlerde, sarfih veya zımnî bir şekilde teslim işleminin varlığından söz edilir. C.8.56.4'de yer alan düzenleme, *donatio mortis causa* muamelesinin tâbi olduğu şekle ilişkin bir kural içermektedir. *Iustinianus* tarafından getirilen bu düzenleme ile belirli bir miktarı aşan ölüme bağlı bağışlama muameleleri adeta yazılı şekilde ve beş şahit huzurunda yapılan *codicilli* ile aynı şekle tâbi tutulmuş ve bu şekilde yapılan *donatio mortis causa* muamelesinin *legatum* muamelesi ile aynı etkilere sahip olacağı belirtilmiştir. Bilindiği üzere, *legatum* muamelesinin yarattığı sonuçlardan biri, muameleye konu olan malın mülkiyetinin, vasiyetçinin ölümü üzerine, başka herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın muayyen mal vasiyeti alacaklısına (vasiyetliye) intikal etmesidir. C.8.56.4'de yer alan düzenlemeden yola çıkılarak, *Iustinianus* döneminde, *donatio mortis causa* muamelesinin belirli bir şekle uymak suretiyle düzenlenmesi halinde, bağışlayanın ölümü ile birlikte, başka bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlanana intikal ettiği sonucuna varılabilir. Bu durumda *donatio mortis*

C.8.56.4 (anno 530): *Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere neque exspectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intelligantur.*

C.8.56.4’de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, ölüme bağı bağıslamanın ne nitelikte bir işlem olduğı bazı tartışmalara sebebiyet vermekteydi. Bir görüşe göre, ölüme bağı bağıslama vasiyetnameler (*testamentum*) ile aynı grupta yer alan bir muamele olup muayyen mal vasiyetine (*legatum*) benzemekteydi. Aksi yönde ileri sürülen görüşe göre, ölüme bağı bağıslama, sağlar arası bağıslamalar (*donatio inter vivos*) ile aynı grupta yer alan bir muameleydi. *Iustinianus*, bu konudaki tartışmalara son vermek amacıyla çıkardığı bu emirname ile ölüme bağı bağıslamaların ne sicile kaydedilmesine, ne resmî görevliler önünde yapılmasına ne de bu tarz muamelelerin düzenlenmesine ilişkin alışılmış resmî şekil kurallarına uygun olarak yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Bağıslayanın beş şahit huzurunda yapmış olduğı ölüme bağı bağıslamalar ile yazılı olarak yaptığı ölüme bağı bağıslamaların her ikisinin de geçerli olduğı zikredildiğinden; ölüme bağı bağıslama, yazılı olarak yapılmasa ve sicile kaydedilmese bile geçerli olup, muamelenin şekil kurallarına

---

*causa*’nın, aynı sonuçları doğuran *fideicommissum*’dan ayırt edilmesi oldukça güçtür. C.8.56.4’e dayanılarak yapılan bu açıklamanın, bir taraftan D.6.2.2’de yer alan düzenlemenin yarattığı soru işaretlerini ortadan kaldırdığı, diğer taraftan da *Iustinianus*’un *donatio*’yu bir iktisap yolu (*modus acquirendi*) olarak değerlendirmesinin nedenini ortaya koyduğu ileri sürülmektedir. Ancak, yukarıda söz edilen şekle uyulmaksızın yapılan bütün *donatio inter vivos* ve *donatio mortis causa* muameleleri açısından bağış (*donatio*), yalnızca bir malı devredenle devralan arasında mülkiyetin nakli için yapılan *traditio* muamelesinin dayandığı hukuk düzenine uygun sebep (*iusta causa traditionis*), yani bağıslama sebebi (*causa donandi*) niteliğindedir. *Donatio*’nun bir iktisap yolu olarak kabul edilmesinin, hangi şekilde yapılırsa yapılsın, karşılıksız kazandırmalara ilişkin çok sayıda kuralın guruplandırılabilmesi için elverişli bir yol olması, *Iustinianus*’un bu yönde yaptığı düzenlemelerin temelinde yatan düşünceyi açıklığa kavuşturmaktadır. BUCKLAND, Elementary, s. 103-105.

uyulmadan yapıldığı gerekçesiyle geçersiz olduğu ileri sürülemezdi. Bu emirnameye göre, ölüme bağlı bağışlama, vasiyetname ile aynı hükümleri doğurduğundan, herhangi bir bakımdan vasiyetnameden farklı olduğu düşünülemezdi.

Bu emirnameyle getirilen düzenleme neticesinde, belirli bir miktarı aşan ölüme bağlı bağışlamaların geçerli olabilmesi için *insinuatio*'nun gerekli olup olmadığı tereddütlere sebebiyet vermiştir. Bir diğer ifadeyle, C.8.56.4'de şekil serbestisinden söz edildiği için, ölüme bağlı bağışlamada bulunacak kişinin, bağışın belirli bir miktarı aşması halinde, *insinuatio* düzenleme veya herhangi bir şekil kuralı gözetmeksizin muameleyi beş şahit huzurunda yapma imkânına mı sahip olduğu, yani bağışlayana bir seçme hakkı mı tanındığı hususu tartışmalıdır:

Cohen'e göre, ölüme bağlı bağışlama, olağan bağışlamanın ya da *legatum*'un tâbi olduğu şekil kurallarına göre yapılabilir. Buna göre ilk halde *insinuatio*'nun mevcudiyetine ikinci halde ise işlemin beş şahidin huzurunda yapılmasına ihtiyaç duyulacaktır. Yani ölüme bağlı bağışlamada bulunacak kişi, bu işlemi hangi şekil kurallarına uygun olarak yapacağı konusunda seçme hakkına sahiptir. Yazara göre, ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin tartışmalar aslında, bu işlemin hangi şekil kurallarına tâbi olduğu hususuna değil, muamelenin niteliğine ilişkindir. Bu tartışmaların varlığı ise, konuya ilişkin görüş ayrılıklarına bu emirname ile son verildiğine ilişkin ifadeler içeren *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde (I.2.7.1) ve Nov. 87'de yer alan düzenlemelerden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu metinlerde, ölüme bağlı bağışlamanın tâbi olduğu şekil kurallarına ilişkin herhangi bir tartışmanın izlerine rastlanmamaktadır. *Iustinianus*, bu düzenlemeler ile, bir taraftan ölüme bağlı bağışlamanın niteliğine ilişkin tartışmalara açıklık getirmiş, diğer taraftan da muamelenin tâbi olduğu şekil kurallarından söz etmiştir<sup>633</sup>. Bu konudaki bir diğer görüşe göre, *Iustinianus*, ölüme bağlı bağışlamaları her hususta (*per omnia lege*), bir kimsenin lehine ve mirasçının aleyhine yapılan muayyen mal vasiyetlerine (*legatum*) benzetmiş (I.2.7.1) ve ölüme bağlı bağışlamanın geçerli olarak kurulabilmesi için, şekle tâbi bir muamele olan *insinuatio* yerine, vasiyetnamelerde olduğu gibi, beş

<sup>633</sup>COHEN, s. 20-22. Aynı yönde görüş beyan eden Sherman'a göre, her ne kadar, Roma hukukuna göre, *donatio mortis causa* ile *donatio inter vivos*, şekle ilişkin olarak aynı kurallara tâbi olsa da, C.8.56.4'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, *Iustinianus* döneminde, *donatio mortis causa*'nın 500 *solidus*'u aşması halinde dâhi sicile kaydedilmesinin zorunlu olmadığı ve beş şahidin huzurunda yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte ölüme bağlı bağışlama beş şahidin huzurunda yapılmamışsa, muhtemelen, sicile kaydedilmesi gerekirdi. SHERMAN, s. 230.

şahidin huzurunda yapılmasının yeterli olacağını C.8.56.4 de yer alan düzenleme ile kabul etmiştir<sup>634</sup>.

Netice itibarıyla bir tür bağışlama muamelesi olan *donatio mortis causa*'nın, *donatio* ile uyum içerisinde olması gerekir. Modern Romanist doktrin tarafından genel olarak kabul edildiği üzere, klasik hukuk döneminde bağışlama, tipik bir hukukî muamele olmadığı gibi dava ile korunmuş bir akit veya tasarrufta bulunmak amacıyla kullanılan özel bir yöntem değildi. *Donatio mortis causa*, klasik hukuk döneminde, diğer bağışlamalar gibi, yalnızca taraflardan birinin malvarlığında karşılıksız bir artış sağlanmasının temelinde yatan hukukî sebebi (*causa donationis*) teşkil etmekteydi. İlk olarak *Constantius* tarafından yayımlanan bir emirname (*Fr. Vat. 249*) ile bağışlamanın kendine özgü bir muamele olduğu kabul edilmiş ve dolayısıyla ölüme bağlı bağışlama da aynı doğrultuda gelişme kaydetmiştir<sup>635</sup>. Bu emirnameden önce bağışlama bir borçlandırıcı işlem (bağışlama vaadi) veya bir tasarruf işlemi (elden bağışlama) şeklinde yapılmakta ve yalnızca, bu işlemler çerçevesinde, hukuk âleminde varlık kazanmaktaydı. Klasik hukuk döneminde bağışlamanın temelinde iki unsur yer almaktaydı. Bunlardan biri, malvarlıksal bir değerın ivazsız olarak yer değiştirmesi için yapılan işlem; diğeri ise, klasik devirde hukukî sebebin geçerli olmasına bağlı (illî) bir tasarruf muamelesi olan *traditio* açısından, mülkiyetin devrini hukuka uygun hale getirecek hukukî sebebi (*iusta causa traditionis*) teşkil eden buna karşılık, hukukî sebep geçersiz olsa bile mülkiyeti nakleden (soyut-mücerret) tasarruf muameleleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio*'yu, *solutio indebiti*<sup>636</sup>, den ayıran hukukî ilişki. Bağışlananın malvarlığında karşılıksız bir artış sağlanması (bağışlama sebebi-*causa donationis*) hususunda tarafların iradelerinin uyuşması gerektiğinden, *causa donationis*'in sözleşme karakterine sahip olduğu söylenebilir<sup>637</sup>. Dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi çerçevesinde yapılan

---

<sup>634</sup>DI MARZO, s. 494.

<sup>635</sup>SIMONIUS, s. 198; KASER/KNÜTEL, s. 361; Aynı yönde bkz. LEVY, E., *West Roman Vulgar Law: The Law Of Property*, Philadelphia 1951, s. 137 vd.

<sup>636</sup>*Solutio Indebiti*: Gerçekte bir borç yokken, borç zannedilen bir şeyin, hataen ifa edilmesi. *Iustinianus* hukukuna göre, hataen ödeyen bir kimse ile, ifasını iyiniyetle kabul eden kimse arasında sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir borç ilişkisi doğar ve ifada bulunan, *condictio indebiti* ile ödediğini geri isteyebilirdi. UMUR, Lügat. Malı veren kimse borçlu olmadığını bilseydi, *condictio indebiti* ikame edemezdi, çünkü bağışlamada bulunmuş sayılırdı. Bir diğeri ifadeyle *condictio indebiti*'de hem veren hem alan tarafın hata etmiş olmaları gerekir. Zira mevcut olmayan bir borcu bile bile ödemek, bağıştır. UMUR, Ders Notları, s. 385; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 280.

<sup>637</sup>Bağışlama muamelesinin geçerli olarak kurulması, kendisine mal bağışlananın kabulüne muhtaçtır. Bu nedenle, bir kimseye vasiyetname ile zenginleşmesi için tek taraflı olarak mal bırakmak, bağışlama

değerlendirme neticesinde veya açıkça bağışlama olarak nitelendirilen bir edimin kabul edilmesi ile “bağışlama sözleşmesi” akdedilmiş, bir hukukî muamele meydana gelmiş sayılıyordu<sup>638</sup>.

Roma hukukunda bağış kavramı, hukuk ilmi açısından değil, günlük hayatta kullanılan bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. *Donatio*’nun hukukî bir kavram olarak ele alınmasının, ilk olarak, bağışlamayı hukuk politikasına ilişkin sebeplerden ötürü kısıtlayan yasal düzenlemelere istinaden gerçekleştiği muhtemeldir<sup>639</sup>. Ancak, hukuk ilmi, *donatio* kavramını olumlu bir bakış açısından ziyade olumsuz bir bakış açısı ile ele almış ve bu yaklaşım, bu hukuk kurumunun teorik açıdan eksik yapılanmasına sebep olmuştur<sup>640</sup>. Muhtemelen *lex Cincia* sebebiyle geliştirilen kavramın aynısı

---

değildir. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 272. Bağışlayanın karşılıksız bir kazandırmada bulunma iradesinin bağışlanan tarafından kabulü gerekir. Zira hiç kimse kendisine yapılan karşılıksız bir kazandırmayı kabule zorlanamaz (*D.39.5.19.2: non potest liberalitas nolenti acquiri*). HAUSMANINGER/SELB, s.264; ZIMMERMANN, s. 481, dn. 22. Bağışın geçerli olması için bağışlananın kabul beyanının gerekip gerekmediği hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı yazarlar, metinlerin büyük bir çoğunluğunda, bağışın, bağışlanan tarafından kabul edilmesi gerektiğinin ifade edildiğini belirtirken; azınlıkta kalan diğer görüş taraftarları ise, metinlerde bağışlananın kabulünün konu edilmediğini ve bağışın geçerli olarak meydana gelebilmesi için bunun önemli olmadığını savunmaktadırlar. Roma hukuku kaynakları incelendiğinde bağışın, bağışlananın kabulü ile oluşan sözleşme karakterinden söz eden kaynakların yeterli olmadığı görülmektedir. Oğuz’a göre, bu konuya değinen sınırlı sayıda kaynaklarda da aslında *traditio* ya da *mancipatio*’nun sözleşme karakterinden söz edilmektedir (*D.39.5.10; D.39.5.19.3*). Bu metinlerdeki düzenlemeler ise, bağışın sözleşme karakterinin Romalı hukukçular tarafından açıklıkla kavranmadığını göstermektedir. Tartışılan konular, mülkiyetin devrinin, *traditio*’nun geçerli olup olmadığıdır. Bunun nedeni ise, bağış kavramının kesin olarak belirlenmemiş olmasıdır. Bu nedenle bağışlananın iradesinin bağışın geçerliliği üzerindeki rolü tartışma konusu olamamıştır. Yazara göre, kişiden istemediği bir cömertliğin kabulünün beklenemeyeceği (*D.39.5.19.2*); hiç kimseye kendi iradesine aykırı olarak hukukî bir şey kazandırılmayacağı (*D.50.17.69*) ve hiç kimsenin ne bir alım-satım işlemine, ne bir bağışın ne de sakıncalı bir mirasın kabulüne zorlanamayacağı (*C.6.30.16*) hususlarına değinen bu üç metnin, *interpolatio*’ya maruz kaldığı kabul edilmiş olsa da, konunun aydınlatılması noktasında tamamen göz ardı edilmemesi gerekir. Bağışın tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşebileceği kabul edilseydi, bağış ve mirasın reddi konuları *C.6.30.16*’da birlikte düzenlenmez ve bağışlananın reddetme hakkından söz edilmezdi. *D.12.1.18 pr.* ve *D.41.1.36*’da yer alan düzenlemeler de bu bağlamda değerlendirilmelidir: Birinci metinde bağışın kabulü belirleyici rol oynamaktadır. Kabul yoksa bağış da yoktur (*donationem non esse*). İkinci metinde ise, bağışın geçerliliği için kabul beyanının gerekli olmadığı değil, tam aksine gerekli olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, bağışlananın iradesi, karşılıksız bir kazandırma elde etmeye yönelik olup bu karşılıksızlık da *animus donandi* olmaksızın düşünülememektedir. Böylece, bağışın kabulünün, karşılıksız kazanma niyeti ve bağışlayanın *animus donandi* ile hareket ettiğinin bilincinde olması şeklinde ikili bir yapıya sahip olduğu düşünülebilir. Ancak yine de bağış eski ve klasik hukuk dönemlerinde, bir *pactum* (anlaşma) ya da *contractus* (sözleşme) niteliğini kazanamamıştır. OĞUZ, s. 31-36.

<sup>638</sup>SIMONIUS, s. 198-199.

<sup>639</sup>M.S. 150 yılında klasik hukukçulardan *Salvius Iulianus*’un 90 kitaplık *Digesta*’sının 60. kitabında ve Roma’nın *Salvius Iulianus*’la birlikte en büyük klasik hukukçusu olan *Papinianus Aemilius*’un, *Iulianus*’un *Digesta*’sından yarım asır sonra kaleme aldığı *Responsa* (Cevaplar) adlı eserinin 13. kitabında, *donatio mortis causa*’yı, *lex Cincia* ve bağışlama hukukuna ilişkin genel değerlendirmelerden sonra ele almaları, bu yaklaşımın bir sonucudur. LIEBS, Schenkung, s. 1021.

<sup>640</sup>SIMONIUS, s. 200. Roma hukuku kaynaklarında, bağış kavramının genel bir tanımına rastlanmamaktadır. *Donatio* kavramının, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi mülkiyetin

olmakla birlikte, kaynaklarda, en azından bağışlama hukukunun temeli olarak kabul edilebilecek hukukî bir kavram tespit edilebilmektedir. Günlük hayatta muhtemelen her türlü cömertlik “*donatio*” olarak nitelendirilirken, bu hukukî kavram, fiilî bir durumun (zilyetliğin) geçirilmesini ifade eden *precarium*’dan<sup>641</sup> ayrılmakta; hukuk düzeni tarafından tanınan ve borç oluşturduğu kabul edilen akitlerden biri olarak nitelendirilemeyen cömertlikleri kapsamaktaydı. Bu nedenle bir malın değerinden daha yüksek veya daha düşük bir fiyata satılması (*emptio-venditio*) bağışlama sebebiyle (*causa donationis*) yapılmış olsa bile, hukukî anlamda *donatio* olarak addedilmemiştir<sup>642</sup>.

---

karşılıksız olarak devredilmesini ifade ettiği kuşkusuz olmakla birlikte bu basit kavram kural haline getirilmemiştir. Romalı hukukçular bağışı genellikle bağış yasakları kapsamında ele almışlar ve münferit olayları incelerken bağışın söz konusu olup olmadığını değil, bu bağışın, bağış yasaklarını ihlâl edip etmediğini ya da alacaklıları zarar uğratmak amacıyla yapıp yapılmadığını incelemekle yetinmişlerdir. Bu incelemeler neticesinde bağışa ilişkin olarak aynı hukukî sonuçların bağlanabileceği yeknesak bir bağış kavramına ulaşamamışlardır. BURCKHARD, s. 1-19; OĞUZ, s. 10-12. Klasik hukuk dönemi kaynakları incelendiğinde, Romalı hukukçuların, bağışlamaya ilişkin çeşitli meseleleri, bağışa getirilen yasaklar çerçevesinde (*lex Cincia de donis et muneribus* ve eşler arasındaki bağış yasağı) ele aldıkları görülmektedir. Hukukçuların, bağış kavramı üzerinde yaptıkları çalışmaların odak noktasını oluşturan bu sınırlayıcı düzenlemeler, Romalıların, ivazsız kazandırmalara yönelik tutumunu gözler önüne sermiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, Romalı hukukçular, bağışın esas yüzünü oluşturan, bencillikten uzak ve tamamen cömertliğe dayalı davranış tarzını etkileyici bulmamışlardır. Ticarî hayatın temel ilkesini göz ardı etmek suretiyle, karşı bir edim söz konusu olmaksızın kazandırmada bulunan kimselerin davranışları, hukukçular tarafından sempatik bulunmamış aksine bu davranışlara şüpheyile yaklaşılmıştır. Romalılara göre, iyi bir insan (*bonus vir*), servetini boş yere harcamaz; aksine bu serveti kendisi ve ailesi için muhafaza etmek adına elinden gelenin en iyisini yapar. Böyle davranılmaması halinde ise, işin içinde bir yanlışın olduğu sonucuna varılmalıdır. ZIMMERMANN, s. 481-482.

<sup>641</sup>Verenin arzusuna göre, bir malın veya hakkın kullanılmasını sağlayan *precarium* (iğreti akdi), bağışlama değildir. *Precarium*, genellikle taşınmaz bir malın zilyetliğinin veya bir hakkın kullanılmasının verilmesidir. Klasik sonrası hukuk devrinde ise isimsiz akitler grubuna giren bu aynı akit neticesinde *precarium* alan zilyet sayılır, fakat bu zilyetlik kazandırıcı zamanaşımı ile iktisaba götürmezdi. Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren *precarium* vereni koruyan ve malın zilyetliğini geri almasını sağlayan bir dava vardı. Buna karşılık, bir malı bağışlayan, onu geri almayacak şekilde verir. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 260-262. Bu ayırım, *Ulpianus* tarafından *D.43.26.1.2* ve 3’de açıkça yapılmıştır:

*D.43.26.1.2.3 (Ulpianus libro primo institutionum): 1. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. 2. Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. 3. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.*

“1. Cömertliğin bu türü, yabancılar hukukundan kaynaklanır. 2. Bu, bağıştan, bağışlayanın, bir daha geri almamak niyetiyle vermesi noktasında ayrılır. Ancak, iğreti olarak veren kimse, iğreti sözleşmesine son vermeyi ne zaman isterse, onu geri almak üzere verir. 3. Ve bu âriyete de benzer. Çünkü, âriyet veren, alıcıya mülkiyeti devretmek için değil, âriyet verilen eşyanın kullanımını sağlamak üzere verir.” Latince metnin Türkçe çevirisi: OĞUZ, s. 39.

<sup>642</sup>SIMONIUS, s. 200. Bağış ile ilgili hukukî düzenlemelere tâbi olmayan diğer karşılıksız kazandırmalar da söz konusudur. Bu hukukî işlemlerin bir kısmı, ayrı bir ad altında düzenlenmiş olup kendine özgü kurallara tâbidir. Her ne kadar bunlar da karşılıksızlık unsuru nedeniyle, bağış ile aynı gibi görülseler de, bağış, kavramsal olarak bu kazandırmalardan ayrılır. *Depositum* (vedia), *mandatum* (vekâlet), *precarium* (iğreti sözleşmesi), *commodatum* (âriyet), *mutuum* (faizsiz ödünç) ve *legatum* (muayyen mal vasiyeti) bağışın karşılıksızlık unsurunu içlerinde barındırmakla ve bu unsur onların hukukî düzenlemesinde çok etkili olmakla birlikte, bunlar bağış olmayıp, kendilerine özgü ayrı sözleşme tipleridir. OĞUZ, s. 38-39. Muamelenin ivaz ve karşılık düşünmeden yapılması arzusu yani

*Donatio mortis causa* öğretisi için önemli olduğundan, bağışlama muamelesini iki taraflı hukukî muameleler ile birleştirme imkânı dikkate değerdir. Buna ilişkin olarak D.39.5.18’de düzenlenmiş olan “*negotium mixtum cum donatione*-bağış ile karışık bir hukukî işlem-karma bağışlama<sup>643</sup>” göz önünde bulundurulabilir:

*D.39.5.18 (Ulpianus libro LXXI ad edictum): Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur...*

Simonius, azat etme muamelesi ile bağışlama muamelesinin birleştirildiği bir durumdan söz edilen bu metne ilişkin olarak yaptığı değerlendirme neticesinde,

---

*animus donandi* (bağışlama niyeti), klasik hukuk dönemine ait kaynaklarda bile zaman zaman kullanılmış bir kavramdır. Buna karşılık, ayrı bir ad altında düzenlenmiş olup; *animus donandi* (*liberalitas*) unsurunu içermesi sebebiyle taraflar arasında yapılan her türlü muamelenin bağışlamaya dönüşebileceği düşüncesi, klasik dönem hukukçularına yabancıdır. Böylece, *precarium*, *commodatum*, *depositum* ve *mandatum* bağış değildir. KASER, RPR I, s. 601-602. İçerdikleri karşılıksızlık unsuru sebebiyle, *mutuum*, *commodatum* ve *depositum*’un belli bir dereceye kadar, *donatio* ile mukayese edilmeleri mümkündür. Gerek *mutuum*’da gerekse *donatio*’da, *stipulatio* akdedilmediği müddetçe, sadece tarafların anlaşması neticesinde, hukukî bir sonuç doğmaz ve dolayısıyla bir dava ve icra imkânının varlığından söz edilemezdi. Ancak muameleye konu olan malın karşı tarafa tevdi edilmesiyle birlikte taraflar arasında hukukî bir ilişki kurulmuş olurdu. Fakat bu fiilî teslim, *mutuum* açısından akdî bir ilişkinin kurulmasına ve dolayısıyla ödünç verenin, ödünç alana karşı, aynı nevi ve aynı miktarda malın iadesini sağlamak amacıyla, ödünçün konusuna göre, *actio certae creditae pecuniae* (ödünç verilen belirli miktardaki paranın davası) veya *condictio certae rei* (belirli malın davası) açma imkânı verirdi. Fakat bu fiilî teslimin *causa donandi* açısından yarattığı sonuçlar daha sınırlıydı. Buna göre, bağışlayan, bağışlama konusu malın, devamlı olarak bağışlananda kalmasını amaçladığından, bu malın iadesini sağlamak amacıyla bir davaya ihtiyacı yoktu. Bu nedenle, *commodatum* ve *depositum*’un aksine, bağışlayanın bir karşı davaya (*contrarium iudicium*) ihtiyacı olmadığı gibi, bunun hukukî bir dayanağı da yoktu. Aslında ihtiyaç duyulan tek şey, bağışlananın durumunun teminat altına alınması olup, bunu sağlayan şey de *causa donandi* idi. ZIMMERMANN, s. 481.

<sup>643</sup>Bir hukukî muamelenin karşılıksız kazandırma (bağışlama) vasfını kazanabilmesi için bunun tamamen karşılıksız olması şart değildir. Aksine bazı durumlarda, karşılıksız kazandırmada bulunan kimse lehine bunun karşılığında kısmî bir edimde bulunulmuş olması da mümkündür. Mukabil denk ivaz olmaksızın kazandırmada bulunan tarafın verdiği edimin, karşı edim ile karşılanmayan ve onun dışında kalan bölümü “bağışlama” olup, böyle bir işlemi “karma bağışlama” olarak nitelendirmek mümkündür. Modern hukuk sistemlerinde, karma bağışlama kavramı ve bu kavramın miras hukukundaki yeri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKBIYIK, C., Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997. Bağışlama ile birlikte başka bir neticenin de doğması arzu edildiği takdirde, doğan muameleye “*negotium mixtum cum donatione*” denilmiştir. Örneğin, *minoris vendere donationis causa* (bağışlama sebebiyle değerinin altında satış) ya da *traditio servi ad manumittendum post quinquennium* (bir kölenin beş yıl sonra azad edilmesi için teslim edilmesi) ile bağışlamanın bir arada bulunması hallerinde olduğu gibi, doğası gereği karşılıksız olan kendine özgü bu muamele, bağışlama ile ilişkili olup, *negotium mixtum cum donatione*’den (bağışlama ile karışık işlem-karma bağışlama) söz edilir. BURCKHARD, s. 35; GOUDSMIT, s. 204-205.

muameleye karma bağışlama niteliğini kazandıran bağışlamanın, *donatio inter vivos*'un yanı sıra *donatio mortis causa*'da olabileceği sonucuna varmaktadır. Yazara göre, *D.39.5.18*'de tanımlanan muamele, hukukî açıdan *donatio*'nun varlığından söz edilebilmesi için gerekli olan bütün ön koşulları sağlamaktadır. Azat etmeye ilişkin olarak taraflar arasında yapılan anlaşma bir vadeye bağlandığından, tayin edilen vade gelinceye kadar, yani beş yıl boyunca, bağışlama konusu köle üzerinde mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkilerin kullanılması mümkündür. Böylece, tek bir devir muamelesi aracılığıyla, yarattıkları etki zamansal olarak birbirini takip eden iki farklı hukukî muamelenin kurulması sağlanmıştır: Kölenin mülkiyeti kendisine devredilen kişinin bu hakka beş yıl boyunca sahip olması bağışlama olarak nitelendirilirken; devralanın, sürenin sona ermesi ile birlikte yediemin haline geldiği kabul edilmiştir. Kölenin üçüncü bir şahsa ait olması halinde ise bağışlama muamelesi, teslim alan şahsa, bu köleyi zamanaşımı yoluyla iktisap etme imkânı sağlamıştır<sup>644</sup>. *Donatio* muamelesi açısından bakıldığında, azat etmeye ilişkin anlaşmanın, *modus* (mükellefiyet) olarak tanımlanması mümkündür. Ayrıca belirtilmelidir ki, farklı muamelelerin de bağışlama muamelesi ile birleştirilmesi mümkün olduğundan, taraflar arasında azat etmeye ilişkin olarak yapılan bu anlaşma, karma bağışlamanın (*negotium mixtum cum donatione*) yapılmasını sağlayan tek yol değildir<sup>645</sup>.

## **B.Sebebe Bağlı Hukukî İlişki**

### **1.İcra İşlemleri Işığında Bağışlama Sebebi (Causa Donationis)**

*Donatio mortis causa*'nın esaslı unsuru niteliğindeki istirdat talebinin ileri sürülmesini sağlayan sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, başvurulması gereken asıl hukukî vasıta, sebepsiz zenginleşme davasıdır (*condictio*). Klasik hukuk döneminde, sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesi için, bir malın mülkiyetinin nakledilmiş olması (*datio: mancipatio; in iure cessio* veya *traditio*) ve mülkiyetin naklinin mevcut olmayan bir sebebe dayanması (*causa retinendi*'nin eksikliği)

<sup>644</sup>*Usucapio Pro Donato*: Malik olmayan kimseden bağış olarak alınan bir malın zamanaşımıyla iktisap edilmesi; *Pro Donato Res mancipi* olarak nitelendirilen bir malın mülkiyeti bağışlama sebebiyle, fakat gerekli usullerle (*mancipatio* veya *in iure cessio*) değil de; *traditio* ile devredilmiş veya; başkasına ait bir malın mülkiyeti bağış olarak devredilmişse, mülkiyet alana geçemez. Alan kişi iyiniyetli ise, malı zamanaşımıyla iktisap ederdi (*usucapio*). Bu hallerde *pro donato* denen *iusta causa usucapionis* vardı. UMUR, Lügat.

<sup>645</sup>Ayrıca bkz. D.12.1.11.1. SIMONIUS, s. 201-202.

şeklinde iki şartın varlığına ihtiyaç duyulduğu genel olarak<sup>646</sup> kabul edilmektedir<sup>647</sup>. *Gaius* tarafından ifade edildiği üzere (*Gai. I. 3. 91*): “Ödenmesi lâzım gelmeyi, hataen ödeyenden alan kimse de şey ile borçlanır (*re obligatur*)...”. Bu nedenle, sebepsiz zenginleşme, *re* (şey) ile teşekkül eden borç ilişkisi yani klasik hukuk tabirine göre “*re contrahitur obligatio*”<sup>648</sup> idi. Ancak haksız iktisap sebebiyle iade borcunun doğmasının asıl sebebi, nakledilen değer iktisap edende kalması için haklı bir sebebin mevcut olmaması, bir diğer ifade ile *causa retinendi*’nin eksikliğidir<sup>649</sup>. Bir görüşe göre<sup>650</sup>, *causa retinendi*, *datio*’nun dayandığı ve malın muhafazasının temelinde yatan hukukî sebep üzerinde tarafların iradelerinin uyuşması anlamında kullanılmakta; bu husustaki irade uyuşmazlığı ise alanın malvarlığında hukuken geçerli bir sebebe (*iusta causa*) dayanmayan bir artışın yani sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesine yol açmaktaydı. *Causa retinendi*’yi daha dar bir çerçevede ele alan bir diğer görüşe göre<sup>651</sup>, malın muhafazasının temelinde yatan hukukî sebep, tarafların anlaşması neticesinde tespit edilen ve *datio* aracılığıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi olup; sadece bu amacın gerçekleşmemesi, haksız iktisap davası ile iade talebinde bulunmaya imkân vermektedir.

Simonius’a göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından *causa retinendi* ile

<sup>646</sup>Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KADEN, E. H., Das Schrifttum der Jahre 1950-1953 zur Römischen Bereicherungslehre, SZ 71, s. 555 vd.

<sup>647</sup>Malı haksız olarak elinde bulunduran hırsıza (*fur*) ve mirasçılara karşı açılan ve malın iadesi veya tazminat isteminde bulunma imkânı veren anormal bir durum olan *condictio furtiva*, bu açıklamanın dışında tutulmalıdır. Buradaki *condictio*’nun dayanağı, hukukî bir muamele değil, *furtum* olup, hırsız da malik değil sadece zilyettir. *Gaius* tarafından ifade edildiği üzere, hırsıza karşı öyle bir nefret duyulmaktadır ki, ona bütün davaların açılmasında bir sakınca görülmemiştir. Bu nedenle, hırsıza karşı, bir taraftan malik olmadığı için *rei vindicatio*, diğer taraftan haksız fiil işlediği için *actio furti* açmak mümkündür. UMUR, Ders Notları, s. 386.

<sup>648</sup>SCHULZ, Classical, s. 613; KASER, RPR I, s. 594; KADEN, s. 569 vd. Bir *res* ile teşekkül eden borç münasebeti, “*obligatio re contracta*” veya “*contractus realis*” tabiri ile de ifade edilmektedir. UMUR, Lügat.

<sup>649</sup>KADEN, s. 585; KASER, RPR I, s. 594-595. Bir malın mülkiyetini devredenle devralanın, gerek hukuk düzeninin uygun gördüğü hukukî sebep üzerinde gerekse mülkiyetin geçeceği hususunda iradelerinin uyuşması gerekir. Taraflar, mülkiyetin geçeceği konusunda anlaşmış olsalar bile, hukukî sebep üzerinde anlaşmamışlarsa (mesela taraflardan biri karz olarak veriyor diğeri bağışlama olarak kabul ediyor) *traditio* ile mülkiyet geçmez. Zira *traditio* sebebe bağlı bir tasarruf muamelesidir. Mülkiyet geçmediği için, teslim edilen mal aynı bir dava olan *rei vindicatio* ile talep edilebilir. Buna karşılık sebepsiz iktisap durumunda açılan *condictio* şahsî bir davadır. Bu nedenle, haksız iktisabın en fazla görüldüğü alan soyut (mücerret) hukukî muamelelerdir. *Mancipatio* ve *in iure cessio* klasik hukuk devrinde mülkiyeti nakleden soyut tasarruf muameleleri olduklarından, bu muamelelerin dayandığı hukukî sebep geçersiz olsa bile, mülkiyet geçer, fakat alana karşı bir haksız iktisap davası açılarak iade istenirdi. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 276-277; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 51, dn. 3.

<sup>650</sup>SCHULZ, Classical, s. 610 vd.

<sup>651</sup>KASER, RPR I, s. 594-596.

*causa donationis* aynı anlama sahiptir. Zira, istirdat talebinin ileri sürülmesine imkân veren bir sebebin varlığı halinde *condictio* 'ya başvurulabilmesi, sebepten yoksun hale gelen malvarlığı kaymasının tarafların iradesine aykırı olduğu ve dolayısıyla bir bağışlama sebebinin mevcut olmadığı anlamına gelir<sup>652</sup>.

Böylece, *causa donationis* 'in varlığı, bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike sebebiyle bağışlanandan önce ölmesine bağlıdır. Bu sonucun meydana gelip gelmeyeceği ise bağışlama sözleşmesinin kurulması sırasında belirsiz ve geleceğe yönelik bir olgu olduğundan, muamelenin şarta bağlanması zorunluluğu doğmaktadır. Bu durumda üzerinde durulması gereken soru ise, bu şartın bozucu bir şart mı yoksa geciktirici bir şart mı olduğudur<sup>653</sup>. Öğretide *causa retinendi* 'nin eksikline ilişkin olarak üç durum arasında ayırım yapılmaktadır: Hukukî sebebin temliki muamelenin yapıldığı andan itibaren eksik olması yani gerçekte bir borç yokken borç zannedilen bir şeyin hataen ifa edilmesi (*solutio indebiti*); karşı edimin veya gelecekteki bir diğer sonucun elde edileceği düşüncesiyle bir malın devredilmesi (*datio ob rem*) ancak bu sonuç meydana gelmediği için malvarlığı devrinin sebepsiz kalması (*condictio causa data causa non secuta*)<sup>654</sup>; başlangıçta, bir diğer ifadeyle mülkiyet hakkının devredilmesi esnasında mevcut ve geçerli olan sebebin sonradan ortadan kalkması (*condictio ob causam finitam*)<sup>655</sup>. *Donatio mortis causa* muamelesi kurulduğu esnada, istirdat hakkının ileri sürülmesini sağlayacak bir sebebin ortaya çıkıp çıkmayacağı henüz belirsiz olup; bu muamele açısından, yalnızca son iki ihtimal göz önünde bulundurulabilir: Bunlardan biri bağışlama sebebinin geciktirici şarta bağlanması haline diğeri ise bozucu şarta bağlanması haline uymaktadır<sup>656</sup>.

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen teorik yaklaşımlar, *donatio mortis causa* 'nın geciktirici şarta bağlanarak düzenlenmesinin daha çok tercih edildiği sonucuna götürmektedir. Varılan bu sonuç, kaynaklar tarafından da doğrulanmaktadır. *Donatio*

---

<sup>652</sup>SIMONIUS, s. 207-208.

<sup>653</sup>SIMONIUS, s. 208.

<sup>654</sup>Evliliğin gerçekleşeceği düşüncesiyle cihaz (dos) tesis edilmesi fakat sonradan evliliğin gerçekleşmemesi, mükellefiyetli bağışlama halinde bağışlananın bu mükellefiyeti yerine getirmemesi ve *donatio mortis causa* muamelesinde bağışlananın bağışlayandan daha uzun yaşayacağı beklentisiyle bağışlamada bulunulması fakata bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. KASER I, s. 597.

<sup>655</sup>KASER, RPRI, s. 596-597; SIMONIUS, s. 209.

<sup>656</sup>SIMONIUS, s. 209.

*mortis causa*'nın temelinde yatan, bağışlayanın ölüme bağlı tasarrufla bulunma iradesi, *causa donationis*'in geciktirici şarta bağlandığına işaret etmektedir. Burada amaçlanan şey malvarlıksal değerin bağışlayanın ölümünden sonra yer değiştirmesi olup, bağışlayan, henüz hayattayken, bir lütufta bulunmak istememektedir<sup>657</sup>. Klasik hukuk döneminde, Romalı hukukçuların bozucu şarta yükledikleri anlam<sup>658</sup>, *causa donationis*'in bozucu şarta bağlandığı hallere şüpheyile yaklaşılması sonucunu beraberinde getirmektedir. Zira, bir iyiniyet akdi olan alım satım akdinden (*emptio-venditio*) farklı olarak<sup>659</sup>, klasik hukuk döneminde sadece taraflardan birinin malvarlığında ivazsız bir artma sağlanmasının sebebini (*causa donationis*) teşkil eden bağışa, fer'î anlaşmalar (*pacta adiecta*<sup>660</sup>) ile bazı şartlar eklenmesi mümkün değildi. Ayrıca, *condictio*'nun unsurları çerçevesinde, bozucu şarta bağlı *donatio mortis causa*, tek bir role sahip olmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, *causa retinendi*'nin kapsamı hususunda iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerden birine göre, malın muhafazasına imkân veren ve *datio*'nun temelinde yatan hukukî sebep üzerinde iradelerin uyuşmaması, *condictio*'ya dayanan bir talebe hak kazandırırken; bir diğer görüşe göre, ifa ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmemesi halinde *condictio*'ya başvurulabilirdi. Mülkiyetin geçirilmesi sırasında geçerli olan sebebin sonradan ortadan kalkması hallerinde (*condictio ob causam finitam*) olduğu gibi, bozucu şarta bağlı bağışlama muamelesi yalnızca birinci görüş ile uyuşmaktadır; çünkü muamele ile ulaşılmak istenen amaca bir kez ulaşıldıktan sonra, bu amacın gerçekleşmediğinden söz edilmesi artık mümkün değildi<sup>661</sup>.

<sup>657</sup>Bkz. D.39.6.1 pr., D.39.6.35.2.

<sup>658</sup>Romalı hukukçulara göre, bozucu şart (*condicio resolutive*) diye bir şey olamaz. Zira, muamele askıda olmayıp netice doğurmaya başlamıştır; askıda olan, neticelerin durmasıdır. Onlar, muamelenin neticelerinin ortadan kalkması için, başka bir geciktirici şarta (*condicio suspensiva*) bağlı muamele yapıldığını kabul ederlerdi. Buna, fesih veya rücu anlaşması denirdi. Modern hukuklarda bozucu denilen şartın neticelerine böyle bir anlaşma ile ulaşırlardı. UMUR, Ders Notları, s. 195; Aynı yönde bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 224; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 194.

<sup>659</sup>Alım satım bir iyiniyet akdi olduğu için, taraflar satılan mal ve bedeli üzerinde anlaşmışktan sonra, bu alım satım şekilsiz anlaşmalar (*pactum*) ile bazı şartlar ekleyebilirlerdi. Bu ek anlaşmaların kapsamı alım satım akdinin davaları (*actio empti* ve *actio venditi*) ile talep edilebilirdi. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 218.

<sup>660</sup>*Pacta Adiecta*: İyiniyet davası doğuran akitlere ilâve edilmiş ve akitten doğan davalar vasıtasıyla himaye gören *ius civile pactum*'ları. UMUR, Lügat.

<sup>661</sup>SIMONIUS, s. 210-211. Roma hukukuna göre, bozucu (infisahî) şartın söz konusu olduğu hallerde muamele yapılır yapılmaz doğan neticeler şart gerçekleşince ortadan kalkmaktadır. Bu durumda hükümler *ex nunc* yani şartın gerçekleştiği andan itibaren ortadan kalkmaktadır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 194. Klasik hukuk döneminde, hakların intikalindeki bozucu şartlar hoş görülüyor ve kabul edilmiyordu. Bu dönemde, geciktirici şartın söz konusu olduğu hallerde, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz belli değilken, hiçbir hakkın bulunmadığı kabul ediliyordu. Klasik sonrası hukuk devrinde ise, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, şarta bağlı bir hakka sahip olan kimsenin henüz bir hakkı olmamakla birlikte, müstakbel hak iktisabı

Simonius'a göre, *causa donationis*'in bozucu şarta bağlandığı hususunda herhangi bir delil mevcut olmadığı gibi; bozucu şarta ilişkin olarak elimize geçen kaynaklardan, klasik hukuk dönemine yönelik bir sonuç çıkarılması da mümkün değildir. Tamamen tahrif edilmiş bir metin olduğu genel olarak kabul edilen *D.39.5.1 pr.*'da yer alan konuya ilişkin tek bir ifadenin, özellikle Bizans anlayışını yansıtmasına rağmen, klasik hukuk dönemi ile ilişkilendirilmesi de imkânsızdır. Diğer taraftan *D.39.6.42 pr.*'da kullanılan “*donatio soluta*” ifadesi *interpolatio* çalışmaları neticesinde metne eklenmiş olup; *D.39.6.29* ve *D.39.6.30*'da karşımıza çıkan aynî etkili bozucu şartın kökenlerin klasik hukuk dönemine dayanmadığı hususu da tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Yazara göre, ayrıca, *Paulus Sent. 3.7.1* ve *D.39.6.8.1*'de *donatio mortis causa*'ya ilişkin olarak yapılan tanımlar hem bozucu hem de geciktirici şarta bağlanan bağışlama muamelelerine uymakta<sup>662</sup> ve *Paulus Sent. 3.7.2*'de yer alan düzenlemede, bu ifadelerin sahibinin geciktirici şarta bağlı bir muameleden söz ettiği açıkça görülmektedir<sup>663</sup>.

## 2.Bağışlayanın Capitis Deminutio Neticesinde Status'unda Meydana Gelen Değişikliğin Donatio Mortis Causa Muamelesi Üzerindeki Etkisi

*D.39.6.32*<sup>664</sup>'de ifade edilen kural, klasik hukuk döneminde, bağışlayanın malvarlığına el konulması sonucunu doğuran *capitis deminutio maxima* veya *media*<sup>665</sup> sebebiyle *status*'ünde değişiklikler meydana gelmesi neticesinde

---

bakımından beklenen bir hakka (*expectatio*) sahip olduğu kabul edilmiştir. Yine klasik sonrası hukuk döneminde, şartın geriye yürümesi (makabline şümülu) nazariyesi ortaya çıkmıştır. Yani geciktirici şartın söz konusu olduğu hallerde, şartın gerçekleşmesi ile muamele baştan beri şartsız yapılmış gibi kabul ediliyor; bozucu şarta ise, işlem baştan itibaren hiç mevcut değilmiş gibi ortadan kalkıyordu. Bu nazariye şarta bağlı hakkın “beklenen bir hak” olduğu anlayışına bağlıydı. Ancak modern kanunlar bu görüşü kabul etmemişlerdir. Bu görüşe göre, geciktirici şarta bağlı bir temlikte temlik eden kimse, beklenen zaman zarfında o maldan elde ettiği semereleri, şartın gerçekleşmesinden sonra iadeye, tazmin etmeye mecbur kalırdı. Çünkü şartın gerçekleşmesi ile temlikin geriye yürüdüğü kabul edilecek ve temlik eden, akdin yapıldığı andan itibaren mâlik sıfatını kaybedecekti. KOSCHAKER/AYİTER, s. 65-66.

<sup>662</sup>*Paulus Sent. 3.7.1: Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eu remaneat, cui donavit.*

*D. 39.6.8.1 (Ulpianus libro VII ad Sab.): Denique et sic posse donari ait, ut, si convaluerit (donator), recipiatur.*

<sup>663</sup>SIMONIUS, s. 212.

<sup>664</sup>*D.39.6.32 (Ulpianus libro LXXVI ad edictum): Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.* Metinde ifade edildiği üzere, *mortis causa* olarak düzenlenen bir bağışlama muamelesi, bağışlayan ölünceye kadar tamamlanmış (*perfect*) sayılmaz.

<sup>665</sup>*Capitis deminutio maxima*: Birinci *status* olan *status libertatis*'in (hürriyet durumu) kaybedilmesi. Şahıs, diğer *status*'ları da otomatik olarak kaybeder (*status civitatis* ve *status familiae*), köle

uygulanmıştır<sup>666</sup>:

*D.39.6.7 (Ulpianus libro XXXII ad Sabinum ): Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant.*

Metinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlayanın böyle bir cezaya mahkûm edileceğinden şüphelenmeksizin (*sine suspicione poenae*) yapmış olduğu bağışlamalar hariç olmak üzere, *capitis deminutio*'ya uğramış bir kimse tarafından yapılan *donatio mortis causa* muamelesi “*imperfect*” addedilerek iptal edilmiştir. Bu düzenleme, bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlanana nakledilmiş olsa bile, bağışlayan hayatta olduğu sürece, bu malın hâlâ onun malvarlıksal değerleri arasında yer aldığını açıkça göstermektedir<sup>667</sup>.

D.24.1.32.7’de yer alan düzenleme de bu sonucu doğrulamaktadır:

*D.24.1.32.7 (Ulpianus libro XXXIII ad Sabinum): Si maritus uxori donaverit et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit vel etiam post mortem memoria eius damnata sit, revocabitur donatio: quamvis ea quae aliis donaverit valeant, si non mortis causa donavit.*

Metnin son cümlesinin mefhumu muhalifinden (*argumentum e contrario*-zıt kanıt) anlaşıldığı üzere, bağışlayanın ölüm cezasına veya *damnatio memoriae*<sup>668</sup>’ye mahkûm edilmesi halinde, gerek karısı gerekse üçüncü kişiler lehine yapmış olduğu *donatio mortis causa* muamelesi geçersiz addedilmiştir<sup>669</sup>. Bağışlayanın ölümünden

---

durumuna düşerdi.

*Capitis deminutio media*: *Status civitatis*’in (vatandaşlık durumu), dolayısıyla *status familiae*’nin (aile durumu) kaybedilmesi Şahıs hür olarak kalırdı. UMUR, Lügat.

<sup>666</sup>Yabancılar, müebbet cezalara veya ölüm cezasına mahkûm edilmiş kimseler mirasçı olabilmeye ehliyetine sahip değillerdi. UMUR, Ders Notları, s. 505; UMUR, s. 162.

<sup>667</sup>SIMONIUS, s. 216.

<sup>668</sup>*Damnatio memoriae*: İdam cezasına mahkûm edilmiş ve cezası infaz edilmiş olan veya ceza davası sonuçlanmadan önce ölen bir kimsenin yapmış olduğu utandırıcı işlerden ötürü toplum içinde itibarını kaybetmiş olması sebebiyle damgalanması. Yalnızca devlete karşı işlenen suçlar (*perduellio-crimen maiestatis*) bu sonucu (*ignominia post mortem*) beraberinde getirirdi. Bu kişinin ismi kayıtlardan silinir, düzenlemiş olduğu vasiyetname ve *donatio mortis causa* muameleleri geçerliliğini kaybederdi. BERGER, s. 423.

<sup>669</sup>SIMONIUS, s. 216; YARON, s. 99; Aynı yönde bkz. DROPSIE, s. 59-60; HUNTER, s. 810. Roma hukukuna göre, ölüm cezasına mahkûm edilen kimseler hem hürriyetlerini hem de hem de

yani bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurmasından (*donatio perfecta*) sonra *damnatio memoriae*'ye hükmedilmesi, müsaderenin, bağışlamanın hükümlerinin askıda olmasına dayandırıldığı sonucuna götürmektedir. Yalnızca *perduellio*<sup>670</sup> suçu, *damnatio memoriae* sonucunu beraberinde getirmekteydi. Roma düşüncesine göre bu suçtan mahkûmiyet halinde verilen ceza, yalnızca beyan edici (açıklayıcı-izharî) bir anlama sahip olup, bu ceza, kararın verildiği andan değil, mahkûmiyete sebebiyet veren fiilin gerçekleştirildiği andan itibaren sonuçlarını doğurmuştur<sup>671</sup>.

### 3.Bağışlayanın İflas Etmesinin Donatio Mortis Causa Muamelesi Üzerindeki Etkisi

*Donatio mortis causa*'nın *legatum* için geçerli olan kurallara tâbi tutulduğu hususlardan biri de bağışlayanın iflas etmesidir. Bu durumda, ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın hileli davranışı neticesinde düzenlenen bir muamele olmasa bile, tıpkı *legatum* gibi iptal edilmekteydi<sup>672</sup>.

Bağışlama sebebinin geciktirici şarta bağlanması bir diğer ifade ile bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurup doğurmayacağının askıda olması, müteveffanın terekisinin borçlarını karşılamaya yetmemesi veya bağışlayanın henüz hayattayken iflas etmesi hallerinde *mortis causa* bağışlanan mallara el konulmasının dayanak noktasını teşkil etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak *D.39.6.17*'de yer alan düzenlemenin göz önünde bulundurulması gerekir:

*D.39.6.17 (Iulianus libro XLVII digestorum): Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam cum*

---

malvarlıklarını kaybederlerdi (*D.48.20.1 pr.*). Bu kişiler köle haline gelirler ve kendilerine, sahibi olmayan köleler (*servi sine domino*) veya ceza köleleri (*servi poenae*) denirdi (*D.28.1.8.4*). Bu kişiler azat edilemezlerdi. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 142; YARON, s. 99. Bu kişilerin malvarlıklarına el konulması, ölüm cezasına mahkûm edilenden çok kendisinin hukukuna tâbi olan kişileri etkilediği için, çoğu kez, bu malvarlığının bir kısmı veya tamamı mahkûmun ailesine geri verilirdi (*D.48.20.7 pr., D.48.20.7.3*). Ancak malvarlığının iadesi, mahkûmun vasiyetname ve bağışlama düzenleme ehliyetini de yeniden kazandığı anlamına gelmezdi. Zira idam cezasına mahkûm edilen kişi köle haline geldiği için, bu kararla birlikte malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkisini de kaybederdi. YARON, s. 99.

<sup>670</sup>*Perduellio*: İlk devirlerin âmme suçlarından birisi olan vatana ihanet suçu olup, *XII Levha Kanunu*'na göre bu suçun cezası idamdı. *Crimen maiestatis*, klasik devirde *perduellio*'nun yerini alarak devletin varlığına karşı işlenen suç; vatana ihanet mahiyetini kazandıran suça verilen isim olmuştur. UMUR, Lügat.

<sup>671</sup>SIMONIUS, s. 216-217.

<sup>672</sup>ROBY, s. 532; Aynı yönde bkz. BORKOWSKI, s. 6; HUNTER, s. 810.

*legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar optinent.*

Metinde ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği üzere, *donatio mortis causa*'nın geçersiz addedilmesi, *actio Pauliana*<sup>673</sup>'dan (yani bu davanın klasik hukuk dönemindeki görünümünden) bağımsız olarak, ölüme bağlı bağışlamanın ölüme bağlı tasarruflar arasında yer almasının bir sonucudur. Simonius'a göre, metnin “*nam*” bağlacı ile başlayan ve *legatum* ile karşılaştırma yapılan kısımdan itibaren tamamı derleyiciler tarafından eklenmiştir<sup>674</sup>. Zira *Iulianus*'un yaşadığı dönemde, terekenin borca batık olması halinde muayyen mal vasiyetlerinin iptali için ölüme bağlı tasarruflara özgü bir prensip mevcut olmadığından, mirasçı borca batık terekeyi kabul ettiği takdirde, *legatum*'ların hükümsüz kılınması için başvurabileceği tek yol *lex Falcidia*'ya dayanmak suretiyle bu ölüme bağlı tasarrufların tenkise tâbi tutulmasını talep etmektir. Bu yasal düzenleme ise ilk olarak *Septimius Severus* döneminden itibaren ölüme bağlı bağışlama muameleleri üzerinde de uygulanmaya başlamıştır. Mirasın reddedilmesi halinde ise vasiyetname ile birlikte muayyen mal vasiyetleri de batıl hale geldiklerinden, meydana gelen bu sonuç terekenin borca batık olması ile bağlantılı değildi<sup>675</sup>.

Böylece *donatio mortis causa* ile olağan bağışlamanın farklı olarak ele alınması, *donatio mortis causa*'nın ölüme bağlı tasarrufla bulunmak amacıyla kullanılmasından kaynaklanmamaktadır. Bu farklılığın sebebinin ölüme bağlı bağışlamanın karakteristik bir özelliği olan, *causa donationis*'in geciktirici şarta bağlanmasında aranması gerekmektedir<sup>676</sup>.

Metinde *interpolatio*'ya maruz kalmamış olan birinci cümle, terekenin borçlarına ilişkin olmadığından, *Iulianus*'un, aslında, henüz hayatta olan borçlunun, borçlarını

---

<sup>673</sup>*Actio Pauliana*: *Iustinianus* hukukunda, alacaklılarına zarar vermek kastıyla ve aczini bile bile, bir kimsenin, kendi mamelekini eksiltmek için yapmış olduğu hileli muameleleri iptal etmeyi sağlayan *arbitraria praetor* davasına verilen isim. Davanın açılabilmesi için, borçlu ile muamele yapan kimsenin de durumu bilmesi gerekirdi. UMUR, Lügat.

<sup>674</sup>Genel olarak kabul edildiği üzere metnin sonunda yer alan “*quia legatorum instar obtinent*” ifadesinin kökeni, *legatum* ile *donatio mortis causa*'nın *Iustinianus* tarafından eşitlenmesine dayanmaktadır. SIMONIUS, s. 218, dn. 2.

<sup>675</sup>SIMONIUS, s. 217-218.

<sup>676</sup>SIMONIUS, s. 218.

ödeme hususunda acze düşmesinden söz etmek istediği varsayımında bulunmak mümkündür. Bağışlayanın hayattayken iflâs etmesi halinde, şarta bağlı bağışlama muamelelerinin iptal edilmesi makul bir önlem niteliğindedir: Şarta bağlı hukukî muameleler için geçerli olan genel kurallar gereğince *donatio*, şartın gerçekleştiği andan itibaren ve dolayısıyla *donatio mortis causa* açısından bağışlayanın öldüğü andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Ancak, borçlarını ödemek hususunda acze düşmüş olan kimsenin iflâsın gerçekleşmesinden sonra düzenlediği bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurmasına müsaade edilmesi hakkaniyete aykırı olacağından; *Iulianus* bu durum için muhtemelen *donatio mortis causa*'nın *iusta causa retinendi* karakterini tanımamıştır. Bizanslı hukukçular ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin olarak tamamen farklı bir görüşe sahip olduklarından (bozucu şarta bağlı *donatio*), klasik hukuk döneminde geçerli olan bu yaklaşıma anlam verememişlerdir. Bu nedenle, Bizanslı hukukçular, klasik dönem hukukçularının konuya ilişkin olarak varmış oldukları hükme yeni bir anlam kazandırmışlar ve yapmış oldukları bu yorumlamayı *donatio mortis causa* ile *legatum*'un *Iustinianus* tarafından eşitlenmesine dayandırmışlardır<sup>677</sup>.

Buna karşılık, klasik hukuk döneminde geçerli olan kurallar gereğince, ölüme bağlı bağışlama muamelelerinin tereke alacaklıları lehine iptal edildiği oldukça şüphelidir. Tereke alacaklılarına karşı öncelikle (özellikle) terekenin değil mirasçıların sınırsız sorumlu olması nedeniyle, *donatio mortis causa* muamelesine başvurulması aslında yalnızca iki durumda söz konusu olmuştur. Bunlardan biri miras bırakanın iflâsı sebebiyle mirasın herkes tarafından reddedilmesi, diğeri ise tereke alacaklılarının *separatio bonorum*'u<sup>678</sup> talep etmeleri ancak müteveffanın malları ile tatmin olmamalarıdır. Fakat bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurmasının bağışlayanın ölümüne bağlı olduğu olgusundan hareketle, her iki durumda da *donatio mortis causa*'nın iptalinden söz edilebilmesinin, bağışlayanın iflâsının da ölüm anına denk gelmesine bağlı olduğu sonucuna varılabilir. Böylece, sadece ölüm ve iflâsın eşzamanlı gerçekleştiği hallerde, bağışlayanın iflâsı, *donatio*'nun hükümlerini doğurmasını engelleyebilmiştir. Ancak böyle bir sonucun gerçekleşme olasılığının

---

<sup>677</sup>SIMONIUS, s. 219.

<sup>678</sup>*Separatio Bonorum*: Müteveffanın alacaklıları ve lehine mal vasiyet edilenler tarafından talep edilebilen bu imtiyaza göre *praetor*, müteveffanın malları ile mirasçının mallarını birbirinden ayırır, bu suretle iki mamelekin birleşmesi önlenmiş olduğundan, müteveffanın alacaklıları, mameleki pasif olan mirasçının, borçları ödeyememesi ihtimalinden kurtulmuş olurlardı. UMUR, Lügat.

son derece düşük olduğu hususunun da göz önünde bulundurulması gerekir<sup>679</sup>.

Cohen'e göre, ödeme gücüne sahip olmayan borçlunun hayattayken yaptığı ölüme bağlı tasarruf muameleleri yüzünden alacaklılarının alacaklarını elde edememeleri ve bu ölüme bağlı tasarrufların iptalinin borçlunun hileli hareket ettiğinin (*consilium creditorum fraudandi*<sup>680</sup>) ispatına bağlanması, hakkaniyete uygun değildir. Bu durum *Iulianus* tarafından *D.39.6.17*'de yer alan düzenlemede ele alınmış ve *donatio mortis causa* ve *legatum*'un bu anlamda aynı hükümlere tâbi tutulmalarının yerinde olacağı kabul edilmiştir<sup>681</sup>. *Iulianus*'a ait olan bu metinde yer alan düzenlemenin, *lex Falcidia*'nın hükümlerinin *donatio mortis causa*'yı da kapsadığı hususunda yayımlanan emirnamenin bir sonucu olduğu yönünde ileri sürülen görüş isabetli değildir. Zira, *Severus*'un emirnamesi *Iulianus*'un bu metni kaleme almasından sonraki bir dönemde yayımlanmıştır<sup>682</sup>.

Bu durumda *actio Pauliana*'ya başvurulmasının gerekli olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, bağışlayanın aciz haline düşmesi üzerine alacaklıları, *donatio mortis causa* ile bağışlanan şey üzerinden alacaklarının karşılanmasını talep ve dava edebileceklerinden, alacaklıların bunu sağlayacak bir hukukî vasıtaya ihtiyaçları olacaktır. *D.39.6.17*'de kullanılan “*rescindi debere*” ifadesinden yola çıkılarak, böyle bir durumda, geçerli olarak kurulmuş muamelenin iptalini sağlayacak bir vasıtaya ihtiyaç duyulduğu sonucuna varılabilir. Ancak *D.35.2.66.1*'de kullanılan “*per aes alienum mortis causa donationes infirmantur*” ifadesinden anlaşıldığı üzere, borçlunun yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar yüzünden malvarlıksal değerleri borçlarını karşılamaya yetmezse, bu tasarruflar ile lehlerine kazandırmada bulunulan kişiler hiç bir şey elde edemezler. Böyle bir durumda nasıl ki *legatum*'ların ifası gerekmezse, ölüme bğlı bağışlamaların da ifası gerekmez ve bu bağışlamalar geçerliliğini kaybetmiş olur. Cohen'e göre, her iki metinde yer alan düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, *D.39.6.17*'deki düzenlemenin esas alınması daha isabetli olur. Zira, *D.35.2.66.1*'de yer alan düzenleme esas alınır, terekenin borca batık olması halinde *legatum*'dan doğan

<sup>679</sup> SIMONIUS, s. 219-220.

<sup>680</sup> *Consilium Fraudandi*: Bir borçlunun yaptığı hileli muamelelere alacaklıları tarafından itiraz edilebilmesi için kendisinde aranan “alacaklılarını aldatma niyeti”. Kendisini aciz haline düşüreceğini bildiği muameleleri yapan borçluda da bu niyetin bulunduğu kabul edilirdi. UMUR, Lügat.

<sup>681</sup> Bu konuda bkz. *D.35.2.66.1*. Aynı yönde bkz. LIEBS, Schenkung, s. 1023.

<sup>682</sup> COHEN, s. 153.

borcun ifa edilmeyeceği ve bu durumda *legatum*'ların geçersizliğinden değil sadece herhangi bir etkiye sahip olmadıklarından (*non debentur*) söz edilebileceği yönünde varılan sonuç ölüme bağlı bağışlamalar için de geçerli olacaktır. Ancak bağışlayan, *donatio mortis causa* muamelesi ile terekisi üzerinde tasarruf etmemekte ve bu muamele terekenin açılmasından önce hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Böylece, terekenin borca batık olmasının *donatio mortis causa* üzerindeki etkisi, yalnızca *donatio mortis causa*'nın geçmişe etkili olacak şekilde fesh edilebilmesi olup, aynı sonuç terekenin borca batık olduğunun henüz bilinmediği dönemde yerine gertirilen vasiyetnameler (*testamentum*) için de geçerlidir (D.42.9.6.13). Buna karşılık, ancak bağışlamanın derhal ifa edilmediği hallerde farklı bir sonuca varılması gerekecektir. Bu durumda, *donatio mortis causa*'nın bozucu şarta bağlanmak suretiyle derhal ifa edildiği hallerde muamelenin geçmişe etkili olarak feshini sağlayan bir hukukî vasıta olan “*actio Pauliana*”, *donatio mortis causa*'nın geciktirici şarta bağlandığı ve derhal ifa edilmediği hallerde ise muamelenin iptal edilebilmesi için başvurulabilecek bir yol olacak ve böylece bir *actio utilis*<sup>683</sup>,in varlığından söz edilecektir. Cohen'e göre bu açıklamalardan yola çıkılarak, alacaklıların haklarının bu haklar henüz ihlâl edilmeden önce korunmasının da *actio Pauliana*'nın esaslarından biri olduğu ve bağışlayanın cayma hakkından feragat ettiği hallerde de bu davaya başvurulabileceği sonuçlarına varılabilir<sup>684</sup>.

#### 4. İade Borcunun Kapsamı

Bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi halinde doğan iade borcunun kapsamı göstermektedir ki; bağışlanan, mülkiyetin intikaline rağmen, bağışlayanın ölümünden önce kendisine *mortis causa* temlik edilen malı gerçek anlamda bir bağış olarak elinde bulundurmamıştır. Bu durumda, sadece temlik edilen malın kendisi değil, aynı zamanda bu süre zarfında maldan elde edilen semerelerin de iadesi talep edilebilmiştir<sup>685</sup>:

D.12.4.12 (*Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam*): *Cum quis mortis causa*

<sup>683</sup> *Actiones Utiles*: Mevcut olan bir *ius civile* davasının ve bazen bir *praetor* davasının uygulama alanını genişletmek için, genellikle *intentio*'ya bir *fictio* (faraziye) eklemek suretiyle, *praetor*'un yarattığı dava çeşidine verilen isim. UMUR, Lügat.

<sup>684</sup> COHEN, s. 153-154.

<sup>685</sup> SIMONIUS, s. 220.

*donationem, cum convaluisse donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum et partus et quod adcrevit rei donatae repetere potest.*

*D.22.1.38.3 (Paulus libro VI ad Plautium): Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita condictio nascatur.*

Böylece, aslında bağışlama muamelesinin olağan bir sonucu olan, bağışlananın bağışlama konusu maldan yararlanabilmesine, bağışlayan hayatta olduğu sürece büyük ölçüde olanak verilmemiş ve muamelenin hükümlerini doğurup doğurmayacağı hususunun askıda olduğu süre boyunca, bağışlananın mülkiyet hakkını elinde bulundurması bağışlama karakterine sahip olmayıp taraflar arasındaki itimada dayalı ilişkiden kaynaklanmıştır<sup>686</sup>.

Geciktirici şarta bağlı bağışlama muamelesinin varlığı halinde bağışlama konusu maldan elde edilen semerelerin durumunun ne olacağı, hukukî yapısı itibarıyla *donatio mortis causa*'ya yakın olan *dotis datio ante nuptias*<sup>687</sup> aracılığıyla

<sup>686</sup> SIMONIUS, s. 220.

<sup>687</sup> *Dos* evliliğe bağlı olmakla birlikte daha önce de tesis edilebilir. Müstakbel kocaya verilen bu mallar üzerinde mülkiyetin iktisabı derhal olabileceği gibi “*nuptiis secutis*” şartına da bağlanabilir. İkinci halde, mülkiyetin nakli evliliğin gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlanmış olur. Fakat bu noktada bir ayırım daha yapmak ve durumu aydınlatmak gerekir. Kocanın “iktisap etmesinden” söz edilmesi halinde iki türlü iktisap söz konusu olabilir. Bunlardan biri “mülk olarak iktisap” diğeri ise “*dos* olarak iktisap”tır. *Dotis datio*'nun konusu olan şeylerin ancak evliliğin tahakkuku halinde *dos* olabileceklerine şüphe yoktur. Müstakbel koca eşyaları temellük etmiş olsa bile evlenme anına kadar bu şeyler *dos* sayılmazlar. Örneğin *dos* eşyanın hasılatı o ana kadar kocaya ait olmaz (D.23.3.47). Daha doğru bir ifade ile durum şöyle izah edilebilir: Koca “*fructus*”u her zaman alabilir. Fakat ancak evlenmeden sonrakiler *dos*'un semereleri sayılacağından “*restitutio dotis*”de talep edilemez. Evlenmenin gerçekleşmemesi halinde kocaya karşı “*condictio*”açıldığında toplanan bütün semerelerin de tazmini talep edilecektir. Aynı sebepten dolayı evlenme anına kadar cereyan eden *usucapio* “*pro suo*” olduğu halde sonradan “*pro dote*” olur. *Dotis datio ante nuptias*'da kocanın iktisap ettiği hakları tesbit edebilmek için bir ayırım yapılması gerekir. *Dotis datio* için *mancipatio* veya *in iure cessio* kullanılmış olabilir. Bu muameleler “*actus legitimi*” idi (D.50.15.77). Şarta bağlanmalarına imkân yoktu. Aksi halde bu muameleler hükümsüz olurdu. *Mancipatio* veya *in iure cessio* ile kocaya geçen mülkiyet hakkı tamdı. Ancak, bir “*datio ob causam*” mahiyetinde olduğundan evliliğin meydana gelmemesi halinde (*nuptiis non secutis*), kocaya intikal etmiş olan malların iadesi talep edilebilirdi. Fakat bu, geciktirici bir şartın gerçekleşmemesi veya bozucu bir şartın varlığına dayanan bir iade talebi değildi. Zaten böyle olsaydı mülkiyet intikal etmemiş olurdu. “*Causa dotis*” verilmiş bir şey “*sine causa*” iktisap edilmiş de sayılamazdı. Bu nedenle “*sine causa*”ya dayanan talep hakları da yoktu. Bu sebeplerden ötürü “*dotis datio*”, “*dos*” taahhütlerinden ayrılır. Zira *dos* taahhütleri kural olarak evliliğin gerçekleşmesi ile hüküm ifade ederdi. Klasik hukukta *dotis datio*'da müstakbel kocanın derhal malik olduğunu, *ante nuptias* iktisap edilen *dos* eşyada *usucapio*'nun “*pro dote*” değil “*pro suo*” işlemesi gösterir. Diğer taraftan *dotis datio ante nuptias*'da iade taleplerinden söz edildiğinde daima “*condictio*” yoluna işaret edilmektedir. Eğer müstakbel koca mülkiyeti iktisap etmeseydi, *rei vindicatio*'dan söz edilirdi. Malları temlik etme imkânına sahip olması da, müstakbel kocanın derhal malik olduğunu gösterir. *Dos* eşya için temlik yasağı getiren *lex Iulia*, “*dotis datio ante nuptias*”da uygulanmamaktadır. Son olarak belirtilmelidir ki, D.23.3.7.3, D.23.3.8, ve D.23.3.9 pr.'da

açıklanabilmektedir. Evliliğin gerçekleşmesinden önce elde edilen semereler, *dos*'un hesabında dikkate alınırdı. Evliliğin gerçekleşmesi halinde ana mal ve bundan elde edilen semereler bir bütün halinde *dos*'u teşkil etmiş, evlilik birliğinin kurulmaması halinde ise, yine bir bütün halinde bu malların tamamının iadesi talep edilmiştir (*D.22.1.38.12, D.23.3.7.1*). Kadın veya onun tarafından bir kimsenin, malvarlıksal bir değer mülkiyetini devretmek suretiyle cihaz tesis etmesi (*datio dotis*) halinde devredilen malların ancak evliliğin gerçekleşmesiyle birlikte *dos* olarak kabul edilmesinde olduğu gibi; *donatio mortis causa*'nın varlığı halinde de ancak muamelenin hükümlerinin bağlandığı geciktirici şartın gerçekleşmesi yani bağışlayanın kendisini bu muameleye sevk eden hastalık yüzünden bağışlanandan önce ölmesi halinde bir bağışlama konusu malın varlığından söz edilebilmiştir. Yine burada da, sadece bağışlama konusu mal değil, bağışlananın *datio*'ya dayanmak suretiyle bu iki zaman dilimi arasında elde ettiği semereler de hesaba katılmıştır. Bağışlama konusu malın, bağışlayanın ölümü üzerine bu şekilde yeniden yapılandırılması haline *D.32.3.3*'de yer alan düzenlemede rastlamak mümkündür<sup>688</sup>:

*D.32.3.3 (Ulpianus libro I fideicommissorum): Sed si habenti tibi proprietatem usum fructum mortis causa cessero, potest dici fideicommittere me posse. Nec quemquam moveat, quod usus fructus solet morte extinguere: nam medii potius temporis, quo vivat qui donavit, commodum cogitemus.*

*D.12.4.12*<sup>689</sup>,de yer alan düzenlemede de bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi halinde iade borcunun kapsamı semerelerin de hesaba katılması suretiyle belirlendiğinden, bu hesaplama şekline

---

yer alan düzenlemelerin, dil bakımından klasik hukuka mal edilemeyecek pek çok ifade içermesi, bu üç metnin klasik hukuk dönemindeki durumu değil *Iustinianus* hukukundaki durumu gösterdiğini ortaya koymaktadır. Tüm bu sebeplerden ötürü, müstakbel kocanın *dotis datio*'da mülkiyeti derhal ve tam olarak iktisap etmesi *mancipatio* ve *in iure cessio* için klasik hukukun kabul ettiği tek hal tarzıydı. Evlilik bu muamelede bir "*causa futura*" olup mülkiyetin intikal etmesi veya etmemesini değil, zaten intikal etmiş mülkiyet hakkının ve semerelerden yararlanmanın hukukî mahiyetini açıklığa kavuşturmaktadır. Muamele "*datio ob causam*" addedilmekte "*nuptis non secutis*" halinde veren tarafa bir *condictio* tanınmaktadır. *Dotis datio*'nın *traditio* ile yapılması halinde, *traditio*'da muamelenin şarta bağlanması mümkün olduğundan *dos*'u tesis eden kişi, evliliğin gerçekleşmesine kadar *dos*'un maliki kalır ve şartın tahakkuk etmemesi halinde *rei vindicatio* ile malın iadesini talep edebilirdi. AYİTER, K., Klasik Roma Hukukunda "Dos"un Tesisi, Ankara 1958, s. 97-102.

<sup>688</sup> SIMONIUS, s. 220-221.

<sup>689</sup> *D.12.4.12 (Paulus libro VI ad legem Iuliam et Papiam): Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisse donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum et partus et quod adcrevit rei donatae repetere potest.*

dayanıldığı sonucuna varılabilir<sup>690</sup>.

Semerelerin iadesi için başvurulacak hukukî vasıta olan *condictio*'nun klasik hukuk dönemindeki özellikleri bu konuda bazı sorunlara sebebiyet vermiştir. Zira bu dönemde sebepsiz zenginleşmenin varlığından söz edilebilmesi için, mülkiyetin nakledilmiş olması (*datio*) gerektiği gibi, *condictio* bir dar hukuk davası olduğundan zenginleşme miktarı değil sadece haksız elde edilen belli bir mal (*certa res*) geri istenebilirdi<sup>691</sup>.

Simonius'a göre, birden fazla malın *condictio* ile talep edilmesi mümkün olduğundan, davalının bunu talep etmiş olması şartıyla, *formula*'nın *condemnatio* kısmı, "*quanti ea res est*" ifadesi sayesinde, bağışlama konusu malın semereler de hesaba katılmak suretiyle tesbit edilen değerine ilişkin olabildi. İhtilâfın sınırlarının tesbit edildiği *litis contestatio*<sup>692</sup> aşamasında, bağışlama konusu malın bizzat kendisi

---

<sup>690</sup> SIMONIUS, s. 221.

D.39.6.22 (*Africanus libro I quaestionum*): *In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.*

Metinde belirtildiği üzere, bağışlananın bağışlama konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkını elde etmesi hususunun ele alındığı hallerde, iktisap anının tesbit edilebilmesi için esas alınması gereken zaman dilimi muamelenin düzenlendiği an olmayıp, bağışlayanın ölüm anıdır.

<sup>691</sup> SIMONIUS, s. 221. Sebepsiz zenginleşmenin varlığı için klasik hukuk devrinde, bir malın mülkiyetinin nakledilmesi ve bu mülkiyet naklinin sebepsiz olarak, mevcut olmayan bir sebebe dayanarak yapılmış olması şeklinde iki şart aranıyordu. Ayrıca bu dönemde, müktesip, malvarlığı arttığı oranda, mevcut zenginleşmeyi iadeyle yükümlü değildi. Zira, Roma hukukunda klasik devirde *condictio* dar hukuk davası olduğundan, bu dava ile zenginleşme değil ancak haksız elde edilen belli bir malın (*certa res*) veya belli miktar paranın (*certa pecunia*) iadesi istenebilirdi. Başka bir deyişle, zenginleşme iktisap oranından fazla olsa bile istenemezdi. Örneğin borç olmayan bir miktar para hataen ödenmişse, ancak para geri istenebilir, faiz talep edilemezdi. TAHİROĞLU, Borçlar, s. 278. Gerek *legis actiones* gerekse *formula* usulünün kullanıldığı dönemlerde, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi açısından, iade borcunun kapsamına ilişkin olarak meydana gelen değişikliklerin gözetilmesi ve davalının bugün Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi iyiniyetli olması şartıyla elinde kalan miktar ile sorumlu tutulması veya iktisap konusu şey ne halde bulunuyorsa o haliyle iade etmesi tarzındaki düşünceler temel ilke ya da genel kural olarak mevcut değildi. Başka bir ifadeyle, Roma hukukunda ilke olarak bugün anladığımız anlamda, sebepsiz zenginleşme halinde borçlunun elinde kalan ile sorumluluğunu sağlayan genel bir ilkenin var olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte gerek klasik hukuk döneminde gerekse Iustinianus hukukunda borçlunun iade ile yükümlü olduğu miktardan veya şeyden iade anında elinde kalanla sorumlu olduğunu (*quanto locupletior factum est*) kabul eden *condictio* dışı bazı düzenlemelerin olduğu göz ardı edilememelidir. Buna göre, gerek eşler arasındaki bağış yasağı çerçevesinde iade ile yükümlü tutulan fakat kocası tarafından verilen hediyeleri harcamış ya da tüketmiş olan evli kadının gerekse yasal temsilcisinin muvafakatı olmadan borç altına giren küçüklerin ve kısıtlıların korunması amacıyla, sorumluluğun elde kalan miktarla sınırlanması istisnâ olarak kabul edilmiştir. ULUSAN, s. 94-99.

<sup>692</sup> *Formula* yargılamasında, *magistra* önünde gerçekleşen *in iure* (*in ius*) aşamasında hazırlanan, *litis contestatio* ile artık son şeklini alan dava *formula*'sı, davayı görececek olan yargıç veya yargıçlara hitap edecek şekilde hazırlanırdı. *In iure* aşaması, davanın saptanması anlamına gelen *litis contestatio* ile sona ermekteydi. Davanın saptanması ile çekişmeli durumu çözecek yargıç (hakem) seçilir, çekişmeli durumun sınırları belirlenir ve yargıca neye dayanarak, ne şekilde karar vereceği açıklanırdı. Yargıç önündeki aşama olan *apud iudicem* (*in iudicio*) aşamasında taraflar seçmiş oldukları yargıcın

*certa res*<sup>693</sup> olarak nitelendirilebileceği gibi, bağışlama konusu mal ve dava öncesinde bu maldan elde edilen semerelerin tamamı da *certa res* olarak nitelendirilebilmiştir<sup>694</sup>.

## C.İcraî Muamele

### 1. Aynî muamele Olarak Donatio Mortis Causa

Şarta bağlı olmayan bir hukukî muamele, örneğin olağan bağışlama muamelesi, bağışlama konusu malın niteliğine göre yapılan tasarruf işlemi vasıtasıyla derhal ifa edilmekte ve taraflar arasındaki bu sebebe bağlı (*causa donationis*) ilişki hem *iusta causa traditionis*'e hem de *causa retinendi*'ye dayanak teşkil etmekteydi. Ancak, *donatio mortis causa*'da olduğu gibi, muamelenin temelinde yatan hukukî sebebin (*causa donationis*) geciktirici şarta bağlandığı hallerde farklı bir durum ortaya çıkmaktaydı. *Donatio mortis causa*'nın hükümlerini doğurmasının, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalık yüzünden bağışlanandan önce

---

huzurunda iddia ve savunmalarını gerçekleştirir, delillerini sunarlardı. Bütün bu aşamaların sonunda, yargıç edindiği kanaate göre karar verirdi. UMUR, Ders Notları, s. 223-224. *Formula* yargılamasında *litis contestatio* çok önemli rollere sahipti. Öncelikle, *litis contestatio* davalı ve davacı arasındaki çekişmeyi sona erdirir, iki taraf arasında çekişmeli bir husus hakkında anlaşmaya varıldığını gösterirdi. Diğer taraftan *litis contestatio*, dava sürelerini askıya alırdı. Yargıcın kararında esas alacağı hususlar, *litis contestatio*'nun yapıldığı ana göre belirlenir ve yargıç, *litis contestatio*'nun yapılmasından sonra ortaya çıkan değişiklikleri, yenilikleri değerlendirmeye alamazdı. Son olarak *litis contestatio*, her türlü iddiayı, belirli miktardaki paranın talep edilmesi şekline dönüştürdü. VENTURA, M., Roma Hukuku, İstanbul 1934, s. 196-200; SOHM, s. 285-286. *Formula* yargılamasında kesin hüküm kavramı, *litis contestatio*'nun (uyuşmazlığın saptanması) çekişmeli durumu sona erdirici özelliği ile doğrudan ilişkiliydi. *Litis contestatio* ile, taraflar arasında bir anlaşma olduğu ve bu anlaşma neticesinde taraflar arasındaki çekişmeli durumun sona erdiği kabul edildiğinden, bu aşamanın tamamlandığı davanın bir kez daha yargılama konusu yapılması imkânsızdı (*bis de eadem re ne sit actio*). SUNGURTEKİN Ö./TÜRKOĞLU Ö., Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 116-117; MOUSOURAKIS, s. 210. *Formula* usulünde *litis contestatio*, anlaşmazlık konusu hukukî ilişkiden doğan borcu ortadan kaldırdığından, aynı anlaşmazlık için yeni bir dava açılması düşünülemezdi. Davacı *litis contestatio*'dan sonra, davasını yargıç önünde yürütmek zorunda olup, bunu yapmazsa, artık ikinci bir kez aynı anlaşmazlık için *praetor* önüne yeniden gitme hakkı yoktur. Bu hukukî sonuç *legis actio*'lar usulünde yargıcın davayı karara bağlamasından sonra ortaya çıkar. Çağdaş hukuk sistemlerinde de aynı durum söz konusudur. Zira, mahkemenin, Yargıtay'ın onayı ile kesinleşen hükmünden sonra aynı konuda yeniden dava açılmaz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 306. Uyuşmazlığın saptanması, *novatio* denilen borcun yenilenmesi sonucunu beraberinde getirmekteydi. Bu aşamadan itibaren, çekişmeli durumdan doğan borç sona erer ve anlaşmadan doğan borç şeklini alırdı. Bir diğer deyişle, Roma hukukunda, *litis contestatio*'ya bir çeşit yenileyici özellik verilmişti. Bir davanın *litis contestatio* aşamasının tamamlanması ile birlikte, dava konusu yapılmış olan borç ilişkisinin yenilenmiş olduğu kabul edilirdi. Bu nedenle, yenilenerek sona ermiş bir borç ilişkisinin, başka bir davanın konusu yapılması mümkün değildi. TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s. 183, dn. 53.

<sup>693</sup> *Res certa*: Ferden ve kat'î şekilde tayin edilmiş, belirtilmiş mal. UMUR, Lügat.

<sup>694</sup> SIMONIUS, s. 222.

ölmesi geciktirici şartına bağlandığı hallerde, şartın gerçekleşmesinden önce sebebe bağlı bir hukukî ilişkinin (Kausalverhältnis) varlığından söz edilemezdi. Buna karşılık, muamele ancak bu şekilde hukukî bir varlık kazanacağından, icraî işlemin (Ausführungsakt) akdin inikadı aşamasında yerine getirilmesi gerekirdi. Bu çelişkinin giderilebilmesi için, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz askıda olduğu dönemde tarafların durumunu düzenleyen ve şartın gerçekleşmesiyle birlikte muamelenin hükümlerini doğurmasını sağlayan özel bir hukukî ilişkiye ihtiyaç duyulmuştur. Bunu sağlayacak hukukî ilişkinin ise aynî muamele (Realgeschäft) karakterine sahip olması zorunluydu. Zira, aynî nitelikteki bu muamele geciktirici şarta bağlı olarak yapılan ve devir işleminin temelinde yatan hukukî sebebi (*causa donationis*) teşkil eden *donatio mortis causa*'nın, şartın gerçekleşmesinden önce ifa edilmesini sağlamıştır. Geçici bir niteliğe sahip olan bu hukukî ilişkinin geliştirilmesi aşamasında, şarta bağlı *traditio* aracılığıyla düzenlenen ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile devir işleminin derhal gerçekleştirildiği ölüme bağlı bağışlama muamelesi birbirinden ayrılmıştır<sup>695</sup>.

Böylece, bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlama sebebi (*causa donationis*) gerçekleştiği anda intikal etmekte ve yalnızca bağışlama konusu mal üzerindeki “zilyetliğin” derhal intikali için bir ön akit (Vorgeschäft) düzenlenmekteydi. Klasik dönem hukukçuları, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin askıda olduğu süre zarfında istirdat talebinde bulunulması halinde, talebin muahtabına *exceptio doli* ileri sürebilme yetkisi tanıyarak, *donatio mortis causa*'ya benzer bir muamele olan *dotis datio ante nuptias*'da olduğu gibi, bu hallerde bir *factum*'dan daha fazlasını gördüklerini ortaya koymuşlardır<sup>696</sup>.

*Donatio mortis causa*'nın geciktirici şarta bağlı olarak düzenlendiği hallerde, gerek *traditio* ile mülkiyetin intikali için, gerekse muamelenin askıda olduğu süre boyunca malın muhafazası için bir *causa*'ya ihtiyaç duyulmuştur. Bu “*causa proxima*”, klasik dönem hukukçuları tarafından aynî akit olarak addedilen sebebe bağlı aynî uzlaşmanın temelinde yer almış ve bağışlama konusu malın devri, neyin kesin bir *causa retinendi* olarak kabul edileceği hususundaki uzlaşmaya bağlanmıştır. *Donatio mortis causa* muamelesi bu haliyle aslında *negotium mixtum cum donatione*

---

<sup>695</sup> SIMONIUS, s. 222-223.

<sup>696</sup> SIMONIUS, s. 223.

niteliğine sahipti<sup>697</sup>.

Simonius'a göre, klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa* muamelesinin en çok başvurulan türünde muamele bozucu şarta bağlı olarak yapılmakta ve bağışlama konusu malın mülkiyeti derhal bağışlanana intikal etmekteydi. Bozucu şartın gerçekleşmesi halinde ise istirdat talebi, *condictio* aracılığıyla ileri sürülmekteydi. Klasik devirde, yalnızca malvarlıksal bir değerın nakline yeten bir hukukî sebebin bu değerin iktisap edende kalmasına yetmediği hallerde değil, ayrıca ifa ile ulaşılmak istenen amaca ulaşamadığı hallerde de haksız iktisap davasına başvurulduğunun kabul edilmesi, ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimsenin *datio* ile ulaşmak istediği amacın tespit edilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir<sup>698</sup>:

Bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatmasının veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesinin istirdat talebinin temelinde yatan sebebi teşkil etmesi mümkün değildir. Zira, anılan durumlarda ulaşamayan netice aslında, bağışlayanın söz konusu tehlike sebebiyle ölmesi veya bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesidir. Bu durumda ise, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlamada bulunmak suretiyle ulaşmak istediği amacın “*datio ut moriar*” olduğu şeklinde mantıksız bir sonucun kabul edilmesi gerekir. Bağışlayanın, bu muamele ile ulaşmak istediği amacın “*dare, ut reddatur*” olduğunun kabul edilmesi ise, sadece devir işleminin saklatma amacıyla yapıldığı hallere uymaktadır. Simonius'a göre, her ne kadar *donatio mortis causa*'nın bazen bağışlama konusu malın saklatılması amacıyla yapıldığı farz edilse de, saklatma amacının yanında, bağışın ölüme bağlı tasarrufta bulunmak amacıyla kullanılmasına sebep olan başka birçok sebep mevcuttur. Ölüme bağlı bağışlama muamelesinin bağışlama konusu malın saklatılması amacıyla yapıldığı varsayımı, savaşa veya seyahate çıkılması hallerine uygun düşmekte, fakat ölüm tehlikesinin bir hastalık sebebiyle baş gösterdiği hallere uymamaktadır. Fakat ölüm tehlikesinin sona ermesi kaynaklarda sıklıkla karşılaşılan “*convalescere* -iyileşme” kavramı ile ifade edildiğinden, ölüm tehlikesinin bir hastalıktan kaynaklandığı hallerin klasik hukuk döneminde ölüme bağlı bağışlama muamelesine başvurulmasının temelinde yatan asıl saik niteliğinde olduğu sonucuna götürmektedir. Bağışlayanın yakalandığı hastalık yüzünden öleceği düşüncesiyle

---

<sup>697</sup> SIMONIUS, s. 223-224.

<sup>698</sup> SIMONIUS, s. 224.

yaptığı ölüme bağlı bağışlama muamelesinin ise bağışlama konusu malın saklatılması gayesiyle uyuşmadığının göz ardı edilmemesi gerekir. Diğer taraftan, bağışlayanın kendi ölümünü değil üçüncü bir kişinin ölümünü dikkate alarak ölüme bağlı bağışlamada bulunduğu hallerde de, bağışlayanı bu muameleyi yapmaya sevk eden saik, bağışlama konusu malın saklatılması gayesiyle uyumlu değildir. Zira bu durumda da, malik, ölüm tehlikesi sebebiyle malı muahafa etme iktidarından yoksun olmadığı için malın saklatılması ihtiyacını doğuracak bir sebep mevcut değildir<sup>699</sup>.

Bu değerlendirmeler ışığında konuya yaklaşıldığında, *donatio mortis causa* muamelesine başvurulmasının asıl sebebinin, bağışlayanın, sahip olduğu malların kendi ölümünden sonraki kaderini tayin etmek amacıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunmak istemesi olduğu sonucuna varılabilir. Ölüme bağlı bağışlama muamelesinin geciktirici şarta bağlandığı hallerde, bağışlama konusu malın zilyetliğinin naklini sağlayan aynî muamelenin de bu amaca ulaşmak gayesiyle düzenlendiği sonucuna varılabilir. Böylece, ifa ile ulaşılmak istenen amacın (Leistungszweck), bizzat geciktirici şarta bağlı bağışlama muamelesi olduğu ve *datio*'nun “*ut donatio mortis causa locum habeat*”, “*ut post mortem meam rem donatam habeas*” şeklinde yapıldığı sonucuna varılabilir. Bu durumda, şartın gerçekleşmemesi halinde bağışlama muamelesi de hükümlerini doğuramayacağından, bağışlama konusu malın iadesi talep edilebilirdi<sup>700</sup>.

D.39.6.35.3'de yer alan düzenlemede ise, *donatio mortis causa*, *datio ob rem* (öngörülen-tahmin edilen bir amaç uğruna devretmek) olarak nitelendirilmektedir<sup>701</sup>. Çok sayıda yazar, farklı gerekçeler ileri sürerek, *donatio mortis causa*'yı *datio ob rem* ile ilişkilendirmekte ve istirdat hakkının *condictio causa data causa non secuta* aracılığıyla kullanılacağını ileri sürmektedir. Schwarz<sup>702</sup> ise, yalnızca, edimin karşı bir edim (*dare, facere, non facere*) elde etme gayesiyle yerine getirildiği hallerin *datio ob rem* olarak nitelendirilebileceğini ve dolayısıyla D.39.6.35.3'deki

<sup>699</sup> SIMONIUS, s. 224-225.

<sup>700</sup> SIMONIUS, s. 225-226.

<sup>701</sup> Bu hallerde, gelecekte bir sonucun gerçekleşeceği düşüncesiyle bir mal devredilmekte, fakat bu sonucun meydana gelmemesi halinde ise bu malvarlıksal değer devri sebepten yoksun hale gelmektedir. *Condictio*'nun bu özel türü önceleri *condictio ob rem* olarak ifade edilmiş, *Iustinianus* ise, *condictio*'nun bu türünü *Digesta*'da, “*condictio causa data causa non secuta*-önceden mevcut olan bir sebebin sonradan gerçekleşmemesi davası” terimi ile ifade etmiştir. ZIMMERMANN, s. 842-843.

<sup>702</sup> SCHWARZ, *Condictio*, s. 118 vd., 135, 166, zikr. SIMONIUS, s. 226.

düzenlemede bağışlama konusu malın iadesi amacıyla başvurulanan *condictio*'nun temelinde farklı bir olgunun yattığını düşünmektedir. Simonius, böyle bir sınırlamanın ne *datio ob rem* kavramı ne de kaynaklar sebebiyle var olmadığını ve *donatio mortis causa*'nın *datio ob rem* olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, *datio ob rem*'in kaynaklar dolayısıyla elimize geçen tanımından anlaşıldığı üzere, “*ob rem dare*” ifadesindeki “*res*” kelimesi klasik dönemin hukuk dilinde “amaç- sonuç” anlamına gelmektedir. Keza, konuya ilişkin kaynaklarda kullanılan “*ut*” kelimesi, muamelenin, bir amaca ulaşılmasına, bir sonucun elde edilmesine yöneldiğini göstermektedir<sup>703</sup>. *Datio ob rem*'e ilişkin olarak *D.12.5.1.1*, *D.12.6.52* ve *D.12.6.65.4*'de yer alan tanım o kadar genel tutulmuştur ki, bunun adeta kapsamlı bir anlama götüren bir karine (Indiz) olarak algılanması mümkündür<sup>704</sup>. Karşı edim elde etmek gayesiyle maldan feragat edilmesinin *datio ob rem*'in alışlagelmiş örneğini teşkil etmesi (*D.12.4.1 pr.*, *D.12.6.65.4*) herhangi bir şeye delalet etmemektedir; çünkü karşı edim, *res*'in en sık görülen türü olduğundan, örnek olarak gösterilmeye elverişli olmuştur. *Condictio*'ya sebebiyet verebilen *datio*'nun farklı türleri zikredilirken, *donatio mortis causa*, asla *datio ob rem*'in yanı sıra özel olarak anılmamış ve *donatio mortis causa*, diğer muameleler ile birlikte, *dationes ob rem* içerisinde özel bir grup oluşturmuştur. *Datio*'nun amacı bir karşı edim elde etmek olmayıp, buradaki *res* daha ziyade, geciktirici şarta bağlı olarak yapılan ve *iusta causa*'yı teşkil eden hukukî muamelenin bir diğer ifade ile yalnızca bir tasarruf ile birleştiğinde hukukî bir anlam kazanan muamelelerin teşekkülüne olanak sağlamıştır<sup>705</sup>.

## 2.Donatio Mortis Causa'nın Kurulması

Bir *iusta causa* (hukuk nizamına uygun sebep) teşkil eden *donatio*'nun (*causa donationis*-bağışlama sebebi) icraî muameleye olan bağımlılığından anlaşıldığı üzere, geciktirici şarta bağlı olarak yapılan bağışlamanın ve bunun ifasına hizmet

<sup>703</sup> Yazara göre, *D.12.6.52*, *D.12.6.65.4*, *D.12.4.1 pr.* ve hatta *D.39.6.35.3*'ün bitiş bölümündeki klasik sonrası hukuk dönemine ait inceleme bu duruma ilişkin örnekler olarak gösterilebilir. SIMONIUS, s. 227.

<sup>704</sup> *D.12.6.52 (Pomp. XXVII ad Q. Mucium): ... ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*

Metinde ifade edildiği üzere, bir amaç için bir şey verildiği hallerde, öngörülen sonuç gerçekleşmezse, verilenin iadesi için dava açılabilir.

<sup>705</sup> SIMONIUS, s. 226-229.

eden *datio ob rem*'in müşterek bir hukukî işlem (Rechtsakt) vasıtasıyla tesis edilmiş olması gerekir. *Donatio mortis causa*'nın kurulmasının merkezinde yer alan *datio* (mülkiyetin veya başka bir hakkın intikali), gerek *datio ob rem*'in, gerekse bağışlamanın temelini teşkil etmiştir. Bağışlama konusu malın derhal devredildiği *donatio mortis causa*'nın ana formunun yanında, şarta bağlı *traditio* da söz konusu olabildiğinden; ölüme bağlı bağışlamada bulunmak gayesiyle icra edilen *traditio*'nun sonuçlarının derhâl mı ortaya çıktığı yoksa askıda mı olduğu hususunun taraflarca kararlaştırılması gerekmiştir. Mülkiyetin derhal intikal ettiği hallerin kaynaklarda daha çok yer bulması ve özellikle benzer bir muamele olan *dotis datio ante nuptias* örneği (*D.23.3.8*, *D.41.9.1.2*) karşısında, *donatio mortis causa*'nın söz konusu olduğu hallerde de, bu husus açıkça kararlaştırılmamışsa, mülkiyetin intikalinin derhal gerçekleştirildiği varsayımında bulunulabilir. Buna karşılık, *datio* ile bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı bir bağışlama muamelesinin kurulmak istendiği hususunun, tarafların irade beyanlarından açıkça anlaşılması gerekir. Bu açıdan yetersiz kalan kaynaklarda iki tür anlaşma ayırt edilebilmektedir. Bunların her ikisinde de, açıkça kararlaştırılması suretiyle, sadece, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike neticesinde ölmesi halinde bir *causa retinendi*'nin mevcut olacağı, yani *datio* ile ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmiştir. Tarafların iradelerinin bu yönde olduğu, bu anlaşmalardan birincisinde doğrudan doğruya *causa retinendi* ifadesinin kullanılmasından, ikincisinde ise bağışlayanın iyileşmesi hali için iadeye ilişkin bir *pactum*'un akdedilmesinden anlaşılmaktadır. Gelecekteki bir olguya dayanan *causa retinendi* şartından, tarafların *datio*'yu gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceği gelecekte anlaşılabilecek olan ve muamele ile ulaşılmak istenen amacı teşkil eden olguya dayandırmak istedikleri, yani bir *datio ob rem*'in mevcut olduğu sonucu çıkmaktadır. İfa ile ulaşılmak istenen amacın (Leistungszweck) *donatio* olması, *causa retinendi*'nin varlığının bir karşı edime bağlı olmadığı sonucuna götürmektedir. Böylece, teslim alan şahsın (bağışlanan), *causa retinendi* askıda olduğu süreçte mutlak bir şekilde zenginleşmediği, aksine, yalnızca vekâlet ilişkisine dayalı bir mülkiyet hakkı (prokuratorisches Eigentum) elde ettiği gerçeği, *donatio*'nun geciktirici şarta bağlanmasının önünü açmıştır<sup>706</sup>.

---

<sup>706</sup> SIMONIUS, s. 234-235.

Taraflar arasında iadeye ilişkin bir anlaşmanın yapılması *datio ob rem* açısından alışlagelmiş bir durum olup, muamele ile ulaşılmak istenen amaca ulaşamaması halinde iade borcunun doğacağı kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında yapılan bu anlaşma (*pactum*) klasik dönem hukukçuları için, *condictio*'nun asıl temelini oluşturmamış, aksine, yalnızca *causa retinendi*'nin açıklığa kavuşturulmasına hizmet etmiştir. Taraflar, yapmış oldukları anlaşma ile ne zaman *causa retinendi*'nin varlığından söz edilemeyeceğini tayin etmişlerdir. Sonuç olarak istirdat hakkı, sadece *causa retinendi*'nin eksikliğine, bir diğer ifadeyle, ifa ile ulaşılmak istenen amaca (*Leistungszweck*) ulaşamamasına dayanmıştır. Bu nedenle *pactum*'da öngörülen durumun gerçekleşmesinin yanı sıra, beklenmedik diğer hadiseler de istirdat hakkının doğmasına yol açabilmiştir<sup>707</sup>.

Kaynaklarda “*mortis causa*” ifadesinin (örneğin *mortis causa tibi do*) kullanılmasının, geciktirici şarta bağlı bağışlama sebebinin ve böylece istirdat hakkının, adeta zımnen kararlaştırıldığı sonucuna varılabilmesi için yeterli olup olmadığından söz edilmemektedir. Bununla birlikte, Roma hukukunun genel kuralları, irade beyanları ile ne ifade edilmiş olursa olsun, muamelenin amacı üzerinde sağlanan mutabakatın burada da esas alınmış olabileceği ihtimalini doğurmaktadır<sup>708</sup>. Hiç şüphesiz, klasik hukuk döneminin sonlarında “*donatio mortis causa*” ifadesinin kullanılmış olması, hukukî işlemin tâbi olduğu şekil kurallarına dair muayyen usulleri akla getirmeye başlamıştır. En azından, “*ulla condicio redhibendi*” ifadesini *donatio mortis causa* muamelesinin varlığına dair bir ön koşul olarak öne çıkaran metinlerden, istisnasız olarak, taraflar arasında açıkça yapılmış bir anlaşmanın arandığını kanıtlayabilecek hiçbir şey çıkarılamamaktadır (*D.39.6.27, D39.6.35.2, D39.6.42.1, Paulus Sent. 3.7.1*). Buna karşılık, bağışlamanın ölüm

<sup>707</sup> SIMONIUS, s. 235-236.

<sup>708</sup> Klasik hukuk devrinden itibaren irade şeklin önüne geçmiş ve klasik hukukçular gerçek iradeyi esas almışlardır. Hukukî muameleler için gerekli irade ve beyan bir bütün olarak düşünülmekte, beyan iradenin açıklanmasına, anlaşılmasına yarayan bir araç olarak görülmekte ve böylece iradeye üstünlük tanınmaktaydı. Buna göre, beyanlar değil iradeler uyuştugu zaman *consensus* vardır ve hukukî muamele meydana gelmiştir. *Consensus*'un oluşup oluşmadığı muamelenin yorumlanması suretiyle saptanır. Klasik hukukçuların bu görüşü müşterek hukukta “irade teorisi” denilen öğretinin temelini teşkil etmiş ve bu öğreti XIX. yüzyıla kadar hâkim kalmıştır. Buna karşılık “beyan teorisi”ne göre, hukukî muamelelerde muahataba ulaşan beyanın esas alınması gerektiği ve gerçek iradenin ancak kişinin beyanından anlaşıldığı ölçüde nazara alınabileceği kabul edilmektedir. Modern hukuk doktrini Pandekt ilmini izlemek suretiyle, hukukî muamelenin meydana gelmesi için gerekli olan irade beyanında beyan ve irade olmak üzere iki unsur bulunduğunu kabul etmekte ve hukukî muamelenin neticelerini dış dünyaya yansıyan irade beyanına bağlamaktadır. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 205, 208-210.

tehlikesi içerisinde yapılması, tek başına *donatio mortis causa*'nın varlığına dair karine teşkil etmemiştir. D.39.6.3-6'da farklı tehlike durumlarının sayılmış olmasından böyle bir karinenin var olduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Zira *Papinianus*, D.39.6.42.1'de yer alan düzeneleme ile açıkça aksi yönde fikir beyan etmiştir<sup>709</sup>:

*D.39.6.42.1 (Papinianus libro XIII responsorum): Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidia causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.*

Metinde belirtildiği üzere, ölmek üzere olan bir kimse, hâkimiyetten çıkarmış olduğu oğluna, iadeye ilişkin herhangi bir şart kararlaştırmaksızın, bağışlamada bulunmuştur. Kendisine bağışlamada bulunulan kişinin erkek kardeşleri ve müşterek mirasçılar (*coheredes*), bağışın, *lex Falcidia* dolayısıyla terekeye iadesini talep etmişlerdir. *Papinianus* verdiği cevapta, sırf ölüm yatağında bağışta bulunduğu için, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlamada bulunduğu sonucuna varılamayacağını ifade etmiştir.

#### **D.Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Yapısı**

Kaynaklarda, klasik hukuk dönemindeki *donatio mortis causa* kurumunun kökenine

<sup>709</sup> SIMONIUS, s. 239. Bağışlamalar, *inter vivos* ve *mortis causa* olmak üzere ikiye ayrılır. *Inter vivos* bağışlamaların hükümleri bağışlayan hayatta iken doğmasına rağmen, *mortis causa* bağışlamaların hükümleri bağışlayanın ölümünden sonra doğar. *Mortis causa* ve *inter vivos* bağışlamalar arasında, bağışlama muamelesinin tâbi olduğu şekil kuralları, bağışlama konusu malın temlik ve bağışlamadan rücu hususunda temel farklılıklar söz konusudur. *Inter vivos* bağışlamalarda, bağışlayan kendi ölümünü tasavvur ederek hareket etmemektedir. Ancak, sadece bağışlayanın ölümünden söz edilmesi, örneğin, “bağışlayan, ölümünden sonra verir” ifadesinin kullanılması, *inter vivos* bağışlamanın niteliğini değiştirerek *mortis causa* bağışlamaya dönüştürmez ve sadece muamelelerin neticeleri ileri bir tarihe ertelenmiş olur. Bir diğer ifadeyle, ölüm, bağışlayanı bu muameleyi yapmaya sevk eden asıl saik olmalı ve bu durum, bağışlayan tarafından kullanılan ifadelerden açıkça anlaşılmalıdır. Bu noktada belirtilmelidir ki, bağışlamanın sağlararası mı yoksa ölüme bağlı mı yapıldığı hususu tamamen tarafların iradesine ve muamele ile ulaşmak istedikleri amaca bağlı olup, bunun tesbiti ise her zaman kolay değildir. Şüphe halinde ise, bağışlamanın *inter vivos* yapıldığı farz edilir. THOMAS, s. 170-171, 174.

ilişkin herhangi bir bilgiye rastlanmamaktadır. Tarafımızca bilinen ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin erken dönem hukuk kuralları (dinî hukuk, *lex Furia* ve *lex Voconia*) sadece, bu muamelenin, hukuk politikasına ilişkin sebeplerden ötürü miras hukuku kurallarına tâbi olduğundan söz etmektedir. Buradan yola çıkılarak, henüz eski hukuk devrinde, bağışlamanın ölüme bağlı tasarruf görevini yerine getirecek şekilde kullanılan bir formunun tanındığı ve bu eski hukuk kurumunun devamlı gelişimi neticesinde klasik hukuk dönemindeki *donatio mortis causa* muamelesine ulaşıldığı tahmininde bulunulması mümkündür. Fakat bu tespitten yola çıkılarak, *donatio mortis causa*'nın başlangıçtaki formu hakkında bir sonuca ulaşılmasını sağlayacak herhangi bir ipucu elde edilemediğinden, muamelenin ana formu araştırılırken, tamamen klasik hukuk dönemi kaynaklarına dayanılmaktadır. *Donatio mortis causa*'nın klasik hukuk dönemindeki formu ise, üç aşama neticesinde meydana gelmiştir<sup>710</sup>:

Ölümünden sonra geride bırakılan malvarlıksal değerlerin kaderini tayin etmeyi amaçlayan ve herhangi bir şarta bağlanmamış olan bağışlama, muhtemelen bu muamelenin başlangıçtaki halini teşkil etmiş ve ölüm yatağında veya benzer bir durumda yapıldığı takdirde, söz konusu amaca hizmet edebilmiştir. Henüz gelişimin bu aşamasında bile, pratik ihtiyaçlar, muamelenin miras hukuku kurallarına tâbi kılınması ve böylece, ölüme bağlı bağışlama ile malvarlıksal bir değer karşılıksız olarak yer değiştirmesi amacıyla bağışlayan hayattayken yapılan bağışlama arasında hukuken bir ayırımın yapılması sonucunu beraberinde getirmiştir. Gelişimin ikinci aşamasında, bağışlama muamelesinin formu kullanım amacı ile uyumlu hale getirilerek muamelenin etkisi veya en azından devamlılık arz eden etkisi ölümünden sonrası ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama, bağışlayana, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması halinde kullanabileceği bir istirdat hakkının sağlanması veya bağışlama sebebinin, bağışlayanın ölümü geciktirici şartına bağlanması ile sağlanmıştır. Son olarak, muamelenin hangi saik altında yapıldığı ile tâbi olduğu şekil arasında yapılan keskin ayırım, sadece muamele düzenlenirken riayet edilen şekle ilişkin kuralların hukukî açıdan önemli olmasına yol açmıştır. Böylece, ölüm yatağında yapılan olağan bağışlama muamelesi (Die gewöhnliche Todbettschenkung) hukukçuların nazarında artık bir ölüme bağlı tasarruf teşkil

---

<sup>710</sup> SIMONIUS, s. 240.

etmemiştir (D.39.6.27, D.39.6.42.1). Bu gelişim süreci, M.Ö. I. yüzyılın ikinci yarısında tamamlanmıştır<sup>711</sup>.

Ölüme bağlı bağışlama kavramı, yalnızca aşama aşama kaydedilen bir gelişim neticesinde ortaya çıkmış olamaz. Burada daha ziyade hukukî bir yaratıcılığın varlığından söz edilebilir. Ölüm yatağında yapılan bir bağışlama muamelesinde, bağışlayanın iyileşmesi ihtimali göz önünde bulundurulmak suretiyle, taraflar arasında iadeye ilişkin şekilsiz bir anlaşmanın (formlose Rückgabevereinbarung) yapılması halinde, bir *stipulatio*'nun veya *fiducia* anlaşmasının mevcut olduğu varsayılabilir. İadeye ilişkin bir *pactum* düzenlenmesi suretiyle ifa edilen bu bağışlamanın, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı bağışlama muamelesinin kurulması amacıyla yapılan bir *datio (ob rem)* olarak yorumlanması ve böylece *condictio*'ya dayanan bir talebin ileri sürülmesine müsaade edilmesi, o dönemin şartlarına göre hukukî açıdan sergilenmiş bir ustalık olarak nitelendirilebilir. Bu ustaca yorumlamanın ne zaman sergilendiğine ilişkin olarak, yalnızca tahmini bir tespitte bulunulması mümkündür. D.12.5.6'da yer alan düzenlemede, *Sabinianus*, “*veteres*” olarak nitelendirilen hukukçuların, *condictio*'yu, haksız surette mal iktisap edilmesi halinde ikame olunacak bir dava (Bereicherungsklage) olarak kullandıklarından söz ederken; D.12.6.52'de yer alan düzenlemede de, *datio ob rem*'den söz edilmektedir. Her iki metinde yer alan düzenlemeler, cumhuriyet döneminin son asırlarında yaşamış olan hukukçuların, bu hukukî yapıyı zaten bildikleri tahminine götürmektedir. Bu yorumlamanın ortaya çıkmış olabileceği en erken zaman dilimi ise, *condictiones certae pecuniae* ve *certae rei*'yi meydana getiren *Leges Silia* ve *Calpurnia*<sup>712</sup>,nın yayınlandığı dönemlerdir<sup>713</sup>.

*Donatio mortis causa*'nın klasik hukuk dönemindeki ana formunun ortaya çıkmasından önce, ölüm yatağında yapılan bağışlama muamelesinin (Todbettschenkung), zaman zaman iadeye ilişkin *stipulatio* (Rückgabestipulatio) ile

---

<sup>711</sup> SIMONIUS, s. 240-241.

<sup>712</sup> *Lex Silia De Condictione*: Konusu muayyen para miktarı olan borçları takip etmek için kullanılacak olan *legis actio per condictioem*'i ihdas eden ve çıkarıldığı sene tam olarak bilinmeyen kanun (M.Ö. 200 civarları). UMUR, Lügat.

*Lex Calpurnia De Condictione*: M.Ö. 200 seneleri civarında çıkarılmış ve konusu muayyen şeyler olan bütün uyumsuzlukları, *legis actio per condictioem* dava şekli ile talep etme imkânını sağlamış olan kanun. UMUR, Lügat.

<sup>713</sup> SIMONIUS, s. 242-243

birleştirildiği düşünülebilir<sup>714</sup>. Her ne kadar, *fiducia*'nın *legis actio*'lar usulüne göre dava edilebilirliği hakkında şüpheler söz konusu olsa da, ister dava edilebilir olsun isterse ahlâk ve din kuralları tarafından korunmuş olsun, uygun durumlarda *pactum fiduciae*'nin de kullanıldığı ihtimal dâhilindedir. Ancak kaynaklarda bu varsayımlara ilişkin hiçbir ize rastlanmaması sebebiyle, *datio ob rem*'in *stipulatio* ve *fiducia*'nın yerine geçtiği sonucuna varılabilir<sup>715</sup>.

Şarta bağlı *traditio* aracılığıyla ifa edilen *donatio mortis causa*'nın ne zaman ortaya çıktığı hususunda ise hiçbir bilgiye sahip değiliz. *Exceptio doli*'nin ne zaman ortaya çıktığından hareket edilerek herhangi bir sonuç elde edilmesi mümkün değildir. Zira, *exceptio doli*, bir malı şarta bağlı olarak iktisap eden kişiyi, şartın askıda olduğu süre boyunca devredinin fikrini değiştirmesi ihtimaline karşı korumuş olsa da, Belassungspflicht *donatio mortis causa*'nın aslî unsurunu teşkil etmemiştir<sup>716</sup>.

#### **E.Donatio Mortis Causa'nın Klasik Hukuk Dönemindeki Yapısının Klasik Sonrası Hukuk Devri ve Bizans Hukuku Devrinde Yorumlanması**

*Donatio mortis causa* muamelesinin klasik hukuk dönemindeki yapısı daha sonraki devirlerde yaşamış hukukçulara anlaşılır gelmemiştir. Sadece muamelenin temelinde yatan düşünceler değil, aynı zamanda *Constantinus*'un bağışlama hukukuna ilişkin olarak yapmış olduğu reform niteliğindeki düzenlemeler (*Fr. Vat. 249*) neticesinde resmî anlamda ortaya çıkan kavram karmaşası da buna sebep olmuştur. Klasik sonrası hukuk döneminde *donatio* kavramı, artık sadece kazandırmanın hukukî sebebi (Kausalverhältnis) olarak anlaşılmamaktaydı. *Diokletianus* döneminden sonraki Roma hukuku (Vulgarrecht<sup>717</sup>), bağışlama kavramını mülkiyetin intikalinin

<sup>714</sup> KARLOWA, s. 946.

<sup>715</sup> SIMONIUS, s. 243.

<sup>716</sup> SIMONIUS, s. 244.

<sup>717</sup> İmparator *Diocletianus* ile başlayan ve *dominatus* rejimine (son imparatorluk devri) denk düşen postklasik (klasik sonrası) devirde (M.S. III-VI. yy) görülen siyasi, ekonomik ve toplumsal sorunlar hukuk hayatına da yansımış ve klasik hukukçuların faaliyeti sona ermiştir. İmparatorluk sınırları içinde yaşayanlar bazı istisnalarla Roma vatandaşı olmuş ve bunun sonucunda herkese Roma hukukunun uygulanması gerekmiştir. Böylece, Roma *civitas*'ının (şehir devletinin) hukuku, imparatorluk hukuku haline gelmiştir. Kültürel seviyesi Romalılara nazaran daha düşük olan batıda (İspanya, Galya) Roma hukukunun uygulanmasında fazla bir güçlükle karşılaşılmamıştır. Fakat Anadolu, Suriye, Yunanistan gibi doğu eyaletlerinde, genel kültür düzeyi yüksek olduğu gibi, Yunan ve doğu hukuk anlayışlarının birleşmesiyle oluşmuş Helen hukuku esasları yerleşmişti. Yerel denebilecek bu hukuk, imparatorluğun hukukuna karşı direnmiş ve ikisi arasında bir etkileşim gerçekleşmiştir. Böylece, uygulamada, yazılı şeklin öneminin artması, mülkiyetin intikalinin semenin

özel bir şekli olarak ele alırken, klasik hukuk dönemi kaynaklarına başvuran *Iustinianus* dönemi hukukçuları ise, bağışlamayı tipik bir hukukî muamele, bir tür rızaî akit olarak yorumlamışlardır. Bu gelişimin *donatio mortis causa* muamelesi açısından doğurduğu sonuçlar ise yıkıcı olmuştur: Klasik hukuk dönemi doktrinin yarattığı ustaca yapı, müteakip hukuk ilminin yeni bir müşterek yapı meydana getiremeyeceği derecede enkaza dönüşmüştür. Kaynaklar vasıtasıyla elimize geçen yapı ise bir yeniden yapılandırma neticesinde ortaya çıkan ve aralarında hiçbir uyum olmayan eklentilerden daha fazlası değildir. Meydana gelen bu karmaşanın içinde bir çıkış yolu bulabilmek için iki sorunun cevabı üzerinde ayrı ayrı çalışılması gerekmektedir: “*Donatio mortis causa* ne idi?” ve “*Donatio mortis causa* nasıl ortaya çıkmıştır?”<sup>718</sup>

*Iustinianus* hukukuna göre ortaya çıkan kavram, yalnızca şarta bağlı *traditio* ile icra edilen *donatio mortis causa* muamelesi açısından anlaşılır niteliktedir. Bizanslı hukukçular, mülkiyet hakkı ve zilyetlik, *causa* ve tasarruf arasındaki keskin ayrımı tekrar kabul ettikten sonra, bu devir şekli kendileri açısından başka bir açıklamaya gerek kalmaksızın anlaşılır bir hâl almıştır. Buna karşılık, kaynaklarda, *donatio mortis causa*’nın ana formunu teşkil eden, mülkiyetin derhal devredildiği ölüme bağlı bağışlama muamelesinin yapısına ilişkin olarak farklı açıklamalar (yorumlamalar) yer almaktadır. *D.39.6.35.3*’de yer alan düzenlemede *donatio mortis causa*, *datio ob rem* olarak nitelendirilmiş<sup>719</sup> ve bağışlayanın, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi halinde istirdat talebinde bulunması, açıkça muamelenin amacı olarak vurgulanmıştır<sup>720</sup>.

*Iulianus*’a ait ve tamamen bozulmuş bir metin olan *D.39.5.1 pr.*’da yer alan

---

ödenmesine bağlanması gibi klasik Roma hukukuna yabancı olan usuller yerleşmeye başlamıştır. Bu devirde hukuk seviyesinin düştüğünü ve hukukun basitleştiğini (Vulgarrecht) söylemek mümkündür. Ancak Roma hukukunun seviyesinin düşmesine yerel hukuklarla karşılaşmasından ziyade, hukuk düşüncesinin basitleşmesi ve klasik hukukçu sınıfına özgü faaliyet tarzının kalkması neden olmuştur. Bu devirde, mülkiyet ile zilyetlik, mülkiyet ile sınırlı aynî haklar arasındaki kesin çizgiler kaybolmuş, borçlandırıcı muamele ile tasarruf muamelesinin sonuçları birbirinden ayrılmaz hale gelmiştir. Yerel hukukların yanında bu devrin Roma hukukunu etkileyen diğer önemli faktör ise Hristiyanlık olmuştur. Hristiyanlık dinine hâkim olan prensipler ise, özellikle kölelik ve aile hukukunda ifadesini bulmuştur. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 79-80.

<sup>718</sup> SIMONIUS, s. 244-245.

<sup>719</sup> *D.39.6.35.3 (Paulus libro VI ad leg. Iul. Et Pap.): Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin conditione repeti possit quasi re non secuta . . .*

<sup>720</sup> SIMONIUS, s. 245.

düzenlemeye bakıldığında ise bambaşka bir tablo ile karşılaşılacaktır. Bu düzenlenmeye göre, *donatio mortis causa*, bozucu şarta bağlanmış bir bağışlama muamelesi niteliğindedir<sup>721</sup>. Bozucu şart, sürekli olmamakla birlikte bazen aynî etkiye sahip olmuştur. Bir taraftan *D.39.6.29*, diğer taraftan *D.39.6.42 pr.*'da yer alan düzenlemelerde *interpolatio*'ya maruz kalmış “*soluta priore donatione, quia Seia Titio superstes fuit*” ifadesi aynî etkiye sahip olmayan bozucu şarta işaret etmektedir. Hatta *D.39.6.30*'da yer alan düzenlemede, muhtemelen *condictio* ile aynî etkili fesihden doğan *rei vindicatio utilis* yan yana düzenlenmiş ve bu hukukî vasıtalarından hangisine başvurulacağı bağışlayanın tercihinin bırakılmıştır<sup>722</sup>.

Klasik hukuk kaynaklı bu formların yanı sıra, *Iustinianus* hukukunda, aynî ölüme bağlı bağışlama muamelesi (*Realschenkung mortis causa*) tamamen yeni bir yapı olarak ortaya çıkmıştır. Bu yeni hukukî yapının varlığı ise, *D.6.2.1-3 pr.*'da farklı parçaların bir araya getirilmesi neticesinde oluşan ifadeden anlaşılmaktadır<sup>723</sup>. Nasıl ki, *possessio pro legato*, *traditio* muamelesi yapılmaksızın iktisap edilebilmiş ise (*D.41.8.8*), Bizanslı derleyicilere göre, aynı şekilde *donatio mortis causa* muamelesinin de, muameleye konu olan mal devredilmeksizin, *actio publiciana*'nın şartlarından biri olan *usucapio* için gerekli zilyetliği (*Usukapionsbesitz*) sağladığının kabul edilmesi gerekir. Anlaşılacağı üzere derleyici, *ius civile* mülkiyetinin (*zivilerm-quiritisches Eigentum*)<sup>724</sup> veya *praetor* mülkiyetinin (*bonitarisches Eigentum*)<sup>725</sup>

<sup>721</sup> *D.39.5.1 pr. (Iulianus libro XVII ad Dig.): . . . Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. Qualis est mortis causa donatio.*

<sup>722</sup> SIMONIUS, s. 246-247.

<sup>723</sup> *D.6.2.1 (Ulpianus libro XVI ad Ed.): Ait praetor: "Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. 1. Merito praetor ait "nondum usucaptum": nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam. 2. Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? Ut puta legatum.*

*D.6.2.2 (Paulus libro XIX ad Ed.): Vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.*

*D.6.2.3 pr. (Ulpianus libro XVI ad Ed.): Sunt et aliae pleraeque.*

<sup>724</sup> Klasik hukuk devrinde, *ius civile* mülkiyetine sadece Roma yurttaşlarının sahip olabileceği ve bu mülkiyet hakkının konusunu taşınmaz olarak sadece İtalya arazisinin ve tüm taşınırınların oluşturabileceği kabul ediliyordu. Bu nedenle eyalet arazileri *ius civile* mülkiyetine konu olamıyordu. *Ius civile*'ye dayanan bu mülkiyet, sadece *ius civile*'nin öngördüğü mülkiyeti devir işlemlerinin yapılmasıyla elde edilebileceğinden, *res Mancipi*'lerin devri *mancipatio* ve *in iure cessio* ile *res nec Mancipi*'lerin devri ise *traditio* ve *in iure cessio* ile yapılabilirdi. GÜNAL, A. N./KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları, Ankara 2002, s. 58.

<sup>725</sup> Roma toplumu kısa zamanda çok hızlı bir gelişme gösterince bir şehir devleti (*civitas*) için oluşmuş hukuk yeni ihtiyaçları karşılamak için yeterli olmamaya başladı. *Praetor*, *ius civile*'nin dikkate almadığı bazı iktisap usulleri ile mal elde eden kimseleri (*in bonis habere* veya *esse-malları* arasında bulundurma veya malları arasında olma), herkese karşı koruyan kazaî vasıtalar ihdas etmişti. *Praetor*,

iktisabı için *donatio mortis causa*'yı, *traditio*'ya ve klasik hukuk döneminde muayyen mal vasiyeti türlerinden biri olan *legatum per vindicationem*'e eşdeğer bir muamele olarak görmüştür. Böylece bu metinde, *donatio mortis causa* muamelesinin tesisi esnasında, muameleye konu olan malın henüz devredilmediğinden yola çıkılmıştır. Muamelenin klasik hukuk dönemindeki formları ile uyumsuzluk arz eden bu anlayış, muhtemelen, *Iustinianus* hukuku tarafından yapılan düzenleme neticesinde, *donatio*'nun dava edilebilir müstakil bir sözleşme haline gelmesi ile açıklanabilmektedir. *Donatio mortis causa* kavramı ile bazen, ölüm şartına bağlanmış bağışlama sözleşmesi (auf den Tod bedingten Schenkungsvertrag) kast edilmiş ve bu sözleşme (Donationskontrakt), genel olarak tasarruf muamelesi niteliğini haiz olmayıp, yalnızca borçlandırıcı etkilere (obligatorische Wirkungen) sahip bir muamele niteliğine bürünmüştür. *D.6.2.2*'de yer alan düzenlemede, *donatio mortis causa* muamelesi muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ile eşitlendiğinden, tarafların

---

mal ile şahsı öyle bir ilişki içine sokmaktadır ki, sonuçta ilgili şahıs, zamanaşımı ile malın *ius civile* maliki olacaktır. Modern hukukçular, ekseriya bu ilişkiyi *praetor* mülkiyeti olarak ifade etmektedirler. Çünkü *ius civile*'nin himaye vasıtası tanımadığı bazı ilişkileri, *praetor* kazaî fonksiyonuna dayanmak suretiyle himaye etmiş ve kurum bunun sonucunda doğmuştur. TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 29-30. *Ius civile* mülkiyetinin kazanılabilmesi için, *ius civile*'nin öngördüğü devir işlemleri olan *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* muamelelerinden birinin yapılması gerekirdi. Bu devir işlemleri, Roma'nın bir şehir devleti olduğu, ekonominin tarıma dayandığı ve malların çok fazla el değiştirmedikleri dönemlerde ortaya çıkmış, uzun merasimleri gerektiren işlemlerdi. Sınırların genişlemesiyle birlikte yabancılarla ticari ilişkilerin artması, ne *mancipatio* ne de *in iure cessio*'nun ticari hayat için gerekli çabukluk ve elastikiyeti sağlayamaması sonucunu beraberinde getirmiş ve *res Mancipi* malların daha pratik bir muamele olan *traditio* ile devredilmesini uygulamaya sokmuştur. Ancak bir *res Mancipi*'yi *traditio* ile devralan kişi *ius civile* mülkiyetini kazanamıyordu. *Praetor*'lar bu toplumsal gerçekliğe ilgisiz kalmamışlar ve *traditio* ile devredilen bir *res Mancipi*'nin *ius civile* maliki tarafından *rei vindicatio* ile geri istenmesi halinde malın zilyedini "satılmış ve teslim edilmiş mal def'i" (*exceptio rei venditae et traditae*) ile pasif olarak korumaya başlamışlardır. Böylece malın zilyedi Roma yurttaşı ise *ius civile* mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanabiliyordu. Bu hukukî durum, M.Ö. 1. yy.'da *actio Publiciana in rem* adı verilen *praetor* davası ile aktif olarak da korunmaya başlanmıştır. Böylelikle, bu tür zilyetlerin durumu daha da kuvvetlenmiştir. Buna göre, *res Mancipi* niteliğindeki bir malı *ius civile*'nin aradığı usullerle devralmadığı için mal üzerindeki *ius civile* mülkiyetini sadece zamanaşımı yoluyla kazanabilecek durumda olan zilyet, zamanaşımı süresi dolmadan önce malın zilyetliğini kaybederse, aynı bir dava niteliğinde olan *actio Publiciana in rem*'i herkese karşı açarak malın kendisine iadesini sağlayabiliyordu. ERDOĞMUŞ, B., Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem, İstanbul 1984, s. 129-130; GÜNAL/KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 59-60; Bu konuda ayrıca bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 136-139. *Actio Publiciana in rem*, esas itibarıyla *ius civile* nazarında malik olmamakla birlikte hasmına nazaran malı zamanaşımı zilyetliğinde (*possessio ad usucapionem*) bulundurmakta haklı olan kimseleri koruyordu. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 58. *Actio Publiciana in rem* bir "actio ficticia" (faraziye, kurguya, varsayıma dayanan dava) idi. *Praetor*'ların, bazı durumlarda, *ius civile*'nin öngördüğü bir durum için tanıdığı bir davayı, o durumu yaratan koşullardan birinin eksik olduğu durumlarda da, sanki o koşul da varmışçasına uyguladıkları hallerde "actio ficticia"nın varlığından söz edilirdi. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 302. Ayrıca belirtilmelidir ki *actio publiciana in rem*, sadece, romanist doktrinde *boniter* malik olarak vasıflandırılan kişiler tarafından değil, bir malı malik olmayan bir kimseden iyiniyetle teslim almış fakat zamanaşımı ile iktisap edemeden zilyetliği kaybetmiş olan iyiniyetli eski zilyetler tarafından da açılabilirdi. Ancak iyiniyetli ve zamanaşımı ile iktisap edebilecek zilyetlerin himayesi davanın ihdasında sadece talî bir rol oynamıştır. ERDOĞMUŞ, s. 130.

*donatio mortis causa* muamelesi düzenleneceği hususunda anlaşmalarının, bağışlama konusu malın mülkiyetinin bağışlayanın ölümü halinde kendiliğinden karşı tarafa geçmesi (automatischen Eigentumsübergang) sonucunu doğuracağı açıkça ifade edilmiştir<sup>726</sup>.

Bağışlayanın iyileşmesi veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinin bozucu şart olarak muameleye eklenmesi veya istirdat talebinin dayanağını teşkil etmesi, bağışlama muamelesini *donatio mortis causa* muamelesine dönüştüren klasik hukuk dönemi öğretisini yansıtmaktadır. *D.39.6.35.2*, *D.39.6.35.3* ve *D.12.1.19 pr.*'da İstirdat talebi açısından; *D.39.6.42 pr.*'da ise muamelenin bozucu şarta bağlanması açısından açıkça bu görüşe yer verilmiştir. Derleyiciler, bir malın bağışlanmasının (Vergabung) *donatio mortis causa* olarak kabul edilmesini “*ulla condicio redhibendi*”ye bağlayan metinleri (*D.39.6.27* ve *D.39.6.42.1*) ele alırken de bu noktadan hareket etmişlerdir. *D.39.6.42 pr.*'da olduğu gibi, klasik hukuk döneminde, edimin iadesini sağlayan durumlara ilişkin olarak taraflar arasında yapılan bir anlaşmanın mevcudiyeti, söz konu işlemin kendiliğinden ölüme bağlı bağışlama olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermekle kalmamış, aynı zamanda bu hukuk kurumu için geçerli olan kuralların, üzerinde çok fazla düşünülmeden uygulanmasına da (schmatischen Anwendung) yol açmıştır. Böylece, bağışlama muamelesi, taraflar arasındaki diğer anlaşmalara rağmen, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, kendiliğinden ortadan kalkmıştır. *Bas*<sup>727</sup>. *23.1.19*'da yer alan düzenlemede, gerek bağışlayanın pişman olması, gerekse kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup iyileşmesi veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinde istirdat hakkının açıkça kararlaştırılmasına gerek olmadığından, zira bunun *donatio mortis causa* muamelesinin tabîi bir sonucu olduğu ve kendiliğinden ortaya çıktığından söz edilmiş olması çelişkili bir durum yaratmaktadır. Bu noktada, bir bağışlama muamelesinin, muamelenin esaslı unsuru niteliğinde olan istirdat hakkı kararlaştırılmaksızın *donatio mortis causa* muamelesine nasıl dönüşebildiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun, *Iustinianus*'un *donatio mortis causa* muamelesi için olağan bağışlama muamelesinden farklı ve özel bir tesis şekli tayin ettiği *C.8.56.4*'de

<sup>726</sup> SIMONIUS, s. 247-248.

<sup>727</sup> *Basilica: Institutiones, Digesta ve Codex*'ten alınmış kurallardan oluşan, yunanca dilinde yazılmış altmış kitap halindeki toplama Bizans hukuk eseri. Filozof Leo'nun (888-911) emriyle yapılmış, Bizans hukukçularının yorum ve açıklamaları da, *Iustinianus*'un hukuk kurallarına eklenmişti. UMUR, Lügat.

yer alan düzenlemeye bakılarak cevaplanması mümkündür. Bu düzenlemeye göre, *insinuatio*'nın yerini, *codicilli*'de olduğu gibi muamelenin beş şahidin huzurunda yapılması almış ve bu formun kullanılması suretiyle bağışlama muamelesi, muhtemelen kendiliğinden, *donatio mortis causa* muamelesi halini almıştır. Simonius'a göre, *Nov. 87 pr.*'da ve *interpolatio*'ya maruz kalmış iki metin olan *D.39.6.13.1* ve *D.39.6.35.4*'de, esaslı unsurlara ilişkin olarak açıkça yapılmış bir anlaşma (ausdrückliche Abreden Naturalia) olmaksızın, beş şahit huzurunda yapılan muamelenin, genel karakterini yitirmeden *donatio mortis causa* olarak nitelendirildiği görülmekte ve *donatio mortis causa* muamelesinin istirdat hakkı kararlaştırılmaksızın kurulmasının mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>728</sup>.

*D.39.6.35.2*, *D.39.6.35.3* ve *D.12.1.19 pr.*'da iadeye ilişkin olarak yapılan anlaşma (Rückgabevereinbarung), *datio ob rem*'e sebebiyet verirken; *D.39.6.42 pr.*'da ise bozucu şartın varlığı sonucuna götürmüştür. *D.39.6.13.1*'de ise, muhtemelen tesis edilme şekli neticesinde *donatio mortis causa*'ya dönüşen hukukî işlem, *synallagma*<sup>729</sup>,nın veya *datio ob rem*'in varlığı sonucuna götürmüştür. Fakat muamelenin tesis edilme şekli (Bestellungsform) ile bozucu şart arasındaki bağlantı için herhangi bir örnek mevcut değildir<sup>730</sup>.

## **X.ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMANIN TAMAMLANMASI VE ASKIDA OLMASI HALLERİ VE ASKIDA OLMA DURUMUNUN YARATTIĞI SONUÇLAR**

### **A.Ölüme Bağlı Bağışlamanın Tamamlanması ve Askıda Olması Halleri**

Ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile olağan bağışlama muamelesi kuruluş bakımından aynı kurallara tâbidir. Ancak olağan bağışlama muamelesinin kurulması neticesinde bağışlananın malvarlığında derhal bir artış söz konusu olurken ölüme bağlı bağışlama muamelesinde böyle bir sonuç söz konusu olmayıp muamelenin hükümlerini doğurması için bağışlayanın veya üçüncü bir kişinin ölümünün beklenmesi gerekir (*D.39.5.1 pr.*, *D.39.6.11*). Bu durumda ölüme bağlı bağışlama

<sup>728</sup> SIMONIUS, s. 250-251

<sup>729</sup> *Synallagma*: Roma hukuk lisanında, iki tarafı birden borç altına sokan hukukî ilişkileri gösteren tâbir: Tam iki taraflı. UMUR, Lügat.

<sup>730</sup> SIMONIUS, s. 251.

muamelesinin hükümlerini doğurması, bu muamele ile ulaşılmak istenen amaç dolayısıyla, bağışlayanın ölümüne kadar ertelenmiş olur. Ancak bu konuda ileri sürülen ve çok sayıda destekçisi olan bir diğer görüşe göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesi kurulduğu andan itibaren hükümlerini doğurur ve artık yalnızca bu muamelenin feshi veya iptal edilmesi söz konusu olabilir. Aslında ölüme bağlı bağışlama muamelesinin ne zaman kurulduğu ve hükümlerini doğurduğu hususu, “*donatio perfecta*”<sup>731</sup> ifadesinin anlamı dolayısıyla tartışmalıdır. Ölüme bağlı bağışlama muamelesine ilişkin birçok metinde bu muamelenin bağışlayanın ölümü ile birlikte tamamlandığı belirtilmekte, buna karşılık, yalnızca *D.39.6.42 pr.*’da yer alan düzenlemede açık bir şekilde bağışlayanın öldüğü andan önce muamelenin tamamlandığından söz edilmektedir (*prior donatio quae dominio translato pridem perfecta est*). Bağışlayanın ölümü ile birlikte, başka herhangi birşeye ve özellikle mirasçılarının mirası kabul etmelerine gerek olmaksızın, ölüme bağlı bağışlama muamelesi hükümlerini doğurmaktaydı (*dies cedens et veniens*<sup>732</sup>). Bu nedenle ölüme bağlı bağışlama, bağışlayanın terekesi üzerinden değil malvarlığı üzerinden yaptığı bir tasarruf muamelesi olup muamelenin hükümlerini doğurması için mirasçılarının aracılığına ihtiyaç duyulmamaktaydı<sup>733</sup>.

Ancak, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, muamelenin kurulması ile hükümlerini doğurmasının farklı zaman dilimlerine tekabül ettiğiidir. Bu nedenle, *donatio mortis causa*, geciktirici şarta bağlı bir muamele (*pendente Rechtsgeschäfte, verzügliche Geschäfte, successiv entstehende Rechtsgeschäfte*) niteliğinde olup muamelenin hükümleri askıdadır (*condicio pendet*<sup>734,735</sup>).

---

<sup>731</sup> *Donatio Perfecta*: Hibe veren tarafından bir daha bozulamayacak ve geri istenemeyecek şekilde, tam ve mükemmel olarak gerçekleşmiş olan hibe. UMUR, Lügat.

<sup>732</sup> *Dies Cedens*: Kendisine muayyen mal vasiyet edilmiş olan kimsenin, o malı iktisap edeceği kesin olarak anlaşıldığı an. Vasiyetçinin ölümü veya, varsa şartın gerçekleşmesi zamanına intibak eden bu andan itibaren vasiyetli, malı fiilen iktisap etmemiş olmakla birlikte, sahibi olduğu bu muntazar hak kendi mirasçılarına intikal ederdi. UMUR, Lügat.

*Dies Veniens*: Vasiyet edilen muayyen malın, vasiyetli tarafından talep edilebilir hale geldiği an. Mirasçının, mirası kabulü anına tekabül ederdi. UMUR, Lügat.

<sup>733</sup> COHEN, s. 45-50.

<sup>734</sup> *Condicio Pendet*: Şartın muallakta bulunduğu, yani gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz belli olmayan zaman. Şartlı muamelenin sonuçlarını doğurmasına engel olurdu. UMUR, Lügat

<sup>735</sup> COHEN, s. 50.

## B.Askıda Olma Durumunun Yarattığı Sonuçlar

Askıda olma durumuna bağlı olarak ortaya çıkan sonuçların malvarlığının temlikine yönelmiş muameleler üzerinde yarattığı etkiler büyük öneme sahiptir. Sağlararası bağışlamalarda muamelenin kurulmasıyla birlikte “malvarlığında artış sağlanması” sonucuna derhal ulaşılırken; sözü edilen bu sonuç ölüme bağlı bağışlamalar açısından, bağışlama konusu malın mülkiyetinin bir bozucu şarta bağlı olarak derhal bağışlanana geçirildiği haller istisna olmak üzere, işlemin niteliğine aykırıdır. Zira, ölüme bağlı bağışlamalarda, bağışlayanın ölümü anında bağışlananın sağ olması şeklindeki bir geciktirici şart kendini gösterir. Bu nedenle, malvarlığının temlikine yönelmiş bu muamele açısından gerçekleşmesi gereken sonuç, işlemin kurulmasıyla birlikte derhal sağlanamamakta, aksine bu sonuç bir süre sonra gerçekleşmekte veya hiç gerçekleşmemektedir. Zira bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi mümkün olduğu gibi, bağışlayanın bağışlamadan dönmesi veya bağışlayanda yakında öleceği düşüncesini uyandıran ve onu ölüme bağlı bağışlama yapmaya sevk eden tehlikenin ortadan kalkması da mümkündür. Bağışlayan bu tarz muhtemel durumları göz önünde bulundurarak malvarlığının temlikine yönelik bu muamelede, hareket tarzını bu ihtimallere göre düzenleyebilir<sup>736</sup>.

<sup>736</sup> COHEN, s. 99; BURDICK, s. 430. Hukukî muamelelerde mutlaka bulunması gereken, aksi takdirde muamelenin meydana gelemeyeceği esaslı unsurların (*essentialia negotii*) yanı sıra hukukî muamelede taraf iradesiyle konulabilecek arızî, yan unsurlar da (*accidentalia negotii*) vardır. Bunlardan vade, mükellefiyet ve şart tarafların hukukî muameleleri kendi durumlarına uygun hale sokmak için ekledikleri, en çok rastlanılan kayıtlardır. Vade (*dies*) hukukî muamelede eklenmiş olan gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olgudur. Vade bir takvim günü olarak belirlenmişse bu vadenin hem gerçekleşeceği hem de ne zaman gerçekleşeceği kesindir (*dies certus an certus quando*). Vadenin gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği belli olmayabilir (*dies certus an, incertus quando*). Vade ile şart arasındaki fark vadenin mutlaka gerçekleşecek olmasıdır. Bir diğer ifadeyle askıda olma hali mevcut değildir. Bu nedenle alacak hakkı hemen doğar ancak talep edilmesi taliki vade söz konusu ise vadesinde mümkün olabilir. Vadeli bir borç vadesinden önce ifa edilmişse, şarta bağlı borçtan farklı olarak sebepsiz iktisap davası ile geri istenemezdi (*D.35.1.1.1*). Bir kazandırıcı muamelenin muhtevasına taraf iradesiyle dâhil edilen bir unsura göre, lehine muamele yapılan kimseye belli bir davranışta bulunma mükellefiyeti (*modus*) de yüklenebilir. Roma hukukunda *modus*, daya ziyade bağışlamalarda ve ölüme bağlı tasarruflarda görülmekteydi. Kazandırıcı muameleden faydalanan kimse, bu hakkı, mükellefiyeti yerine getirmeye bağlı olmaksızın iktisap eder. Klasik hukuk döneminin sonlarına kadar mükellefiyetin yerine getirilmesi için açılabilir bir dava esas itibarıyla mevcut değildi. Bu devirde bazı şartlarda bir sebepsiz iktisap davası olan *condictio* açılabilir veya mükellefiyet *stipulatio* ile teminat altına alınabilirdi. Bu takdirde *stipulatio*’dan doğan dava açılırdı. *Iustinianus* döneminde ise genel bir dava niteliğinde olan *actio praescriptis verbis* ile mükellefiyetin yerine getirilmesi istenebilirdi. Şarta (*condicio*) bağlı olarak yapılan hukukî muamelelerde ise muamelenin neticeleri gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği muamele sırasında belli olmayan bir olguya bağlanmıştır. Eğer muamelenin sonuçlarını doğurması gelecekteki tahakkuku şüpheli olayın gerçekleşmesine bağlanmışsa taliki, geciktirici şartın (*condicio suspensiva*) varlığından söz edilir. Buna karşılık muamelenin hükümleri şartın gerçekleşmesi ile sona erecekse infisahi, bozucu şartın (*condicio resolutive*) varlığından söz edilir. Bu durumda muamele hükümlerini derhal doğurur ve şart gerçekleşirse muamele sona erer. Bir muamelenin geciktirici veya bozucu şarta bağlı olup

olmadığı öncelikle yorum meselesidir. Tarafların iradesi yorumlanarak hangi şartın mevcut olduğuna karar verilir (D.18.2.2; D.18.3.1). Geciktirici şarta bağlı olarak yapılan bir muamele açısından hukukî bir belirsizlik söz konusudur. Yani muamelenin hükümlerini doğurup doğurmayacağı belli değildir. Muamelenin hükümleri askıda olup taraflar hukukî yönden bu askıda olma durumu ile bağlıdır. Şartlı bir alacak doğmuşsa, alacaklı şartın gerçekleşmesinden önce ifayı talep edemez (D.50.16.54). Ancak bu hak başkasına devredilebilir, miras yoluyla geçebilir (I.3.15.4), *novatio* ile yenilenebilir veya ibraya konu olabilir, hatta rehinle teminat altına alınabilir. Şart gerçekleşmeden hemen ifada bulunan borçlu, ifa ettiğini *condictio indebiti* ile geri isteyebilirdi. Geciktirici şarta bağlı olarak bir malın mülkiyetini devreden kimse, şart gerçekleşinceye kadar malik kalmaya devam eder (D.40.9.29.1) ve bu arada mal üzerinde tasarruflarda bulunabilir. Ancak yapılan bu tasarruf muameleleri de şartın gerçekleşmesi halinde hükümden düşecekleri için bu muamelelerin de askıda olduklarını söylemek mümkündür. Şart gerçekleşirse (*condicio existit*) hukukî neticeler kendiliğinden (*ipso iure*) doğar. Örneğin bir malı *traditio* ile şartlı devralmış olan kimse malik olur, *stipulatio* ile şartlı alacak elde etmiş olan kimse alacağını talep edebilir. Şart gerçekleşmezse (*condicio deficit*) hukukî muamele ortadan kalkar. Geciktirici şartın gerçekleşmesinden sonra muamelenin hükümlerinin muamelenin yapıldığı andan itibaren yani geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak mı doğduğu yoksa şartın gerçekleştiği andan itibaren mi (*ex nunc*) doğacağı önemli bir sorundur. Şartın gerçekleşmesi halinde hükümlerin muamelenin yapıldığı andan itibaren doğmuş sayılacağı düzenlenmişse (*ex tunc*) muamelenin yapıldığı an ile şartın gerçekleştiği an arasındaki tasarruflar ortadan kalkacaktır. *Ex nunc* etkinin kabul edilmesi halinde ise, aynı tasarruflar geçerliliğini koruyacaktır. Romalı hukukçuların bu konuda her muamelenin özelliğini dikkate alarak *ex tunc* veya *ex nunc* etki lehine vaziyet aldıkları görülmektedir. Ancak *ex nunc* etkinin ağır bastığını söylemek mümkündür. Bozucu şartın kararlaştırıldığı hallerde muamele yapılır yapılmaz doğan neticeler şart gerçekleşince ortadan kalkmaktadır. Burada hükümler *ex nunc* yani şartın gerçekleştiği andan itibaren sona ermektedir. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s. 192-200. Çok tartışılan konulardan biri de şartın gerçekleşmesinin geçmişe etkili olup olmadığı yani muamelenin daha başlangıçtan itibaren mi geçerli veya geçersiz sayılacağı hususudur. Başka bir deyişle, muamelenin şartın tahakkuku anından itibaren mi (*ex nunc*), yoksa muamelenin yapıldığı andan itibaren mi (*ex tunc*) hüküm ifade edeceği tartışmalı bir meseledir. Uzun zaman Roma hukuku düşüncesine göre şartın tahakkuku halinde hukukî muamelenin neticelerinin makale şâmil olduğu zannedilmiş ve bu görüş Fransız Medeni Kanunu tarafından da kabul edilmiştir. Ancak son araştırmalar hususunda aksi bir görüş hâkim olmuş ve bu esas aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu tarafından da kabul edilmiştir. SCHWARZ, s. 251-252. Ölüme bağlı bağışlamanın şarta bağlanması hususunda ileri sürülen bir görüşe göre, *donatio mortis causa* muamelesi geciktirici şarta bağlı olarak yapıldığında, bağışlayan, mülkiyet hakkını saklı tutarak bağışlama konusu malın sadece zilyetliğini nakletmekte ve mülkiyet hakkı ancak bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi halinde bağışlanana intikal etmektedir. *Donatio mortis causa* muamelesinin bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı hallerde ise, bağışlayan, bağışlama konusu malın hem mülkiyetini hem de zilyetliğini bağışlanana devretmekte ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması veya fikrini değiştirip muameleden rücu etmesi halinde, bağışlanan bağışlama konusu malı iade etme borcu altına girmektedir. Bu nedenle, elden bağışlama muamelesinde olduğu gibi ölüme bağlı bağışlama muamelesi açısından da teslim muamelesinin yapılması muamelenin hükümleini doğurması açısından zorunludur. Ancak ölüme bağlı bağışlama muamelesinin kendine has özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, teslim muamelesinin mutlaka fiili teslim şeklinde yapılması zorunlu değildir. Bu açıdan bakıldığında *donatio mortis causa* ile *legatum* arasındaki benzerlik ortaya çıkmaktadır. Gerek ölüme bağlı bağışlama muamelesinde bağışlanan, gerekse muayyen mal vasiyetinde lehdar, bağışlayanın veya vasiyetçinin ölümüne kadar, muameleye konu olan mal üzerinde mutlak (kayıtsız şartsız) bir menfaat elde edememektedirler. Bir diğer ifade ile her iki muamele ile ulaşılmak istenen amaç birbirine benzemektedir. Ancak bu noktada *legatum* ile *donatio mortis causa* arasındaki önemli bir farklılığın göz ardı edilmemesi gerekir; muayyen mal vasiyetinde vasiyetçi hayattayken kendisini kısıtlamamakta ve yalnızca ölümünden sonra terekesini etkileyecek surette hareket etmektedir. Buna karşılık, ölüme bağlı bağışlamada en azından zilyetlik bağışlanana nakledildiği için, muamelenin sonuçları, terekenin akıbeti ile ilgili olmaksızın, doğrudan doğruya bağışlayanın malvarlığı üzerinde doğmaktadır. MACKINTOSH, s. 148-150. Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, *donatio mortis causa* muamelesi bağışlayanın öldüğü andan itibaren bütün hükümlerini doğururken; *legatum*'un söz konusu olduğu hallerde vasiyet edilmiş muayyen malın iktisap edilebilmesi için vasiyetçinin ölümünden sonra mirasçının mirası kabul etmiş olması gerektiğidir. NICHOLAS, s. 269-270.

D.39.6.40'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı olarak düzenlenmiş ölüme bağlı bağışlama muamelesinde, muamelenin hükümlerinin, şartın gerçekleştiği andan itibaren değil, muamelenin kurulduğu andan itibaren doğduğudur. Bir diğer ifade ile şart, makalede şamil bir etki meydana getirir<sup>737</sup>.

Ölüme bağlı bağışlama muamelesi ilk olarak, bağışlayanın ölüm tehlikesi içinde bulunduğu (*periculo imminente commotus*) hallerde ve bu tehlike atlatılırsa bağışlamanın hükümsüz (geçersiz) olması şartıyla, bir kimseye bir malın bağışlanması şeklinde yapılmaktaydı. *Donatio mortis causa periculo imminente* zamanla ölüme bağlı bağışlamanın en çok başvurulan türü haline geldi<sup>738</sup>. Ölüme bağlı bağışlamanın bu türünde bağışlayan, bağışlama konusu malın mülkiyetini kural olarak derhal bağışlanana nakleder ve ancak, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması halinde bağışlanana karşı, bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde ise bağışlananın mirasçılara karşı şahsî bir dava olan *condictio (datio ob rem)* ileri sürmek suretiyle bağışladığını geri alabilirdi. Bu durumda bağışlama muamelesinin bozucu şarta bağlı olarak yapıldığından söz edilmekteydi (*D.40.1.14.15*)<sup>739</sup>.

Ölüme bağlı bağışlamanın bir diğer türünde ise, bağışlama muamelesi geciktirici şarta bağlı olarak düzenlenmekte ve bağışlama konusu malın mülkiyeti ancak bağışlayanın ölümünden sonra ve bağışlananın hayatta olması şartıyla elde edilebilmekteydi. Bir diğer ifadeyle, bağışlama konusu malın mülkiyeti bağışlayanda kalmakta ve yalnızca zilyetlik bağışlanana nakledilmekteydi (*D.39.6.13.1*;

<sup>737</sup> ROBY, s. 531-532.

<sup>738</sup> KARLOWA, s. 945; KASER, RPR I, s. 764; HAUSMANINGER/SELB, s. 364.

<sup>739</sup> HAUSMANINGER/SELB, s. 364; KASER/KNÜTEL, s. 361; MACKINTOSH, s. 148; LEAGE, s. 143; KASER, RPR I, s. 764; BUCKLAND, Manuel, s. 150-151; BUCKLAND, Text-Book, s. 257. Bir görüşe göre, ölüme bağlı bağışlamanın bozucu şarta bağlı olarak yapıldığı ve bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal bağışlanana devredildiği hallerde, şartın gerçekleşmesiyle birlikte, klasik hukuk döneminde bağışlayan mülkiyet hakkının kendisine iadesini talep etmek için yalnızca şahsî bir dava (*condictio*) açma imkânına sahipti. Zira, bu durumda mülkiyet hakkı kendiliğinden (*ipso facto*) bağışlayana dönmemekteydi. Başka bir deyişle aynı etkili feshin varlığından söz edilememekteydi. *Iustinianus* döneminde ise, mülkiyet hakkına ilişkin durum kendiliğinden (*ipso facto*) eski haline dönmüş olduğundan (*D.39.6.18.1*; *D.39.6.37*; *C.6.37.26.1*) bağışlayan aynı bir dava (*rei vindicatio*) açma imkânına sahipti. Ancak *acceptilatio* veya *delegatio* yoluyla yapılan ölüme bağlı bağışlama muameleleri açısından bağışlayan, şartın gerçekleşmesi halinde yalnızca bir *condictio* ileri sürebilirdi (*D.39.6.18.1*; *D.39.6.24*). BUCKLAND, Text-Book, s. 257; BUCKLAND, Manuel, s. 151.

D.39.6.35.4)<sup>740</sup>. Ancak bağışlayan, tehlikeyi atlatması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde, bağışlama konusu malın mülkiyetinin kendisinde olması sebebiyle, *rei vindicatio* ileri sürme hakkına sahip olurdu (D.39.6.29)<sup>741</sup>.

Bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal bağışlanan geçirilmek istenmesi halinde *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* muamelelerinden birinin yapılması zorunluydu. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi ihtimali göz önünde bulundurulmak suretiyle geciktirici şarta bağlı olarak yapılan bağışlama muamelesinde ise, devir işlemi yalnızca *traditio* ile yapılabilirdi. Çünkü *mancipatio* ve *in iure cessio* şarta ve vadeye bağlanamayan muameleler olup bağlandıkları takdirde hükümsüz olurlardı (D.50.17.77). Şartın gerçekleşmesi halinde, bağışlama konusu mal zaten daha önceden bağışlananın elinde bulunduğu için malı geri alıp tekrar maddî olarak teslim işlemi yapılmasına gerek kalmaksızın sırf mülkiyeti nakletme niyetiyle (*animus tradendi*) yapılan kısa elden teslim (*traditio brevi manu*) muamelesi ile mülkiyet bağışlanana intikal etmiş olurdu<sup>742</sup>. Bağışlayanın, ölüm tehlikesini atlatması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi hallerinde sahip olduğu istirdat hakkı, bağışlama muamelesinin miras hukuku alanına giren bir muamele olmamasına rağmen bu alanda yapılmış bir kazandırmanın etkilerine sahip olmasını sağlardı<sup>743</sup>.

*Donatio mortis causa*'nın sonradan gelişen ve daha az başvuru alan bir diğer türünde ise, bağışlayan, yalnızca günün birinde her insanın öleceği düşüncesiyle (*sola cogitatione mortalitatis*) ve genellikle mülkiyeti derhal geçirmek suretiyle bağışlamada bulunmaktadır<sup>744</sup>. Bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde ise, bağışlayanın elinde *condictio*'ya dayanma imkânı vardı<sup>745</sup>. Harder' göre, *donatio*

<sup>740</sup>KARLOWA, s. 945; HAUSMANINGER/SELB, s. 364; KASER/KNÜTEL, s. 361; MACKINTOSH, s. 148; KASER, RPR I, s. 764; SIMONIUS, s. 241; LEAGE, s. 143; BUCKLAND, Manuel, s. 150; BUCKLAND, Text-Book, s. 257; SCHULZ, Classical, s. 331.

<sup>741</sup>MACKINTOSH, s. 148; SCHULZ, Classical, s. 331; SIMONIUS, s. 189; BUCKLAND, Manuel, s. 150; KASER, RPR I, s. 764.

<sup>742</sup>BUCKLAND, Manuel, s. 150.

<sup>743</sup>Roma hukukuna göre vasiyetname (*testamentum*), son iradeyi beyan eden, şekle bağlı, tek taraflı bir hukukî muameleydi. Vasiyetname ölüme bağlı olduğu için ölüm anına kadar değiştirilebilirdi. Ancak şekle tâbi bir işlem olduğundan, eskiden feshedilmesi de muayyen şekle tabiydi. M.S. 2. yüzyıldan itibaren şekilciliğin ortadan kalkmasıyla birlikte, fesih iradesini gösteren her hareket vasiyetnamenin hükmüne son verilebilmesi için yeterli olmaya başlamıştı. UMUR, Ders Notları, s. 509; HARDER, s. 58-59.

<sup>744</sup>KARLOWA, s. 945; KASER, RPR I, s. 764; HAUSMANINGER/SELB, s. 364.

<sup>745</sup>KASER, RPR I, s. 764; HAUSMANINGER/SELB, s. 364; SCHULZ, Classical, s. 331.

*mortis causa imminente periculo*'da olduğu gibi *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* halinde de, bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlike yüzünden ölmesi ve bağışlananın bağışlayandan daha uzun yaşaması şartıyla karşılıksız bir kazandırmda bulunmanın muamelenin amacı niteliğinde olduğu düşünülebilir. Zira, gerek ölüm tehlikesi karşısında, gerekse her insanın günün birinde öleceği düşüncesiyle ve fakat bağışlayanın, bu tehlikeyi atlatması veya bağışlanandan daha uzun yaşaması hallerinde muamelenin geçersiz olacağına ilişkin bir şart eklenmeksizin düzenlenen bağışlama muamelesi, olağan bağışlama muamelesi niteliğindedir (D.39.6.42.1)<sup>746</sup>.

Buna göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesi, bağışlama konusu malın mülkiyetinin ancak bağışlayanın ölümü halinde bağışlanana intikal edeceği kararlaştırılmak suretiyle geciktirici şarta bağlı olarak yapılabileceği gibi; bağışlama konusu malın mülkiyetinin derhal bağışlanana geçtiği fakat bağışlayanın fikrini değiştirmesi, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeli durumu atlatması veya bağışlananın kendisinden önce ölmesi sebebiyle istirdat talebinde bulunma hakkını saklı tutmak suretiyle bozucu şarta bağlı olarak da yapılabilir. Muamelenin hükümlerini doğurmasının geciktirici şarta bağlandığı hallerde, bağışlama konusu malın zilyetliği bağışlanana nakledilmekle birlikte bağışlayan, ölünceye kadar malın mülkiyetini muahfaza ettiğinden, bağışlama konusu malın kendisine iadesi için aynı bir dava olan istihkak davası (*rei vindicatio*) açılabilmekteydi. Bozucu şartın kararlaştırıldığı hallerde ise, şart gerçekleşmesine rağmen bağışlama konusu mal bağışlayana iade edilmezse, bağışlayan malın iadesini sağlamak için sadece şahsi bir davaya (*condictio*) veya bir *actio in factum*'a sahip olurdu (D.39.6.18.1; D.39.6.29; D.39.6.35.3; D.12.1.19.pr.)<sup>747</sup>.

<sup>746</sup> HARDER, s. 59-60.

<sup>747</sup> BUCKLAND, Text-Book, s. 257; ROBY, s. 531. Ölüme bağlı bağışlayanın bozucu şarta bağlandığı hallerde, bağışlayanın bağışlama konusu malın iadesini sağlamak için ne nitelikte bir davaya sahip olduğu hususunda, *Sabinianus* ve *Proculianus* Mektepleri arasında görüş ayrılığı mevcuttu. *Sabinianus*'lara göre, bağışlayanın fikrini değiştirerek muameleden rücu etmesi, kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden hastalıktan kurtulup sağlığına kavuşması veya tehlikeli bir durumu atlatması ve son olarak da bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi hallerinde, önceden gerçekleşmiş olan sebep ortadan kalkmış olacağından, bağışlayan, bağışlama konusu malın iadesi için, *condictio causa data causa non secuta*'ya (önceden mevcut olan bir sebebin sonradan gerçekleşmemesi davası) başvurabilirdi. *Labeo* tarafından ileri sürülen görüşü (D.50.16.19) savunan *Proculianus* Mektebi taraftarları, sözleşmeyi, sadece her iki tarafa borç yükleyen bir muamele (*contractum autem ultro citroque obligationem*) olarak kabul etmekteydiler. *Proculianus*'lar, bu görüşlerine paralel olarak, *donatio*'nun tek taraflı bir muamele olduğunu, bu nedenle, *condictio causa data causa non secuta*'ya başvurulamayacağını savunmaktaydılar. Bu açıklamadan yola çıkılarak, *Proculianus*'ların, ölüme

Bağışlananın bağışlama konusu malı elden çıkarmış olduğu veya bağışlamanın konusunu bir kölenin oluşturduğu ve bağışlananın bu köleyi azat ettiği hallerde dahi bağışlayan, bağışlananın elde ettiği değer kendisine iadesi için şahsi bir dava (*condictio*) açabilme yetkisine sahip olacaktır. Ölüme bağlı bağışlama muamelesi aracılığıyla lehine bağışlamada bulunulan kimse bir aile evlâdı ise, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, bağışlama konusu mal aile evlâdının işletmiş olduğu *peculium* miktarını aşmayacak oranda bir *actio de peculio* ile aile reisinden talep edilebilirdi (D.39.6.19; D.39.6.37.1; D.39.6.39). Ölüme bağlı bağışlama muamelesinin borcun nakli (*delegatio debiti*) veya borcun ibrası (*acceptilatio*) şeklinde yapıldığı hallerde de, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, bağışlayan verdiğini yine bir şahsî dava (*condictio*) açmak suretiyle geri alabilmekteydi (D.39.6.18.1; D.39.6.24). Bağışlayan, bozucu şartın gerçekleştiği ana kadar bağışlanan tarafından bağışlama konusu maldan elde dilen semerelerin iadesini de talep etme yetkisine sahip olacaktır (D.12.4.12; D.22.1.38.3). Ancak bağışlanan da, bozucu şartın gerçekleşmesinden önce bağışlama konusu mal için yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların (*impensae necessariae- impensae utiles*) iadesini talep edebilme yetkisine sahip olacaktır (D.39.6.14)<sup>748</sup>.

Sonuç olarak, klasik hukuk döneminde, *donatio mortis causa* için iki ana tür<sup>749</sup> geliştirilmiştir. Bunlardan birincisi şarta bağlı olmayan bir muamele olup mülkiyet derhal bağışlanana geçer; fakat bağışlanan, bağışlayandan önce ölürse veya bağışlayan, kendisini ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden bir saik niteliğinde olan ve kendisinde yakında öleceği düşüncesini uyandıran tehlikeyi atlattırsa, bu muamele neticesinde teslim edilen ve mülkiyeti diğer tarafa geçirilen bağışlama konusu şeyin iadesi, *condictio* ile talep edilebilir<sup>750</sup>. *Donatio mortis*

---

bağlı bağışlama muamelesinin bozucu şarta bağlandığı hallerde, şartın gerçekleşmesi sebebiyle bağışlama konusu malın iadesini *sui generis* bir olay olarak gördükleri ve bağışlayanın, malın iadesi için, *actio in factum*'a sahip olduğunu kabul ettikleri sonucuna varılabilir. STEIN, P., The Two Schools of Jurists in The Early Roman Principate, CLJ, pp. 8-31, Vol. 31, 1972, s. 21-22.

<sup>748</sup> ROBY, s.531; Aynı yönde bkz. HUNTER, s. 810.

<sup>749</sup> Kaser'a göre, *sola cogitatione mortis*, üçüncü bir tür olarak sayılabilir. KASER, RPR I, s. 763-764.

<sup>750</sup> *Iustinianus* hukukunda "*condictio causa data causa non secuta*" olarak ifade edilen bu *condictio* türü ile, ileride gerçekleşeceği düşünülen ancak sonradan gerçekleşmemiş olan bir sebebe dayanarak yerine getirilmiş olan bir edimin iadesi talep edilirdi. Zira gerçekleşeceği düşünülen sonuç meydana gelmediği için malvarlığının devri sebepsiz kalmıştır. *Donatio mortis causa* muamelesi, bu *condictio* türüne başvurulmuş tipik hallerden birini teşkil eder. Zira bağışlayanın ölmemesi veya bağışlanandan daha uzun yaşaması halinde, bağışlanan, hukukî bir sebep (*iusta causa*) olmaksızın zenginleşmiş

*causa*’nın bir diğer türü ise, şarta bağlı bir tasarruf muamelesi olup, mülkiyetin intikali bağışlayanın ölümüne kadar ertelenir ve bağışlanan bağışlayandan önce ölürse bağışlama konusu şeyin iadesi *rei vindicatio* (istihkak davası) ile talep edilebilir. İmparator *Diocletianus*’tan (M.S. 284) itibaren yürürlükte olan hukukta (Vulgarrecht), *donatio mortis causa*’nın bu iki görünüşü arasındaki fark ortadan kalkmış ve her ikisi de tek bir muamele olarak görülmeye başlanmıştır. Bu dönemde muamelelerin hukukî yapısı üzerinde değil aksine pratik sonuçları üzerinde durulmaya başlanmış ve *donatio mortis causa* muamelesi, bağışlayanın tehlikeli bir girişimde (askerî seferler, deniz yolculuğu vb.) bulunması sebebiyle ifa edilen ve bağışlama konusu şeyin bağışlayanın geri dönmesi halinde kendisine iade edilmesi fakat bağışlayanın hayatını kaybetmesi halinde bağışlananda kalması şartına bağlı olarak düzenlenen bir muamele olarak görülmeye başlanmıştır. Bu devirde, bağışlananın malik olup olmadığı ve bu nedenle iade talebinin *condictio*’ya mı yoksa *rei vindicatio*’ya mı dayandırılabilceği hususu, klasik hukuk dönemi’nin aksine, önemsiz bir ayrıntı olarak görülmüştür. Böylece, *donatio mortis causa* muamelesi, genel olarak, bağışlayanın yaşadığı süre boyunca bağışlama konusu şeyi kendisinde saklı tuttuğu ve yalnızca kendisinin bağışlanandan önce ölmesi halinde bu şeyin bağışlanana geçtiğinin kabul edildiği, aksi takdirde, yani bağışlayanın bağışlanandan daha uzun yaşadığı hallerde ise bağışlamanın konusunun bağışlayanın hukuk alanında, bir diğer ifadeyle bağışlayanın mülkiyetinde kalmaya devam edeceğinin kabul edildiği bir muamele olarak görülmüştür<sup>751</sup>.

Klasik sonrası hukuk dönemi için şüpheyi mahal vermeyecek derecede açık olan husus, bağışlayanın, ölüme bağlı bağışlama muamelesinden, sadece kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden tehlikeyi atlatması halinde değil, böyle bir yetkiyi saklı tutmamış olsa bile sırf bu muameleyi yapmış olmaktan duyduğu pişmanlık (*ex paenitentia*) sebebiyle de her zaman rücu edebileceğidir<sup>752</sup>:

*Paulus Sent. 3,7,2: “Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam revocatur; morte enim tantummodo convalescit”*

---

olmaktadır (*sine causa*). MACKINTOSH, s. 196-197; BUCKLAND, Institutions, s. 294-295; HONIG, s. 428.

<sup>751</sup> KASER, RPR II, s. 565.

<sup>752</sup> KASER, RPR II, s. 565. Aynı yönde bkz. DI MARZO, s. 494.

Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bir hastalık sebebiyle yapılan ve yalnızca ölüm halinde etkili olan *donatio mortis causa* muamelesinden, iyileşme sebebiyle ve ayrıca bağışlayanın fikrini değiştirmesi halinde rücu edilebilir.

Her ne kadar, ölüme bağlı bağışlamada bulunan kimsenin, muameleden istediği zaman rücu edebilme imkânına klasik sonrası hukuk döneminde yapılan değişiklikler neticesinde kavuştuğu kabul edilse de, bu hususa ilişkin bazı şüphelerin olduğu göz ardı edilememektedir. Ancak, bu görüş ayrılığının sonucu ne olursa olsun, netice itibariyle, bağışlayanın ölüme bağlı bağışlamadan rücu edebilme imkânına sahip olması, bu muamelenin vasiyet yoluyla yapılan tasarruf muameleleri ile yakınlaşması anlamına gelmiştir. Yunan hukukuna paralel olarak bağışlayan, ölüme bağlı bağışlama muamelesinden serbestçe dönebileceği gibi tarafların iradelerinin uyuşması neticesinde bağışlayanın muameleden rücu edebilme yetkisinden feragat etmesine de izin verilmiştir<sup>753</sup>.

---

<sup>753</sup> KASER, RPR II, s. 565-566.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA

#### I.GENEL OLARAK ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

##### A.Ölüme Bağlı Tasarruf (Mortis Causa İşlem) Kavramı

Ölüme bağlı kazandırıcı işlem yapmak suretiyle kazandırmada bulunan kişinin (mirasbırakanın) amacı (*mortis causa*), hukukî neticelerini kendi ölümünden sonra doğuracak bir işlem yapmaktır. Bu hukukî işlemi gerçekleştiren kişinin yöneldiği amaç, sağlığında malvarlığını etkileyecek bir borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi yapmak olmayıp, sadece ölümünden sonra terekesini etkileyip, terekesinden bir kazandırmada bulunmak suretiyle hukukî sonuçlar yaratmaktır. Bu nitelikte bir hukukî işlem tesis etmiş olan kişi, ileride öldüğü zaman, kanunun bu ölüm olayına kendiliğinden (*ipso iure*) bağlayacağı sonuçları (yasal mirasçılık düzenini) devre dışı bırakmakta ve kendi iradesine uygun hukukî ve ekonomik sonuçlar yaratmaktadır<sup>754</sup>.

Ölüme bağlı kazandırıcı işlemde, kazandırmada bulunan kişinin ölümü, sağlararası işlemlerde olduğu gibi ifanın taraflarca saptanmış bir vadesi olmaktan çıkıp, adeta bu işlemin varlık nedenine dönüştürülmektedir. Bir diğer ifade ile, ölüm rastlantısal bir hukukî olgu ya da hukukî işlemi kurmaya yönelten basit bir saik olmaktan çıkar ve hukukî işlemin tamamlayıcı olgusu, hukukî sebebi (*causa*'sı) haline gelir<sup>755</sup>. Kanun koyucu, ölüme bağlı kazandırıcı işlem yapmış olan mirasbırakanın causa katındaki bu özel isteğine uygun olarak, bu kişinin malvarlığının değil sadece terekesinin etkilenmesini öngörmekte ve ona sağlığında hiçbir mükellefiyet (hukukî bağlılık) yüklememektedir<sup>756</sup>.

Hukuk öğretisinde, “ölüme bağlı kazandırıcı işlem” deyimini karşılamak üzere

---

<sup>754</sup> SEROZAN, s. 10.

<sup>755</sup> Guisan, “causa” kavramını klasik çerçevenin dışına çıkıp genişletmek suretiyle, ölüme bağlı kazandırıcı işlem açısından “ölümün” bir “causa” sayılabileceği görüşünü ortaya atmıştır. Yazara göre, sağlararası işlem açısından olsa olsa ifanın taraflarca saptanmış bir vadesi (terme d’execution) sayılabilecek olan ölüm, ölüme bağlı tasarruf açısından doğrudan doğruya işlemin varlık nedenine dönüştürülmekte ve bir causa katına çıkarılmaktadır. GUIBAN, F., Recherche théorique de la limite entre le contrat et l’acte à causae de mort, Lausanne, 1934, s. 26 vd., zikr. SEROZAN, s. 10, dn. 8.

<sup>756</sup> SEROZAN, s. 10, 11.

“ölüme bağlı tasarruf” deyimini kullanılmaktadır. Serozan’a göre, bu kullanım ile ilgili olarak bazı noktaların aydınlığa kavuşturulmasında yarar vardır. Ölüme bağlı tasarruf deyimindeki “tasarruf” kelimesi “hukuki işlem” anlamında kullanıldığından, teknik anlamda “tasarruf işlemi” olarak anlaşılmamalıdır. Bu nedenle, “ölüme bağlı tasarruf” aslında “ölüme bağlı işlemi” ifade etmektedir<sup>757</sup>. Ölüme bağlı tasarruf deyimini öncelikle, mirasbırakanın ölümünden sonrasına ilişkin dileklerini içeren hukukî işlemin kalıbını yani vasiyetname ve miras sözleşmesini (şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf) ifade eder. Ancak ölüme bağlı tasarruf deyimini, aynı zamanda bu vasiyetnamenin ve miras sözleşmesinin içeriğinde yer alan ölüme bağlı tasarruf türlerini (maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf) de ifade eder. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun konusunu, mirasçı atama, vasiyet, vakıf kurma gibi ölüme bağlı kazandırıcı işlemlerin yanı sıra; mirastan ıskat, vasiyeti tenfiz memuru atanması, mirasın paylaşımına ilişkin kurallar konması gibi herhangi bir kazandırıcı nitelik taşımayan hatta ölümden sonra yakılacak mektuplara, mezarlığa dikilecek çiçeklere ilişkin dileklerde olduğu gibi terekeyle ve terekenin paylaşımıyla hiçbir ilgisi olmayan ölüme bağlı dilekler de oluşturabilirler<sup>758</sup>.

Ölüme bağlı tasarruf deyimini ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da şudur: Bilindiği üzere tasarruf işlemi, mevcut bir hakkın varlığına dolaysız bir etkide bulunmakta ve bu işlem neticesinde hak sahibi olan kişiye, başka herhangi bir işleme veya eyleme gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya “benimdir, bana aittir” sözlerini söyletmektedir. Buna karşılık, borçlandırıcı işlemlerde hak sahibi yararına sadece nispi etkiye sahip bir alacak hakkı sağlanmakta ve hak sahibinin elinde sadece “ver, yap, yapma” diyebilme yetkisi olmaktadır. Ölüme bağlı tasarruf deyiminde yer alan “tasarruf” kelimesi ise farklı bir anlam sahiptir. Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf işlemi yapmak suretiyle kendisine külli halef olabilecek ve bu sayede mallarına doğrudan doğruya ve kendiliğinden malik olabilecek bir mirasçı atasa bile, mirasbırakan bu ölüme bağlı tasarruf ile mülkiyet hakkına sağlığında dolaysız bir etkide bulunmamakta, mülkiyet hakkının külli halef mirasçı olarak atadığı kişiye intikaline ilişkin dolaysız hukukî etkiyi ölüm sonrasına ertelemektedir. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruf, gerçek anlamda bir tasarruf işlemi değildir. Ölüme bağlı

<sup>757</sup> EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 156-157; DURAL, M./ÖZ, T., Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2011, s. 49-50.

<sup>758</sup> SEROZAN, s. 11-12.

tasarrufta bulunan mirasbırakan, bu işlem ile sağlığında herhangi bir borç altına girmedigiinden, ölüme bağılı tasarruf gerçek anlamda bir borçlandırıcı işlem olarak da nitelendirilemez<sup>759</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ölüme bağılı kazandırmanın ayırt edici özelliğı, işlemin kurucu olgusu henüz kazandırmada bulunan kişinin sağlığında oluşup tamamlandığı halde, işlemin hukukî etkilerinin, hukukî sebep (*causa*) olarak öngörölmüş ölüm olayının gerçekleştiğı anda ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle, bu işlemin mirasbırakanın sağlığında herhangi bir hukukî etki yaratması söz konusu olamayacaktır. Ölüme bağılı kazandırma lehdarının ancak umut ya da beklenti kelimeleri ile ifade edilebilecek olan ve kural olarak hukuken göz önünde bulundurulamayan belirsiz bir gelecekte böyle bir kazanmaya kavuşma şansı, mirasbırakanın sağlığında ne el değıştirmeye ne de el uzatmaya (cebri icra takibine) elverişli değıldir<sup>760</sup>.

Ölümün tarafların iradesi doğrultusunda hukukî işlemin basit bir saiki olmakla kalmayıp işlemin hukukî sebebi olması, kazandırmada bulunan kişinin ölümü anında lehdarın sağ bulunması şartı, kazandırmanın ivazsız oluşu, kazandırmada bulunan kişini kendi sağlığında herhangi bir hukukî bağılılık altına girmemesi ve girmek istememesi, kazandırmada bulunan kişinin bu kazandırmayı malvarlığından değıl terekesinden gerçekleştirmek suretiyle malvarlıksal bir özveride bulunmayı mirasçılarının sırtına yüklemesi, kazandırma lehdarının gerçek anlamda bir beklenen haktan yoksun oluşu, kazandırmada bulunan kişinin sağlığında henüz herhangi bir tasarrufî etkinin (tenfiz) gerçekleştirilmemesi ve son olarak kazandırılan hakkın kazandırmada bulunanın ölümü anında kanunen kendiliğınden ve doğrudan doğruya doğması öğreti ve uygulamada ölüme bağılı kazandırıcı işlemlerin ayırt edici karakteristik özellikleri olarak benimsenmektedir<sup>761</sup>.

Serozan'a göre, bütün bu öğeler bir hukukî işlemin niteliğini önceden kesin olarak belirleyici bir güç taşımayıp, sadece nesnel göstergeler veya fiilî karineler olarak addedilebilirler. Zira, belirli bir hukukî işlemin malvarlığını mı yoksa terekeyi mi

---

<sup>759</sup> SEROZAN, s. 14-15.

<sup>760</sup> SEROZAN, s. 15.

<sup>761</sup> SEROZAN, s. 15-17.

etkilemesinin öngörüldüğü, tarafların iradelerine göre işlemin etkilerinin ne zaman geçerli olmaya başlayacağı, ancak somut olayın çevresindeki bütün özel koşullar değerlendirilmek suretiyle ve her şeyden önce tarafların isteği dikkate alınarak saptanmalıdır. Bu nedenle, sağlararası işlem ile ölüme bağlı tasarruf arasındaki ayırım soyut kıstaslara dayalı şematik bir yaklaşımla belirlenmeyip, somut olayın bütün maddi verileri göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir<sup>762</sup>.

## **B.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**

### **1.Genel Olarak**

Hukuki işlemler, hüküm ve sonuçlarını meydana getirdikleri ana göre, ölüme bağlı işlemler ve sağlararası işlemler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Sağlararası işlemler, işlemi meydana getiren tarafların sağlığında tüm hukukî etkilerini doğurmakta; kazandırmada bulunan kişinin sağlığındaki malvarlığı üzerinde etkili olurken, kazandırma lehdarı da hukuken korunmuş olan gerçek bir hakka kavuşmaktadır. Buna karşılık, kazandırma lehdarını mirasın açılmasından yani ölümden önce hiçbir hakka kavuşturmayan ve onu sadece basit bir umut ya da beklenti ile avutan ölüme bağlı işlemler, kazandırmada bulunanın malvarlığını değil terekesini etkilerler<sup>763</sup>.

Sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırma ise, bu iki kazandırıcı hukukî işlem tipi arasında ortalama bir yer işgal eder: Kazandırmada bulunan kişinin ölümü ile ilgili bir vadeye veya şarta bağlanan hukukî işlem, daha kazandırmada bulunan kişinin sağlığında ona bazı borçlar ve bağılıklar yüklerken, kazandırma lehdarına da hukuken korunmuş bir beklenen hak sağlar. Bu beklenen hak ise, kazandıranın ölümüyle birlikte olgunlaşıp tam hakka dönüşür<sup>764</sup>. Bu nedenle, bazen sağlararası bir işlemin, içerisinde ölüme bağlı kazandırmayı bulundurduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten, ölüme bağlı tasarrufların tâbi olduğu sıkı şekil şartlarına uymak yerine,

---

<sup>762</sup> SEROZAN, s. 17-19.

<sup>763</sup> SEROZAN, s. 29; TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 42; EREN, s. 157.; REİSOĞLU, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 48; ÖĞÜZ, T., Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 386. Medeni Kanunumuzda, ölüme bağlı tasarruflar açısından sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerli olup, vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında şekli anlamda ölüme bağlı hukuki işlem tipi kurulabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ölümden sonra terekesinin akıbeti üzerinde etkili olmak isteyen bir kişinin, bu ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birine başvurması gerekir. ÖĞÜZ, s. 386.

<sup>764</sup> SEROZAN, s. 29.

ölüme bağlı kazandırmanın, daha esnek şartlara tâbi olan sağlararası işlemle gerçekleştirilmesi sonuca daha kolay ulaşmayı sağlar<sup>765</sup>. Zira, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları Medeni Kanunumuzda çok sıkı formalitelere bağlanmıştır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin sağlığında borç altına girmeyip, sadece mirasçılarını yükümlölük altına sokan bir tasarrufta bulunması, tasarrufta bulunan kişinin “benden sonra tufan” anlayışıyla hareket etmesini önleme zorunluluğunu beraberinde getirir. Böylece, şeklin, tasarrufta bulunan kişiyi uyarıcı işlevine ihtiyaç duyulur. Keza, ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurduğu mirasbırakanın ölümü gününden sonra, tasarrufta bulunan kişiyi sorgulama ve onun samimi ve gerçek dileğini saptama şansı da ortadan kalktığından, şeklin ispatı kolaylaştırma işlevi de bu alanda özel bir önem kazanır<sup>766</sup>.

## **2.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma Açısından Vade ve Şart Kavramlarının İşlevi**

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukumuzda, sağlararası işlemle ölüme bağlı kazandırma yapılabilmesine şart ve vade kurumları olarak sağlamaktadır<sup>767</sup>.

Kişiler, şart ve vade olarak bilinen kurumlar vasıtasıyla, gelecekte gerçekleşmesi olası olan gelişmelere ayak uydurabilmekte ve beklenmedik değişikliklere karşı geri dönüş yollarını açık tutabilmektedirler. Böylece, aslında kurulur kurulmaz hüküm ve sonuçlarını doğuran hukukî işlemlerin, bu hüküm ve sonuçları askıya alınıp geleceğe ertelenebilmektedir. Kişiler, irade özerkliği ilkesi çerçevesinde, şart ve vade kavramları aracılığıyla, sağlararası bir muamelede borcun ifasının talepedilebilirliğini gelecekteki bir tarihe veya belirli bir ihtimalin gerçekleşmesine erteleyebilecekleri gibi, tasarruf işlemini de böylesi bir vadeye veya şarta bağlayabilirler<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup> ÖĞÜZ, s. 386.

<sup>766</sup> SEROZAN, R./ENGİN, B. İ., Miras Hukuku, Ankara 2012, s. 57.

<sup>767</sup> SEROZAN, s. 29. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından şartı (koşul) şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Koşul, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufun hukukî sonuçlarının doğumunu geciktiren (talik eden) veya doğmuş olan hukukî sonuçları sona erdiren, bozan (infisah ettiren) gelecekte ve gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır.” İNAN, A. N./ERTAŞ, Ş./ALBAŞ, H., Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 216.

<sup>768</sup> SEROZAN, s. 30.

Bir hukukî işlemin hüküm ifade etmesi veya hükümden düşmesi, tarafların iradeleri doğrultusunda gelecekteki ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olguya bağlanmışsa, şarta bağlı bir hukukî işlemin varlığından söz edilir. İşlemin hukukî bakımdan etkili olması gelecekteki tahakkuku şüpheli olayın gerçekleşmesine bağlanmışsa geciktirici (talikî) şarttan, işlemin hükümleri şartın gerçekleşmesi ile sona erecekse bozucu (infisahî) şarttan söz edilir. Şartın geciktirici olduğu hallerde, işlemin hukukî sonuçlarını meydana getirip getirmeyeceği meselesi henüz askıdadır. Bozucu şartın varlığı halinde ise, hukukî muamele etkisini derhal doğurur; ancak, gelecekteki vukuu şüpheli olay gerçekleşirse, işlem etkisiz ve hükümsüz kalır<sup>769</sup>.

Vade ise, tarafların yapmış oldukları hukukî muamelenin hüküm ve sonuçlarının doğmasını veya ortadan kalkmasını gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlamalarıdır. Vade, şartta olduğu gibi geciktirici veya bozucu mahiyette olabilir. Hukukî muamelenin hüküm ve netice doğurması, gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlanmışsa, geciktirici vade (aufschiebende Befristung) veya başlama vadesi (Anfangstermin) söz konusudur. Fakat, hukukî muamelenin doğmuş olduğu hüküm ve neticelerin sona ermesi gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlanmışsa, bozucu vadenin (auflösende Befristung) veya itme vadesinin (Endtermin) varlığından söz edilir<sup>770</sup>.

Genellikle haklı görülebilir endişelerle hukukî muameleye ilâve edilen bu kayıtlar,

---

<sup>769</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 874-875; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 328-333; REİSOĞLU, s. 403-407; AKINTÜRK, T., Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AÜHFİD, c. 27, S. 1-4, Y. 1970, s. 224-226; EREN, s. 1115, 1124-1125.

BK m. 170: Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur.

Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.

BK m. 173: Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur.

Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar.

Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geçmişe etkili olmaz.

<sup>770</sup> AKINTÜRK, s. 230. Taraflardan birinin veya herhangi bir kimsenin ölümü üzerine yapılan hukukî işlem, şarta bağlı işlem olarak nitelendirilebileceği gibi vadeli işlem de olabilir. Bir hukukî işlemde ölüm olayı genel olarak öngörülmüşse gayri muayyen (belirsiz) vadenin varlığından söz edilir. Zira burada, belirlene olgunun gerçekleşeceği kesin olup, belirsizlik sadece bu olgunun ne zaman gerçekleşeceğine ilişkindir. Ancak, hukukî işlemde ölüm olayı belirli bir zamanla sınırlı olarak öngörülmüşse, şartın varlığından söz edilir. Zira bu hallerde, belirlenen olgunun sadece ne zaman gerçekleşeceği değil, belli bir süre içinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de belirsizdir. Böyle bir ayırım yapılmasının sebebi, genel anlamdaki ölümün mukdder olması, herkesin er veya geç bir gün mutlaka ölmesi; fakat henüz hayatta olan bir kimsenin belirli bir süre örneğin bir yıl içinde ölüp ölmeyeceğinin ise kesin olarak bilinmemesidir. EREN, s. 1119; OĞUZMAN/ÖZ, s. 877.

bazen asıl amaçlarına ve işlevlerine yabancılaştırılarak, yukarıda da belirtildiği üzere, sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunmanın yolunu açabilirler. Kişiler, hukukî neticelerini kendi ölümlerinden sonrasına erteledikleri işlemlerle görünüşte sadece malvarlıklarını etkilemekte, ancak aslında terekelerini etkilemiş olmaktadırlar. Böylece, kişiler, henüz sağlıklarında düzenledikleri ve belirli ölçülerde hukukî bağlayıcılığı olan bir kazandırıcı işlemin asıl etkilerini, kendi yaşamları boyunca askıya alıp ölümlerinden sonrasına ertelemek suretiyle, sağlararası kazandırıcı işlemleri kendi özlerine ve işlevlerine yabancılaştırarak, ölüme bağlı kazandırıcı işlemlere özgü amaçlara alet etmiş olurlar<sup>771</sup>.

Kazandırıcı işlemin neticelerini doğurmasının, ölüm gibi gerçekleşeceği daha baştan kesin olarak söylenebilecek (*certus*) bir olaya bağlandığı hallerde geciktirici vade'den söz edilirken; kazandırıcı işlemin neticelerini doğurmasının, kazandırmada bulunanın ölümü anında, kazandırma lehdarının sağ bulunması gibi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği baştan kesinlikle söylenemeyecek (*incertus*) bir olguya bağlandığı hallerde ise geciktirici şartın varlığından söz edilir. Kazandırmada bulunanın, bir malın mülkiyetini bağışlama lehdarının kendisinden önce ölmesi bozucu şartına bağlı olarak bağışladığı hallerde ise, işlemin borçlandırıcı ve tasarrufî etkileri kazandırıcı işlemin kurulmasıyla birlikte derhal doğmakta ve bu etkilerin ortadan kalkması ise bir bozucu şarta bağlanmaktadır. Bu halde kazandırmada bulunan kişi, malvarlığına dahil olan bir değeri kazandırma lehdarına sağlığında bizzat devretmekte ve gelecekte gerçekleşmesini istemediği belirli bir olasılığa karşı kendisini hukuken güvence altına almaktadır. Bu durumda kazandırmada bulunan kişi bir beklenen hakka sahip olmakta ve tam hakkın sahibi haline getirilmiş olan kazandırma lehdarının ve onun halefi olan mirasçıların bu hakka devamlı bir biçimde sahip olup olamayacakları belirsiz bir durum arz etmektedir. Eğer kazandırma lehdarı, kazandırmada bulunan kişiden önce ölecek olursa, malın mülkiyeti kazandırmada bulunan kişiye dönecek ve onun beklenen mülkiyet hakkı yeniden tam mülkiyet hakkına dönüşecektir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, burada da kazandırmada bulunan kişi, kazandırmasının nihai ve kalıcı etkilerini bozucu şart kurumundan yararlanmak suretiyle kendi ölümünden sonrasına ertelemektedir. Kazandırmada bulunan kişi bu şekilde hareket etmek suretiyle, bağışlama

---

<sup>771</sup> SEROZAN, s. 30-31.

lehdarından başka kişilerin (onun mirasçılarının) bu mala sahip olamamalarını, malın yalnızca özel bir değer verdiği kazandırma lehdarının şahsına kalmasını amaçlamaktadır. Bu amaç ise, ölüme bağlı kazandırmaların tipik amacı ve karakteristik unsuru niteliğindedir<sup>772</sup>.

### **3.Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırmayı Amaçlayan Muamelelerin Hangi Hükümlere Tâbi Tutulacağı Meselesi**

Vadeye ve şarta bağlı bu işlemler, ölüme bağlı kazandırmada bulunmak amacıyla düzenlenmiş olmalarına rağmen, sağlararası (*inter vivos*) işlemlerin tipik özelliklerini bünyelerinde barındırırlar. Ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan sağlararası işlemin geciktirici şarta bağlandığı hallerde, şart gerçekleşinceye kadar muamelenin hükümleri askıda olmasına rağmen, bu muamele şartın gerçekleşmesinden önce de tarafları bağlar. Kazandırma lehdarı, şartın askıda olduğu süre zarfında beklenen bir hakka sahiptir. Geciktirici şarta bağlı borçlandırıcı işlemlerde borçlu, şart gerçekleşinceye kadar borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü işlemde kaçınmakla yükümlüdür. Aksi takdirde, borçlu, şartın gerçekleşmesi halinde kazandırma lehdarının zararını tazmin etmekle mükelleftir<sup>773</sup>. Geciktirici şarta bağlı tasarruf işleminde ise, şartın gerçekleşmesinden önce yapılan her tasarruf, şartın gerçekleşmesine bağlanacak hukukî sonuçları zedelediği oranda geçersiz olur<sup>774</sup>. Tasarruf lehdarının aynî güçteki bu beklenen hakkı, sadece iyiniyetli üçüncü kişilerin MK m. 988 gereğince korunan mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinimleri ile sınırlandırılmış olup; kazandırma lehdarı bu durumda borçludan ancak tazminat talebinde bulunabilir<sup>775</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu kazandırmalar, hukukî

---

<sup>772</sup> SEROZAN, s. 31-32.

MK m. 548/1: Mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar.

MK m. 581: Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.

Vasiyet alacaklısı mirasbırakandan önce ölmüş ise, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, vasiyet yükümlüsünün yararına ortadan kalkar.

<sup>773</sup> BK m. 171/1: Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

<sup>774</sup> BK m. 171/3: Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.

<sup>775</sup> SEROZAN, s. 32-33; REİSOĞLU, s. 404-405.

açından bakıldığında sağlararası bir işlem neticesinde gerçekleşmiş gibi gözükseler de, ekonomik açıdan bakıldığında ise farklı bir sonuçla karşılaşılır. Zira, görünüşte malvarlığı üzerinden yapılan, fakat gerçekte terekeyi etkileyen ölüme bağlı kazandırmalar söz konusudur. Serozan, bu noktada D.39.6.1’de yer alan düzenlemeye atıfta bulunmaktadır. Bu Roma hukuku kaynağında ifade edildiği üzere: “Sağlararası işlemle ölüme bağlı kazandırma yolu, bir malı ölümüne değin kendi elinin altında tutmak, ama aynı zamanda mirasçısından kaçırıp daha fazla değer verdiği bir başkasına kazandırmak isteyen kişinin“ başvurabileceği en pratik ve kestirme yolu teşkil etmektedir<sup>776</sup>.

Her ne kadar ölüme bağlı kazandırıcı işlemler miras hukukumuzun sert ve sıkı hükümlerine tâbi tutulmuş olsalar da, sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı geniş ölçüde açık tutulmuş; sadece ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla ulaşılması amaçlanmış maddi ve pratik sonuçların, atipik sağlararası işlemler aracılığıyla dolambaçlı fakat daha basit bir yoldan elde edilebilmesi mümkün olmuştur<sup>777</sup>.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ölüme bağlı bağışlama muamelesi (*donatio mortis causa*) de hukukumuzda, sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunma olanağı sunan bir kurumdur. Bir diğer ifadeyle tipik bir sağlararası işlem olan bağışlama ölüme bağlı kazandırma amacıyla gerçekleştirilmekte; tipik bir ölüme bağlı kazandırma amacına atipik bir sağlararası işlem aracılığıyla ulaşılabilir. Ancak hukukumuz açısından en tipik örnek bu olmakla birlikte ölüme bağlı kazandırma amaçlı sağlararası işlem “tenfizi ölüme bağlı bağışlama”dan ibaret değildir<sup>778</sup>. İçerisinde ölüme bağlı kazandırmayı barındıran sağlararası işlemler farklı hukukî şekillerde ortaya çıkmalarına rağmen, hukukumuzda konuya ilişki tek hüküm BK m. 290/2’de yer alan “Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır” hükmüdür. Üzerinde durulması gereken konu ise, ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada, bağışlayanın

---

<sup>776</sup> SEROZAN, s. 35-36.

<sup>777</sup> SEROZAN, s. 36-37.

<sup>778</sup> Sağlararası işlem yoluyla gerçekleştirilen ancak ölüme bağlı kazandırmada bulunmayı amaçlayan diğer işlemler (sağlararası ivazlı kazandırıcı işlemle ölüme bağlı kazandırma, ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme, ölüm sonrasına etkili vekâlet ve temsil) çalışmamızın kapsamı ve amacı dışında kalmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, R. Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979.

ulaşmak istediği asıl amaç olan ölüme bağlı kazandırmada bulunma amacının gerçekleştirilebilmesi için miras hukuku kurallarına ne ölçüde uyulması gerektiğidir<sup>779</sup>.

## II.YERİNE GETİRİLMESİ BAĞIŞLAYANIN ÖLÜMÜNE BAĞLI BAĞIŞLAMA KAVRAMI (ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA-DONATIO MORTIS CAUSA)

### A.Genel Olarak

Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, tenfizi yani ifasının talep edilebilirliği bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine veya kazandırma lehdarının (bağışlananın) bağışlayanın ölümü anında hayatta olması geciktirici şartına bağlanmış bir bağışlama vaadi sözleşmesidir<sup>780</sup>.

Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, BK m. 240/2 ve Art. 245 Abs.2 OR<sup>781</sup>,de ifade

<sup>779</sup> ÖĞÜZ, s. 386; SEROZAN, R., Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, c. II, İstanbul 2001, s. 1015.

<sup>780</sup> SEROZAN, s. 59; ÖĞÜZ, s. 387. HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 143; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 170. FEYZİOĞLU, F. N., Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, c. I, İstanbul 1970, s. 271. Bağışlayanın ölümünün şart mı yoksa vade olarak mı kararlaştırıldığından şüphe duyulan hallerde, muamelelerin şarta bağlanmış olduğu karine olarak kabul edilir. Zira, bağışlayanın bağışlamada bulunduğu, ilke olarak bağışlanana yararlandırmak istediği yoksa bağışlananın mirasçılarını yararlandırmak amacıyla olmadığı düşünülmelidir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 170; ANTALYA, G., Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 114-115.

<sup>781</sup> Bu maddede yer alan düzenlemeye göre, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama (Schenkungen auf den Todesfall), tarafların iradeleri doğrultusunda bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmış sağlararası bir hukukî muameledir. Söz konusu bağışlamalar, bu madde hükmü çerçevesinde, ölüme bağlı tasarruf hükümlerine (Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen) tâbi tutulmuştur. Konuya ilişkin öğretideki değerlendirmelere ve yargısal kararlara bakıldığında, bu hükmün, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada, ölüme bağlı tasarrufların tâbi olduğu şekil kurallarına uyulması zorunluluğunu öngördüğü sonucuna varılmaktadır. Bu açıklamalardan yola çıkılarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın (Schenkung auf den Todesfall), müşterek hukuktaki (*ius commune*) *donatio mortis causa* (Schenkung von Todes wegen) ile tam olarak örtüşmediği sonucuna varılabilir. Zira, müşterek hukukta *donatio mortis causa*, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına veya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartına bağlı olarak düzenlenen bağışlama muameleleri anlamına gelmekteydi. Bağışlamanın derhal ifa edildiği (Handschenkung), fakat bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartına bağlandığı hallerde ise, muamele, Art. 247 OR'de yer alan hükme tâbi tutulmuştur. Art. 245 Abs. 2 OR'de yer alan düzenlemeye tâbi tutulmayan *donatio mortis causa*'nın bir diğer türünde ise, mirasbırakan (Erblasser) dilediği zaman bağışlamadan rücu edebilmekteydi (Art. 527 Ziff. 3). Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmaması halinde, tereke alacaklılarının ve saklı paylı mirasçıların menfaatlerini tehlikeye sokacak bir muameleydi. Bu nedenle, *donatio mortis causa*, gerek Roma hukukunda gerekse müşterek hukukta (*ius commune*-gemeinen Recht), birçok bakımdan vasiyetnameler ile eşitlenmiştir. Ancak bu

edilen çerçevede bir ölüme bağlı bağışlama muamelesinden söz edilebilmesi için,, bağışlama sözleşmesinin ifasının bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmış olması yeterli görülmüştür. Yani, ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilebilmesi için muamelenin, kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına bağlanması gerekli görülmemiştir. Bu nedenle, Türk ve İsviçre hukuklarında ölüme bağlı bağışlama vaadi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir şarta bağlı olarak yapılabileceği gibi, gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği önceden bilinmeyen bir vadeye bağlı olarak da yapılabilir. Alman hukukunda ise farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Zira, BGB § 2301/1'de yer alan düzenlemede, sadece kazandırma lehdarının (lehine bağışlamada bulunulan kişinin) bağışlayanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına bağlı olarak düzenlenen bağışlama vaadlerinin ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi olacağı öngörülmüş; buna karşılık, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmış olan bağışlamaların ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi olmayacağı ifade edilmiştir<sup>782</sup>. Bu nedenle Alman hukukunun ölüme bağlı bağışlamayı, ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutmak hususunda, İsviçre ve Türk hukuklarına nazaran, daha çekimser ve daha mesafeli bir tutum sergilediği söylenebilir. Serozan'a göre, Alman hukukunda sergilenen bu yaklaşım, ölüme bağlı bağışlama ile ulaşılmak istenen ölüme bağlı kazandırmada bulunma amacına ve bu kazandırmanın lehdarın şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu anlayışına daha uygundur<sup>783</sup>.

---

dönemlerde bile, bağışlayan, *donatio mortis causa* muamelesini düzenlerken, *testamentum*'a (vasiyetname-letzwilige Verfügung) ilişkin şekil kurallarına riayet etmek zorunda bırakılmamıştır. Gerek tereke alacaklılarının ve saklı paylı mirasçıların mağdur olmasını engellemek gerekse terekenin bir bütün halinde mirasçılara geçmesi olarak ifade edilen küllî halefiyet prensibini (Prinzip der Universalsukzession) gözetmek amacıyla, müşterek hukuk geleneği ile uyumlu olarak, henüz ifa edilmemiş bağışlamanın, bağışlayanın ölümünden sonra, vasiyetname ile eşit tutulup, mirasın intikaline (Erbgang) ilişkin hükümlere tâbi kılınması yeterliydi. Art. 245 Abs. 2 OR'de yer alan radikal nitelikteki bu düzenleme de muhtemelen müşterek hukuk geleneğine dayanmaktadır. WEIMAR, P., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; schweizeisches Zivilgesetzbuch, Bd. 3. Erbrecht, Abt. 1. Die Erben, Teilbd. 1. Art. 457-480 ZGB, Bern 2000, s. 133-134. Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, hayattakiler arasında tanzim edilmiş olmakla birlikte, ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutulmuştur. Taraflar arasındaki muamele elden bağışlama olmayıp bir bağışlama vaadi söz konusudur. Zira, elden bağışlama zaten ifa edilmiş olup, ifası ölüm üzerine talep edilebilen bir muamele değildir. Bağışlayanın amacı, bağışı kendisinin değil mirasçıların ifa etmesidir. Bu nedenle bağış bağışlayanın malvarlığından değil terekesinden karşılanır. Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın, ölüme bağlı tasarrufla birleştiği nokta da budur. BGB'nin aksine, bağışlananın bağışlayanın ölümü anında hayatta kalması şartı aranmayıp; ifanın talep edilebilirliğinin bağışlayanın ölümüne kadar ertelenmesi yeterlidir. Bağış, mirasbırakanın şahsında doğmuş bir mükellefiyet olup, mirasçılar tarafından ifa edilir. Ölüme bağlı bağışlama akit mahiyetini haiz olduğundan, bağışlanan tarafından kabul edilmesi gerekir. ESCHER, A., Medeni Kanun Şerhi, Üçüncü Kısım Miras Hukuku, Madde 457-640, çev. Ansay, S. Ş., Ankara 1949, s. 84.

<sup>782</sup> SEROZAN, s. 59-60; ÖĞÜZ, s. 387.

<sup>783</sup> SEROZAN, s. 60. Von Tuhr, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde “dar ve gerçek anlamda ölüme bağlı bağışlama” olarak nitelendirilen yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadi, gerek bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmış bağışlamaları; gerekse kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına bağlı bağışlamaları kapsar. Bağışlayan, bu yola başvururken, şahsına özel bir değer verdiği kazandırma lehdarının kendisinin ölümünden sonra sahip olduğu belirli bir değere sahip çıkmasını amaçlar. Kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümü anında sağ bulunması geciktirici şartına bağlı bağışlamada, bağışlama taahhüdünde bulunan kişi, ölüme bağlı kazandırmalara özgü tipik bir amaçla hareket etmekte ve ölümünden sonra herhangi bir kişinin değil de sadece kazandırma lehdarı olarak tayin ettiği belirli bir kişinin bu değere sahip çıkmasını arzu eder. Türk ve İsviçre hukuklarında, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın her iki türü de ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutulmuştur<sup>784</sup>. Zira, ölüme bağlı bağışlamanın bu iki türünde de bağış, bağışlayanın malvarlığından değil terekesinden karşılandığından, bağışlama muamelesi maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufu bünyesinde barındırır<sup>785</sup>.

---

bağlı bağışlamayı, kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümü anında sağ bulunması geciktirici şartına bağlı bağışlama ile sınırlı tutmayıp, ifası bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlı bağışlama vaadlerini de bu kapsamda ele alıp ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutmasını olumlu bulurken (von TUHR, A., Bemerkungen zur Schenkungslehre des schweizerischen Obligationenrechts, Schweizerische Juristen Zeitung, Band 18 (1922), s. 205, zikr. SEROZAN, s. 60, dn. 1); Müller ise, bağışlayanın, ölüme bağlı kazandırma ile ulaşmak istediği amaca uygun olarak, büyük bir ihtimalle kazandırma lehdarının kendi ölümü anında hayatta bulunmasını şart koşacağından İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu arasındaki farklılığın pratik bir öneme sahip olmadığını ileri sürmektedir. MÜLLER, K. H., Zur Problematik der Abgrenzung von Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen, Bern 1973, s. 78, zikr. SEROZAN, s. 60, dn. 1.

<sup>784</sup> BK. m. 290/2’de, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır ibresine yer verilmiş olmasına rağmen, öğretide, maddeki “vasiyet” teriminin, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme dikkate alınarak, “ölüme bağlı tasarruf” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde fikir birliği mevcuttur. Bu değerlendirme çerçevesinde, bağışlama bir sözleşme (iki taraflı bir hukukî işlem) olduğundan dar anlamda ölüme bağlı bağışlamalara miras sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Bu bağışlamalar şekil kuralarının yanında, ehliyet, temsil yasağı, saklı pay, tasarruf nisabı bakımından da ölüme bağlı ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlere tâbi tutulacaklardır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 126; TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, Ankara 1985, s. 364; GÜMÜŞ, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s.259; ARSEBÜK, E., Bağışlama, AÜHFD, c. 5, S. 1-4, Y. 1948, s. 153; TONGSİR, F. B., Bağışlama, Mahiyeti, Nevileri, Hususiyet ve Neticeleri, Türk Hukukunda ve Talî Olarak Bazı Yabancı Hukuklarda, İstanbul 1953, s. 60; DURAL/ÖZ, s. 50-51.

<sup>785</sup> ÖĞÜZ, s. 388; SEROZAN, Karma Rejim, s. 1015.

## **B.Dar Anlamda Ölüme Bağlı Bağışlamanın Hukukî Niteliği Çerçevesinde Muameleye Uygulanacak Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Hükümlerin Kapsamı**

BK m. 290/2’de yapılan yollamanın kapsamının ne olacağı hususunda öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur<sup>786</sup>. Uygulanacak ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin kapsamının tayini, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın hukukî niteliğinin tayinine bağlıdır.

Dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın hukukî niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden birincisine göre, ölüme bağlı bağışlama sağlararası bir işlem olmakla birlikte, bağışlayanın malvarlığını değil terekesini etkilediğinden gerçek anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmelidir. Bu görüşe göre, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın gerek geçerliliği gerekse yarattığı hüküm ve sonuçlar ölüme bağlı tasarruflara özgü özel rejime tâbi tutulmalıdır<sup>787</sup>. Bu görüşü savunanlara göre, ölüme

---

<sup>786</sup> Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalara ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanacağını belirten BK m. 290/2 kuralının kelimelerine körü körüne uyulmak suretiyle, bu tür bağışlamaları tüm gerekleri ve etkileriyle ölüme bağlı tasarruflara ilişkin sıkı rejime şematik ve mekanik yoldan bağlayan görüş isabetli değildir. Bu tür bağışlamaların kendine özgü yapısına uygun olarak karma bir hukukî rejime bağlanması; sağlararası ve ölüme bağlı hukukî işlemlere ilişkin kuralların tarafların amacına ve menfaatler dengesine uygun düştüğü oranda seçilip derlenerek uygulanması isabetli bir yaklaşım olacaktır. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar, s. 144.

<sup>787</sup> Bu görüşü destekleyen Aral’a göre, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, gerek şekil, gerek esas yönünden tamamen ölüme bağlı tasarruf (miras sözleşmesi) hükümlerine tâbi olup; ancak bağışlanan mirasçı sıfatına değil kural olarak vasiyet alacaklısı sıfatına sahiptir. ARAL, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 199. Bağışlama sağlararası bir muamele olduğundan, bağışlama muamelesinin varlığından sözedilebilmesi için bağışlayanın sağlığında hüküm doğuracak şekilde bir ivazsız kazandırıcı muamele yapılmış olması gerekir. Ölüme bağlı tasarrufların, tasarrufta bulunanın ölümü ile hükümlerinin doğurmaya başlaması ve miras hukuku kurallarına tâbi olması, sağlararası bir muamele olan bağışlamayı ölüme bağlı tasarruflardan ayıran başlıca özelliktir. Bu nedenle, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamalarda muhteva, şekil, ehliyet, tasarruf nisabı gibi konularda ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanır. Zira, BK m. 290/2 hükmü gereğince, bu durumda gerçek bir bağışlama değil ölüme bağlı tasarruf niteliği görülmelidir. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 170. Oğuzman, etkisini ölümden sonra gösteren bağışlamalar için, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda BK m. 290/2 dışında bir hüküm bulunmadığından hareketle, klâsik görüşe uygun olarak, bir hukukî işlemin ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilebilmesi için, malvarlığından mı yoksa tereke üzerinden mi tasarruf edilmek istendiğine bakılması suretiyle bir sonuca varılması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada, bağışlayan terekesi üzerinden tasarruf etmek istediğinden, ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanmalıdır. OĞUZMAN, M. K., Miras Hukuku, İstanbul 1995, s. 96-97. Ölümün, hukukî işlemin sebebi yani asıl unsuru olması; lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin mirasbırakanın ölümünde sağ bulunması; mirasbırakanın sağlığında herhangi bir şekilde bağlanmaması; mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırmanın malvarlığından değil terekesinden çıkmasını istemiş olması; lehine tasarrufta bulunan kişinin gerçek anlamda bir beklen haktan yoksun olması; mirasbırakan sağ olduğu sürece tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurmaması ve mirasbırakanın ifayı mirasçılara yüklemiş olması, doktrin ve uygulamada, bir hukukî işlemin ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilebilmesi için gerekli unsurlar olduğu genellikle kabul edilmektedir. Ancak, gittikçe taraftar toplayan bir görüşe göre, bir hukukî işlemin bu unsurların tamamını veya büyük bir kısmını içermesi, bu işlemin mutlaka bir ölüme bağlı

bağlı bağışlama vaadine ölüme bağlı tasarruf hükümleri kıyasen değil doğrudan doğruya uygulanır. Bu görüşün savunulmasının en önemli pratik sonucu, bağışlayanın, hayatta olduğu süre boyunca, bağışlama konusu mal üzerinde adeta bu malı vasiyet etmişçesine serbestçe tasarruf edebilmesi olacaktır. Bu sebeple, kazandırma lehdarının hukuken korunup güvence altına alınmış bir beklenen hakkından söz edilemeyecektir<sup>788</sup>.

Çoğunluk tarafından savunulan ikinci görüşe göre, tenfizi bağışlayanın ölümüne

---

tasarruf olduğu anlamına gelmemekle birlikte, işlemin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu hususunda fiili bir karine teşkil eder. Fakat, buna rağmen, bir sağlararası hukukî işlemin mi yoksa bir ölüme bağlı tasarrufun mu mevcut olduğu tarafların çıkarlarına ve amaçlarına göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle, tenfizi bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine veya geciktirici şartına bağlı bağışlamanın, BK m. 290/2 hükmü çerçevesinde şekil, ehliyet, yasal temsil yasağı ve saklı pay yönünden miras sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulması, bir işlemin ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlararası bir işlem mi olduğunun menfaatler durumuna göre değerlendirilmesi gerektiğini öngören görüşe uygun düşmektedir. DURAL/ÖZ, s. 50-51. Bir işemin sağlararası işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğunun tayini, bazen güçlük gösterebilir. Bu konuda önemli olan husus, işlemin hüküm ve sonuçlarının işlemi yapan kişinin sağlığında mı yoksa ölüm anında mı doğacağı meselesidir. Buna göre, bağışlayanın sağlığında bağışlamayı vaad etmesi halinde, bağışlanana henüz bağışlayanın sağlığında bağışın ifasını talep etme hakkı kazanmış olacağından, taraflar arasında sağlararası bir işlemin mevcut olduğu sonucuna varılır. Buna karşılık, ölüme bağlı tasarruf mirasbırakanın (işlemi yapanın) ölümünden sonrası için bir talep hakkı sağlar. Böylece, bağışlama vadinin ifası borcunun bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine ertelendiğı hallerde, taraflar arasında BK m. 290/2 hükmü çerçevesinde, ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi bir ölüme bağlı bağışlamanın mevcut olduğu sonucuna varılır. İMRE/ERMAN, s. 49-50. Öğüz'e göre, BK m. 290/2'de yapılan yollama çerçevesinde, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamaları (tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaları) tamamen ölüme bağlı tasarrufların uygulama alanına sokan görüş üstün tutulmalıdır. Yazara göre, dar ölüme bağlı bağışlamanın sağlararası işlem niteliğı taşıdığını ancak muameleye ölüme bağlı tasarruflara ilişkin bazı hükümlerin uygulanması gerektiğinin savunulması halinde, hangi ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanacağını da belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde, ölüme bağlı bağışlamalara, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlerin hangi ölçüde uygulanacağı sorusunda hukukî güvenlik yeterli ölçüde sağlanamamış olacaktır. Diğer taraftan, ölüme bağlı bağışlamanın sağlararası işlem niteliğini koruduğı görüşü, kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümü anında sağ bulunması geciktirici şartı söz konusu olmadığı sürece, bağışlayan öldüğü esnada bağışlananın hayatta olmaması halinde de bağışın ifası gerekecektir ki bu sonuç ölüme bağlı bağışlamanın niteliğine uygun düşmez. Zira, bağışlayan kendisinin ölümü esnasında bağışlananın ssğ bulunması hususuna teknik anlamda bir şart olarak yer vermemiş olsa bile, kazandırma lehdarının kendi ölümü anında sağ olacağını düşünmekte ve bağışlama konusu değere bizzat bağışlama lehdarının sahip olmasını arzulamaktadır. Bu nedenle, bağışlayanın ölümü esnasında bağışlanan sağ olmamasına rağmen, bağışlananın mirasçılarının ifayı talep edebilmesinin onun bu arzusuna uygun düştüğü söylenemez. Yazara göre, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamaların her açıdan ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlere tâbi tutulması, uygulanacak kuralların tesbiti yönünden de büyük bir pratik kolaylık ve açıklık sağlamaktadır. Bu sayede, aslında BK m. 290/2'deki düzenlemenin amacına da uygun surette, tarafların iradelerine göre dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın bağışlayanın sağlığında hukukî etkilerini doğurup doğurmadığının tayin edilmesi gibi birçok sorun da ortadan kalkmaktadır. Öğüz'e göre, bu görüşün kabul edilmesinin sağladığı faydaya kıyasla, bağışlayanın sağlığında MK m. 527/2 hükmünün kapsamına girmeyen tasarruflarına karşı yeterli koruma sağlanamaması dışında sakıncalı bir tarafı da yoktur. ÖĞÜZ, s. 400-401.

<sup>788</sup> SEROZAN, s. 63. Aral'a göre, bağışlanan borçlar hukuku anlamında alacaklı olmayıp vasiyet alacaklısı sayıldığından, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde mirasçılar hak sahibi olmazlar. Buna karşılık, bağışlayanın sağlığında bağışlanan lehine bir hak doğduğunun kabulü halinde, vadesi borçlunun ölüm anı olan bu alcak hakkı, alacaklının (bağışlananın) mirasçılara geçer. ARAL, s. 199.

bağlı bağışlama sağlararası (*inter vivos*) işlem karakterini korur ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin bazı hükümler sadece kıyasaen uygulama alanı bulur<sup>789</sup>. Zira, dar anlamda ölüme bağlı bağışlama, henüz bağışlayanın sağlığında, borçlar hukuku alanını düzenleyen kurallar çerçevesinde onu hukuken bağlar ve bağışlanana da hukuken güvence altına alınmış bir beklenen hakka kavuşturur. Keza, bağışlayanın mirasçıları da, onun şarta veya vadeye bağlanmış bu borcuna riayet etmek zorunda kalırlar<sup>790</sup>.

Dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın daha bağışlayanın sağlığında borç doğurduğu kabul edildiğinde, bağışlama lehdarı mirasbırakanın kişisel alacaklısı sayılacağından, vasiyet alacaklılarından önce gelecektir. Birinci görüşün savunulması halinde ise, ölen bağışlayanın alacaklılarının hakları, bağışlama lehdarının hakkına göre öncelik taşıyacaktır. Diğer taraftan, birinci görüşü savunulması halinde, BK m. 295 ve m. 296'da düzenlenmiş olan bağışlamadan rücu (geri alma) ilişkin sebeplerin, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada da uygulama alanı bulacağına, ancak rücunun vasiyetname şekillerinden birini uyularak yapılması gerektiğinin kabulü gerekir (MK m. 546/3). İkinci görüşün savunulması halinde ise, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın tek taraflı ortadan kaldırılabilmesi, ancak mirastan ıskat sebeplerinin varlığı halinde, MK m. 546'da yer alan düzenleme uyarınca, vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden biriye yapılması mümkün

<sup>789</sup> Aybay'a göre, BK m. 290/2'de, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaların ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi olacağına düzenlemiş olması, taraflar arasındaki bu muamelenin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu anlamına gelmez. Zira, taraflar sağlararası bir işlemde de hukukî sonucu "ölüm" olgusuna bağlanmış olabilirler. Bu nedenle bu hüküm, daha ziyade bu tür bağışlamaların tâbi olacağı şekle ilişkindir. AYBAY, A., Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 30. Tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin belirli sınırlayıcı kuralların getirdiği sınırlamalardan sıyrılabilmek amacıyla bir kurtuluş yolu olarak seçilebileceğini düşünen kanun koyucu, bu çeşit bağışlamaların, gerek biçim gerekse esas yönünden ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallara tâbi olacağını belirtmiştir. Bu nedenle bu bağışlamanın, miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerektiği gibi, bağışlayan öldüğünde, onun sözleşmeyle yükümlendiği değeri, mirasçıları bağışlanana vermekle yükümlüdür. ZEVLİLİLER, A./ GÖKYAYLA, K. E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 177-178.

<sup>790</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 127; TANDOĞAN, s. 365; FEYZİOĞLU, s. 270; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 155; ARSEBÜK, s. 153; AKBIYIK, Karma Bağışlama s. 52; GÜMÜŞ, s. 259; OLGAC, S., Satış, Trampa Bağışlama, Ankara 1977, s. 448; TONGSİR, 60. Serozan'a göre, ölüme bağlı bağışlama vaadini sağlararası bir işlem olarak nitelendiren bu hukukçuların, buna karşın muameleyi borçlar hukuku alanında katı bir şekilde tecridetmekten kaçınarak miras hukuku alanını düzenleyen hükümleri amaca uygun düşükleri oranda uygulamaları son derece isabetli bir hukukî tutum olarak karşılanmalıdır. SEROZAN, s. 66. Daha bağışlayanın sağlığında borç doğuran bir akit olduğu için ölüme bağlı tasarruflardan (miras sözleşmelerinden) ayrılan tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar, tenfizin ancak bağışlayanın vefatından sonra ve onun mirasçıları tarafından yapılabilmesi sebebiyle ölüme bağlı tasarruflara yaklaşıp. FEYZİOĞLU, s. 270; TONGSİR, s. 60.

olacaktır<sup>791</sup>.

Belirtilen görüşlerden birinin savunulmasının yaratabileceği önemli bir farklılık şu noktada ortaya çıkmaktadır: Dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi halinde, bağışlayanın ölümü anında bağışlananın hayatta olmaması ölüme bağlı tasarrufun yürürlüğe girmesini engelleyecek ve böylece, bağışlananın mirasçıları bağışlama konusu malvarlıksal değer üzerinde hak iddia edemeyeceklerdir (MK m. 548; m. 581). Karşı görüşün savunulması halinde ise, dar anlamda ölüme bağlı bağışlama kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümü anında sağ bulunması geciktirici şartına bağlı olarak düzenlenmemiş ve sadece bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmışsa, kazandırma lehdarı bağışlayanın ölümü sırasında sağ bulunmasa bile kazandırma lehdarının mirasçıları bağışlama konusu malvarlıksal değeri talep edebileceklerdir<sup>792</sup>.

Serozan'a göre, ölüme bağlı bağışlama gibi ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan atipik bir sağlararası işlemde izlenmesi gereken yol, diğer karma karakter taşıyan atipik muamelelerde olduğu gibi, münferit her uyuşmazlıkta hangi yasa hükümlerinin uygulanmasının amaca ve menfaatler dengesine daha uygun düşeceğinin tüme varım yöntemiyle belirlenmesi gerekir. Ölüme bağlı bağışlama vaadinin kendine özgü niteliğinin göz ardı edilmesi ve muamelenin her anlamda miras hukuku alanını düzenleyen hükümlere tâbi kılınması anlamsız ve sakıncalı sonuçları beraberinde getirir. Yazara göre, "BK m. 290/2 kuralının kıyas köprüsünden hangi miras hukuku hükümlerinin geçirileceği de önceden kesinlikle söylenemeyecektir." Yazarın savunduğu görüş çerçevesinde, miras hukukunun saklı paylı mirasçıları ve tereke alacaklılarını koruyan hükümleri amaca uygun düştükleri ölçüde, bu gibi işlemlere de kıyasaen uygulanabilecektir. Böylece, saklı paylı mirasçıların korunması için, kazandırma ölüme bağlı tasarruflar gibi ilk planda tenkis edilecek (MK m. 563; m. 570); mirasbırakanın ivazlı sağlararası işlem alacaklılarının hakkı, bu tür kazandırıcı işlem alacaklılarının haklarının önünde yer alacağından (MK m 603/1), önce mirasbırakanın alacaklıları tatmin edilecek ve ancak geriye bir şey kalması halinde ölüme bağlı kazandırmalar terekeden yerine getirilecektir. Buna karşılık, hukukî işlemin geçerlilik şartları (ehliyet, irade bozuklukları), temsil olanağı, kazandırmanın

---

<sup>791</sup> TANDOĞAN, s. 365.

<sup>792</sup> ÖĞÜZ, s. 399; SEROZAN, s. 65; TANDOĞAN, s. 365.

konusunu, tutarını ve lehdarını belirleme yetkisi ve işlemin sona erdirilmesi konuları kural olarak borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbi olacaktır<sup>793</sup>.

Her iki görüş taraftarları da, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın tâbi olduğu şekle ilişkin olarak miras sözleşmesinin şekline uyulması gerektiği hususunda birleşmektedirler<sup>794</sup> (MK m. 545). Bu nedenle tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, resmî vasiyetname şeklinde iki tanığın katılımıyla resmî memur tarafından düzenlenir (MK m. 532). Ancak, miras sözleşmesi olarak şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilecek olan muamele, tasarrufu yapanın varsayılan iradesi göz önünde bulundurularak, tahvil (konversion) yoluyla vasiyetname olarak ayakta tutulması mümkündür<sup>795</sup>. Ögüz’e göre, Yargıtay’ın, ölüme bağlı bağışlamaların vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerektiğini belirttikten sonra, Medeni Kanuna göre vasiyetnamenin el yazısı, resmî ve sözlü olmak üzere üç şekilde düzenlenebileceğini belirtmesi<sup>796</sup>, ölüme bağlı bağışlamanın sözleşme karakterini göz ardı etmesi bakımından isabetli değildir. Zira, bir sözleşme olması sebebiyle ölüme bağlı bağışlamaların miras sözleşmesinin şekline uygun olarak MK m. 545’de yapılan yollama sebebiyle MK m. 532 uyarınca resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Yazara göre, şekle aykırılıkta kesin hükümsüzlük (BK m. 12) değil, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin iptal edilebilirlik (MK m. 557) müeyyidesi uygulanacaktır<sup>797</sup>.

Serozan ise, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamanın miras sözleşmesinin şekline tâbi olması yönündeki baskın görüşe karşı çıkmakta ve tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadinin geçerliliği için sağlararası bağışlama vaadinde olduğu gibi

<sup>793</sup> SEROZAN, s. 65-66, 221-223. Aynı yönde bkz. SEROZAN, R., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 194. İsviçre Federal Mahkemesi, konuya ilişkin iki kararında da bu alanda kesin bir tutum sergilemekten ve dolayısıyla bu iki zıt görüşten birine katılmaktan kaçınmış ve sorunun çözümünü askıda bırakmıştır (BGE 84 II 247 ve BGE 89 II 87). Zikr. SEROZAN, s. 66, dn. 11; TANDOĞAN, s. 365, dn. 54b. Diğer taraftan Yargıtay eski bir kararında (Yar. 1. HD. 13.3.1961, E. 360-10040/K. 1555) “BK m. 240/II’deki (m. 290/II) vasiyet deyiminden, vasiyetin gerek şekline gerek sonucuna ilişkin hükümlerin kastedildiği anlaşılmaktadır” demek suretiyle, bu konudaki tavrını açıkça sergilememiştir. Yargıtay, daha yeni tarihli bir kararında (Yarg. 16. HD. 17.10.1989, E. 13359/K. 14725) ise, “tenfizi bağışlayanın ölümünden sonra geçerli olmak üzere yapılan bağışlama vasiyet hükmündedir” demek suretiyle, dar anlamda ölüme bağlı bağışlamayı, her yönüyle ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutan görüşü benimsediğini açıkça ortaya koymuştur. ÖGÜZ, s. 396.

<sup>794</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 126; TANDOĞAN, s. 364; ÖGÜZMAN, s. 96-97; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 178; DURAL, M., Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 100.

<sup>795</sup> KANETİ, S., Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s. 196-197; TANDOĞAN, s. 364.

<sup>796</sup> Yarg. 16. HD. 17.10.1989, E. 13359/K. 14725.

<sup>797</sup> ÖGÜZ, s. 396-397.

adi yazılı şeklin yeterli sayılması gerektiğini savunmaktadır (BK m. 288/1). Yazara göre, sağlararası bağışlama vaadinde, bağışlayanın kabul beyanının herhangi bir yasal şekle tâbi tutulmaması (BK m. 14), tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadinin miras sözleşmesinin çapraşık ve ağır şekil törenine tâbi kılınması amacı aşan bir formalitedir. Keza, hukukumuzda, mirasçı nasbı gibi herkesi ilgilendiren kapsamlı aynî etkiler doğuran bir kazandırma bile el yazılı vasiyetname şeklinde düzenlenebiliyorken, kanunun dar anlamda ölümüne bağlı bağışlama için miras sözleşmesinin zahmetli ve masraflı resmî şekil törenini hukukî işlemin bir geçerlilik şartı olarak öngördüğü kolaylıkla söylenemez. Kaldı ki, hukukumuzda ölümüne bağlı kazandırmayı amaçlayan bazı sağlararası işlemler (ölümüne bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme) için bir şekil öngörülmemiş olması, nisbi adaletsizliklere mahal verneme zorunluluğu da, ölümüne bağlı bağışlama vaadini miras sözleşmesinin şekil kalıplarına sıkıştırmaktan kaçınmayı gerektirmektedir. Son olarak, ölümüne bağlı bağışlamayı miras sözleşmesinin şekline tâbi tutmak, hukukî muameleyi kurtarıcı yorum ilkesi (*favor negotii*) ve şekil kurallarının kıyas yoluyla yaydırılmaması yolundaki ana kural ile bağdaştırılmaz. Yazara göre, bu baskın görüşü, hukukumuzda ifanın ancak adi yazılı şeklin yerini tutabileceğı buna karşılık resmî şeklin yerini tutamayacağı yönündeki temel kural ile de uyumlu hale getirmek mümkün değildir. Oysa ki, ölümüne bağlı bağışlamanın sağlıkta tenfizi (geniş anlamda ölümüne bağlı bağışlama-rücu şartlı bağışlama), bu işlemin olası şekil eksikliğini giderici bir güç taşımaktadır. Bu nedenle, ölümüne bağlı bağışlam vaadi de, tıpkı sağlararası bağışlama vaadi gibi adi yazılı şekilde düzenlenebilmelidir<sup>798</sup>.

<sup>798</sup> SEROZAN, s. 69-70. Serozan ile aynı görüşü paylaşan Ertaş'a göre de, BK m. 290'da ölümüne bağlı tasarruflara yapılan atıf sadece maddi anlamda ölümüne bağlı tasarruf yönünden olup, şekli olarak ölümüne bağlı tasarruflara yollama yapılmamıştır. Burada ifası bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine ertelenmiş bir bağışlama sözleşmesi söz konusu olup, BK m. 285 ve devamında düzenlenen diğer bđıř çeşitleri hangi şekle tâbi ise BK m. 290'da düzenlenmiş olan bağış da aynı şekle tâbidir. Ölümüne bağlı tasarruflara atıfta bulunmak suretiyle kanun koyucunun ulaşmak istediğı amaç, bu bağışları ölümüne bağlı tasarruflar gibi tenkise, tenkis sırasına tâbi tutmak, iptal edilmeleri açısından da ölümüne bağlı tasarrufların iptal nedenlerine bağlı tutmaktır. Zira, bu bağışların konusu olan malvarlıksal değerler de, muayyen mal vasiyetlerinde olduğu gibi mirasbirakan ölünceye kadar onun onun malvarlığı içinde kalmaktadır. Bu nedenle, dar anlamda ölümüne bağlı bağışlama, MK m. 545'in resmî, merasimli şekil koşuluna değil BK m. 288'deki şekil koşuluna bağlıdır. Unutulmaması gereken bir diğer nokta hukukumuzda hukukî işlemlerin kural değil, kanunun açıkça öngörmesi halinde bir istisnadır (BK m. 12). Ayrıca ölümüne bağlı tasarrufların yorumunda, işlemi mümkün olduğuunca ayakta tutacak yorumun tercih edilmesi (*favor testamenti*) de miras hukukunun temel kurallarındandır. BK. m. 290'da düzenlenmiş olan dar anlamda ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerektiğı kabul edilse dahi, bu şekle aykırılık mutlak geçersizlik teşkil etmeyecek ve ancak MK m. 557-558 anlamında iptal edilebilirlik şeklinde nispi bir geçersizlik olacaktır. ERTAş, ř., Ölümüne Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölümüne Bağlı Bağışlama İle Rücu, DEÜHFD, c. 7, Özel Sayı Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Y. 2005, s. 53-55.

Gerek ölüme bağlı bağışlamayı ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirenler gerekse ölüme bağlı bağışlamanın sağlararası işlem niteliğini koruduğunu kabul edenler, BK m. 290/2'deki yollamanın kapsamına, ölüme bağlı tasarruf ehliyeti (MK m. 502-503), tasarruf edilebilir kısım (MK m. 505 vd.) ve muhteva (MK m. 514) ile ilgili ölüme bağlı tasarruf kurallarının da gireceğini kabul etmektedirler<sup>799</sup>. Keza, her iki görüş taraftarları, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadinin, ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi, ancak bağışlayan tarafından bizzat yapılabileceğini yani iradî ve kanunî temsilci aracılığıyla gerçekleştirilemeyeceğini; bağışlama konusunun ve kazandırma lehdarının da ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi bizzat bağışlayan tarafından tayin edilmesi gerektiğini ve bu hususları belirlemenin üçüncü kişiye bırakılamayacağını kabul etmektedirler. Yine BK m. 290/2'de yapılan yollamanın kapsamına, ölüme bağlı bağışlamanın ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbi tutulması da girer. Böylece, MK. M. 570'de yer alan düzenleme çerçevesinde, ölüme bağlı tasarruflar, ivazlı olup olmadıklarına bakılmaksızın, ilk planda tenkis edildiklerinden ve sağlararası işlemler ise ikinci planda ve ancak ivazsız olduklarında tenkis edilebileceklerinden, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama ölüme bağlı tasarruflar gibi ilk planda tenkis edilecektir. Buna göre, tenkise önce ölüme bağlı tasarruflardan ve dolayısıyla dar anlamda ölüme bağlı bağışlamalardan başlanacak ve bu muameleler tamamen tenkis edilmelerine rağmen saklı payın sağlanamaması halinde en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek suretiyle sağlararası ivazsız işlemler tenkis edilecektir<sup>800</sup>.

### **III.GENİŞ ANLAMDA ÖLÜME BAĞLI BAĞIŞLAMA (RÜCU ŞARTLI – BAĞIŞLAYANA DÖNME KOŞULLU BAĞIŞLAMA) KAVRAMI**

Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde dar anlamda ölüme bağlı bağışlama olarak nitelendirilen, yerine getirilmesi (tenfizi) bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadinin yanında, BK m. 292 ve Art. 247 OR<sup>801</sup>'de yer alan düzenlemelerde

<sup>799</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 127; TANDOĞAN, s. 364.

<sup>800</sup> ÖĞÜZ, s. 397-398.

<sup>801</sup> Bağışlanın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlanan değerin bağışlayana rücu edeceği saklı tutularak bağışlayan tarafından daha sağlığında tenfiz edilmiş bağış, teknik anlamda ölüme bağlı bağışlama değildir. Bağışlanan malvarlıksal değer, teslim, temlik veya tapuya tescil suretiyle tenfiz edildikten sonra, artık bağışlayanın malvarlığına dâhil olmadığı gibi, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi halinde bağışlayanın terekesine de dâhil olmaz. Bu hüküm, bağışın, bağışlayanın ölümünden

değınilen ve geniş anlamda ölüme bağılı bağışlama olarak nitelendirilen ölüme bağılı bağışlamanın başka bir türüne yer verilmiştir. Geniş anlamda ölüme bağılı bağışlama, kazandırma lehdarının bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlama konusu malvarlıksal değerin bağışlayana dönmesi şartı ile yapılan bağışlamalardır<sup>802</sup>. Ölüme bağılı bağışlamanın bu türünde, bağışlayan, bağışlama vaadini henüz hayatta iken ifa etmekte, başka bir deyişle elden bağışlamayı gerçekleştirmekte, ancak bu tasarruf işlemini kazandırma lehdarının kendisinden önce ölmesi bozucu şartına bağılamaktadır<sup>803</sup>.

---

hemen önce vukubulması halinde de geçerlidir. Bu hallerde, elden bağışlama söz konusu olduğundan sağılararası bağışlamaya ilişkin hükümlere riayet edilmesi yeterlidir. Başka bir deyişle, ölüme bağılı bir kazandırma söz konusu olmadığından ölüme bağılı tasarruf hükümleri uygulama alanı bulmaz. ESCHER, s. 83-84.

<sup>802</sup> Bağışlamanın belirli bir koşula bağılanarak yapılabileceğini düzenleyen BK m. 290/1 hükmü rücu şartlı bağışlamayı da kapsamına aldığından; “Borçlar Kanununun 292. maddesinde, ayrıca dönme koşullu bağışlamayı düzenlemesine gerek yoktur” görüşü ileri sürülebilir. Fakat kanun koyucu bu düzenlemeyi, taşınmazların veya taşınmaz üzerindeki aynı hakların bağışlanması halinde, bu hakkın tapu siciline şerh verilebileceğini (BK m. 292/2) belirtmek üzere getirmiş olup; tapu siciline şerhdilebilecek hususlar sınırlı sayı ilkesine tâbi olduğundan böyle bir düzenlemeye gerek vardır. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 178. Aynı görüşte olan Aral’a göre, BK m. 292/2 hükmünün kapsamı dışında kalan bozucu şartlarda, tapu siciline şarh imkânı mevcut değidir. ARAL, s. 200.

<sup>803</sup> SEROZAN, s. 60; Aynı yönde bkz. SEROZAN, Borçlar Hukuku, s. 194-195; ÖĞÜZ, s. 389; KOCAYUSUFPAşAOĞLU, s. 126; TANDOĞAN, s. 367; FEYZİÖĞLU, s. 271; TONGSİR, s. 62-63; ARSEBÜK, s. 153; YAVUZ, s. 128; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 178; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 170. BK m. 292/2’de belirtildiği üzere: “Bağışlama konusu, taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin ise, bağışlayana dönme koşulu tapu siciline şerh verilebilir.” Böylece, bağışlanan, bağışlama konusu taşınmazı veya taşınmaz üzerindeki aynı hakkı başka kişilere devretse bile dönme koşulu (rücu şartı) onlara karşı ileri sürülebilir.

Burada bir bozucu şart söz konusu olduğundan ve bağışlama konusu malın mülkiyeti teslim veya tescille bağışlanana geçtiğinden, bağışlananın rücu şartını bilen veya bilmesi gereken kötünıyetli üçüncü kişilere malı devretmesi halinde, taşınmazlar açısından şerh yoksa, bu devir geçerli olur ve bağışlayan hukukî korumadan yoksun kalır. Cavin’e göre, rücu şartı bozucu şart niteliğinde olmasına rağmen, geciktirici şarta ilişkin BK m. 171/3 (Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.) hükmü kıyas yoluyla uygulanmalı ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması saklı kalmak kaydıyla, bağışlananın rücu şartı ile bağışmayan tasarrufları geçersiz addedilmelidir. Başka bir ifadeyle, gerek taşınmazların gerekse rücu şartının şerh verilmediği taşınmazların geniş anlamda ölüme bağılı bağışlamanın konusunu teşkil ettiği hallerde, bağışlayan rücu şartını bağışlama konusu malın kendilerine devredildiği kötünıyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmelidir. Yazara göre, rücu şartı gerçekleştiğinde bağışlama ortadan kalkar ve bağışlayan, bağışlama konusu malı bağışlananın mirasçılarından aynı nitelikteki istihkak davasıyla geri alabilir. Bu nedenle, bağışlayanın mülkiyet hakkına bağılı bir öncelik hakkı söz konusu olup, bu hakkın şerh edilmesi suretiyle şahsî değil aynı bir hak kuvvetlendirilmiş olur ve istisnâi nitelikteki bu hüküm (BK m. 292/2) bu yüzden rücu şartından başka bozucu şartlara bağılı bağışlamalara uygulanamaz. CAVIN, P., Schweizerisches Privatrecht, VII/1: Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977, s. 194, zıkr. TANDOĞAN, s. 368-369. Aynı yönde bkz. ARAL, s. 200-201. Aynı görüşü paylaşan Zevkililer/Gökyayla’ya göre, rücu şartlı bağışlama bozucu şarta bağılı olarak yapılmış bir sözleşme olup; bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde şart gerçekleşmiş olacağından, bağışlayan istihkak davasıyla bağışlama konusu malı bağışlananın mirasçılarından geri alabilir. Keza, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı hakkın bağışlayana dönme koşullu bağışlanması tapu siciline şerh verilebildiği halde, başka bir koşula bağılı olarak bağışlanması halinde ise, dönme koşulu dışındaki bu koşullar tapuya şerh verilemez. Zira tapu siciline şerhdilebilecek hususlar sınırlı sayı ilkesine tâbidir. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 178-179. Tandoğan’a göre, şerh rücu şartı gerçekleşmeden ve mülkiyet bağışlayana geri dönmeden önce verilmektedir. Mülkiyetin intikalinin sebebe bağlılığı ve bağışlama ortadan kalkınca geri döneceği kabul edilse mülkiyet hakkının şerhle

Ölüme bağlı bağışlamanın bu türünde de, bağışlayanın kazandırmada bulunmak suretiyle ulaşmak istediği amaç, ölüme bağlı kazandırmalara özgü tipik bir amaç olup; herhangi birinin (kazandırma lehdarının mirasçılarının) değil de sadece şahsına özel bir değer verilen bağışlananın kazandırmadan yararlandırılması amaçlanır. Ancak ölüme bağlı kazandırmada bulunma amacı, bütün hukukî sonuçları ve tasarrufî etkisi daha tasarrufta bulunanın sağlığında tümüyle tamamlanmış tipik bir sağlararası işlem (elden bağışlama) aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Edime derhal kavuşmuş olan bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi, tamamlanmış olan bu tasarruf işleminin bozucu şartı haline getirilmiştir<sup>804</sup>. Böyle bir kazandırıcı işlemin, ölüme bağlı kazandırmayı amaçlamış olmasına rağmen, sağlararası bağışlama olarak kabul edileceği ve BK m. 290/2 hükmü uyarınca ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi bir bağışlamanın varlığından söz edilemeyeceği hususunda öğretide herhangi bir kuşkuyla rastlanmamaktadır. Bu nedenle, geniş anlamda ölüme bağlı bağışlamalar, sağlararası işlemlere ilişkin borçlar hukuku kurallarına tâbidir<sup>805</sup>. Bu ihtimalde, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bozucu şart gerçekleşmiş olacağından, bağışlananın mirasçıları bağışlanan değeri bağışlayana geri verme yükümlülüğü altına girerler<sup>806</sup>.

---

kuvvetlendirilmesi görüşü isabetli değildir. Zira, doğmadan kuvvetlendirilmiş bir mülkiyet söz konusu olamaz; mülkiyet tekrar bağışlayana dönerse kuvvetlendirilmesine ihtiyaç yoktur. TANDOĞAN, s. 369.

<sup>804</sup> Geniş anlamda ölüme bağlı bağışlama halinde, bağışlayanın sağlığında gerçekleşmiş bir bağışlama söz konusu olup bağışlanan bağışlama konusu malın mülkiyetini veya hakkı derhal iktisap eder. Bu iktisap olgusu, taşınır mallar açısından bağışlanana teslim edilmek suretiyle, taşınmazlarda ise resmî biçimde (tapu sicil memuru tarafından) düzenlenen bağışlama sözleşmesine dayanılarak taşınmaz malın bağışlanan adına tapuya tescil edilmesi suretiyle gerçekleştirilir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 126-127; TANDOĞAN, s. 368; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 178; ARAL, s. 200. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, rücu şartı unsurunu teşkil ettiği sözleşmenin şekline tâbi olup; elden bağışlamada herhangi bir şekle riayet edilmesi gerekmezken, taşınmazlara veya taşınmazlar üzerindeki sınırlı aynî haklara ilişkin rücu şartlı bağışlamanın resmî şekilde düzenlenmesi gerekir. ARAL, s. 200.

<sup>805</sup> SEROZAN, s. 60-61, 72-73; ÖĞÜZ, 389; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 126; TANDOĞAN, s. 367-368; FEYZİOĞLU, s. 271; TONGSİR, s. 63-66. Geniş anlamda ölüme bağlı bağışlamada, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamadan farklı olarak, ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin kıyasen de olsa uygulanmasına yer ve gerek yoktur. SEROZAN, Borçlar Hukuku, s. 195. Yargıtay, isabetli olmayan bir kararında (Yar. 2. HD. 12.2.1976, E. 710/K. 1159), BK m. 292 hükmü çerçevesine giren geniş anlamda ölüme bağlı bağışlamayı, BK m. 290/2'de düzenlenmiş olan tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama olarak nitelendirmiş ve ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutmuştur. Serozan'a göre, Yargıtay, bu kararında, anlaşılmaz bir şekilde, bağışlayanın bozucu şart gerçekleşmeden önce ölmesi halinde bozucu şartın geciktirici şarta dönüştüğünü varsaymıştır. SEROZAN, s. 73, dn. 19. Aynı yönde bkz. ÖĞÜZ, s. 390.

<sup>806</sup> Aral'a göre, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bozucu şart gerçekleşmiş olacağından bağışlama sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve bağışlayan, bağışlananın mirasçılarına karşı aynı istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası açmak suretiyle iade talebinde bulunabilir ARAL, s. 201. Ancak, istihkak davasının varlığı sebepsiz zenginleşme bulunmadığını göstereceğinden

Rücu şartlı bağışlamalarda şartın tasarruf işlemine ilişkin bir bozucu şart olduğu genellikle kabul edilmektedir<sup>807</sup>. Bu görüşe göre, BK m. 292 kapsamına giren bağışlamalarda, bağışlanan bağışlayandan önce ölürse bozucu şart gerçekleşmiş olacağından bağışlama konusu malvarlıksal değer mülkiyeti veya hak kendiliğinden bağışlayana dönecektir<sup>808</sup>. Öğretideki bir diğer görüşe göre, BK m. 292'deki düzenlemede bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi yani bozucu şartın gerçekleşmesi halinde, bağışlama konusu malvarlıksal değer kendiliğinden bağışlayana dönmesi öngörülmemiş, bağışlayana, bu değeri geri almayı sağlayacak

---

bu iki talebin yarışması mümkün değildir.

<sup>807</sup> Gümüş'e göre, bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözü vermede, sözleşmenin ifası için ifa sebebine dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi (tasarrufi kazandırma) değil borç sözleşmesi niteliğindeki bağışlama sözleşmesi "bağışlananın bağışlayandan önce ölümü" bozucu şartına bağlanır. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, daha ziyade bağışlananın bozucu şartla bağlı olmasından söz etse de (Yar. 1. HD. 6.7.2004, E. 5339/K. 8289), nispeten eski bir kararında tasarruf işleminin şartla bağlı olduğundan söz etmektedir (Yar. 1. HD. 26.11.1993, E. 14255/K. 14419). GÜMÜŞ, s. 259, 259 dn. 1001.

<sup>808</sup> Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bozucu şart gerçekleşmiş olacağından bağışlanan şeyin mülkiyeti bağışlayana döner, başka bir ifadeyle bağışlama sözleşmesine dayalı aynı hak iktisapları kendiliğinden geçersiz hale gelir ve bağışlananın mirasçıları bağışlama konusu malı bağışlayana geri vermekle yükümlü olurlar. Bu durumda bağışlayan aynı nitelikteki iade talebini istihkak davası ile ileri sürer. TANDOĞAN, s. 367; TONGSİR, s. 63. Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bozucu şart gerçekleşmiş olur ve bağışlayan, istihkak davası ile bağışlama konusu malvarlıksal değeri bağışlananın mirasçılarından geri alabilir. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 179. Bir tasarruf işlemi ya temelindeki borçlandırıcı işlemle birlikte ya da tek başına bozucu şartla bağlanabilir. Bozucu şartla bağlanan tasarruf işlemi, baştan itibaren şartla bağlı olmayan bir tasarruf işleminin bütün sonuçlarını doğurur. Sirmen'e göre, kazandırma lehdarının bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartına bağlı bağışlama sözleşmesi bozucu şartla bağlı tasarruf işlemlerine verilebilecek en yakın örneklerden biridir. Kendisine bir mal bağışlanmış olan kimse, mülkiyeti devir işleminin yapılmasıyla birlikte mülkiyet hakkını derhal iktisap eder ve bu haktan doğan bütün yetkileri kullanmaya başlar. Ancak bozucu şartla bağlı olarak devredilen hak, şartın gerçekleşmesi yani bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi üzerine hiçbir işleme gerek olmaksızın *ipso iure* eski sahibine döner. Bu açıdan bakıldığında, hakkı devreden kimsenin, tıpkı geciktirici şartla bağlı tasarruf işleminde hakkı şartla bağlı olarak devralanına benzer bir beklenen hakkı vardır. Nitekim bu beklenen hak BK m. 171 hükmüyle korunur. Özellikle bozucu şartla bağlı olarak hak sahibi olanın ara tasarrufları, şartın gerçekleşmesi üzerine tasarrufta bulunanın geri dönecek hakkını ihlâl ettiği takdirde geçersiz addedilecektir (BK m. 171/3). Ancak bozucu şartla tasarrufta bulunanın, beklenen hakkını ihlâl eden tasarrufa izin veya icazet vermesi halinde ya da iyiniyetle iktisabın korunduğu hallerde geçersizlik söz konusu olmayacaktır. Yazara göre, kazandırma lehdarının bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartına bağlı bağışlamada (bağışlayana dönme koşullu bağışlama) sicile şerh imkânı verilerek (BK m. 292/2), iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesi sağlanmıştır. Ancak şerh sicili tasarruf işlemlerine kapatmayacağından, lehdarın tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olduğundan söz edilemez. Bu nedenle taşınmaz bağışlanırken resmî senetle kazandırma lehdarının bağışlayan hayatta olduğu sürece taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklayan kayıtlar konulmasının hiçbir değeri yoktur. Ayrıca nelerin tapu siciline şerh verilebileceği Kanun'da açıkça belirtildiğinden, böyle bir kayıt şerhin kapsamına da alınamayacaktır. Son olarak belirtilmelidir ki, bu tür şartlar ekonomik özgürlüğün aşırı ölçüde sınırlandırılması anlamına geleceğinden, bunların geçerliliği şüphelidir. Bozucu şartın gerçekleşmesinin aynı etki doğuramayacağı görüşünde olan yazarlara göre, bağışlayana dönme koşullu bağışlamada da bozucu şartın gerçekleşmesi sadece taşınmazın iadesini talep hakkı doğuracağından, söz konusu şerhin işlevi de MK m. 1009 anlamında bu şahsî hakkı güçlendirmek olacaktır. SİRMEN, A. L., Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 157-158.

bir talep hakkı tanınmıştır<sup>809</sup>. Öz'e göre, Borçalar Kanunumuzun ifadesi birinci görüşü destekler nitelikte ise de, BK m. 292'nin karşılığı olan Art. 247 OR'de yer alan düzenlemede malın geri dönmesi hakkının (Droit de retour-Rückfallsrecht) şerh verilmesinden söz edilmiş olması ikinci görüşü destekler nitelikte olup, bu çözüm eşya hukukunun şahsî hakların şerhi sistemi ile de bağdaşmaktadır. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinmediği dönemde, taşınmazlarda şerh (BK m. 292/2), üçüncü şahısların bağışlanandan iyiniyetle aynî hak iktisap ettikleri iddiasını şart gerçekleştikten sonra bağışlayana karşı ileri sürmelerini engeller. Aynî hakkın kendiliğinden geri dönmeyip iade borcu doğduğu yönündeki ikinci görüşün kabul edilmesi halinde, şerhin etkisi "şahsî hakkı güçlendirerek üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlama" (eşyaya bağlı borç yaratma) olacaktır. Taşınır mallarda ise, iyiniyetli üçüncü şahısların bağışlanandan aynî hak iktisapları, MK m. 988 hükmü çerçevesinde korunur<sup>810</sup>.

Gümüş'e göre, bağışlananın bağışlayandan önce ölümü halinde, bozucu şarta bağlı bağışlama sözleşmesi kural olarak ileriye etkili olarak (BK m. 173/3) sona erer. Böylece, bağışlananın bağışlama sözleşmesi geçerli iken yapılan tasarruf işlemine dayalı iktisabı korunmuş olur. Ancak bu iktisap artık geçerli bir hukukî sebebe dayanmadığından, bağışlayan bağışlayanın mirasçılara yönelik sebepsiz zenginleşme davası ile yani şahsî nitelikteki talep hakkına dayalı olarak bağışlama konusunun iadesini sağlayacaktır. Bozucu şartın gerçekleşmesinden sonraki iade talebi, kural olarak şahsî bir talep (alacak hakkı) niteliğindeki sebepsiz zenginleşme talebi olduğundan, BK m. 292/2'de sözü edilen bağışlayana dönme koşulunun tapu kütüğüne şerhi, MK m. 1009 anlamında bir şahsî bir hakkın şerhidir. Bağışlama sözleşmesinin değil, tasarruf işleminin bozucu şarta bağlandığı yönündeki görüşün kabulü halinde ise, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde iade talebi istihkak davasına dayanır. Bu durumda BK m. 292/2'ye dayalı bağışlayana dönem koşullu bağışlamanın şerhi, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırıcı nitelikteki bir tasarruf sınırlaması şerhidir<sup>811</sup>.

<sup>809</sup> OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s. 200, dn. 423a; HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 427 vd.

<sup>810</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 896-897.

<sup>811</sup> GÜMÜŞ, s. 260-261.

## SONUÇ

Klasik hukuk döneminde *donatio mortis causa*, ölüme bağlı tasarrufta bulunmak amacıyla kullanılan ve bu amaç çerçevesinde şekillenen bir muameleydi. Bu açıdan bakıldığında, bağışlananın *donatio mortis causa*'yı kabul etmesi, bir kimsenin ölümü sebebiyle iktisapta bulunulması yani *mortis causa capio* olarak değerlendirilmekteydi. Tarafların bu muamele ile ulaşmak istedikleri amacın idrak edilmesi neticesinde, gerek kanun koyucu gerekse hukuk ilmi, *donatio mortis causa*'yı, zamanla, hukuk politikasına ilişkin sebeplerden ötürü, miras hukuku alanını düzenleyen bir dizi kurala tâbi kılmış; *donatio mortis causa* ile *legatum*'un tâbi oldukları hukukî rejim gittikçe daha geniş ölçüde birbirine yakınlaştırılmıştır. Bu kuralların başında, ölüme bağlı tasarruflar neticesinde iktisapta bulunma ehliyetine getirilen kısıtlamalar (*lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Iulia et Papia*, *lex Iunia Norbana*), *lex Falcidia*, saklı paya ilişkin düzenlemeler, muameleyi geri alma yetkisi ve muayyen mal vasiyeti alacaklısının *fideicommissum* ile yükümlendirilmesi olanağı gelmekteydi.

*Donatio mortis causa*'nın bir taraftan sağlararası işlemlerin diğer taraftan da ölüme bağlı kazandırmaların özelliklerini bünyesinde barındıran karma bir işlem karakterine sahip olması bazı problemleri beraberinde getirmiş; terekenin bağışlama muameleleri neticesinde boşaltılmasını önlemek amacıyla, miras hukuku alanına ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler gittikçe *donatio mortis causa*'yı da kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Bu sınırlayıcı düzenlemelerin varlığı ise, *donatio inter vivos* ile *donatio mortis causa* arasında keskin bir ayırım yapılması ihtiyacını ve zorunluluğunu beraberinde getirmiştir. Bu ayırım için belirleyici olan ölçüt ise, en azından bağışlananın bağışlayandan önce öldüğü haller için bir istirdat talebinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının tesbiti olmuştur. İstirdat talebinin kararlaştırılmadığı hallerde, bağışlayan yakında öleceği düşüncesiyle bağışlamada bulunmuş olsa bile, *donatio inter vivos*'un mevcut olduğu kabul edilir ve miras hukuku alanına ilişkin yasal düzenlemeler uygulama alanı bulmazdı. Buna karşılık, taraflar düzenlemiş oldukları muameleyi *donatio inter vivos* olarak isimlendirmek suretiyle miras hukuku alanındaki sonuçlardan kaçınamazlardı. Böyle bir durumda bağışlayanın istirdat hakkına sahip olduğu sonucuna varılabiliyorsa, taraflar arasındaki muamelenin *donatio mortis causa* olduğu kabul edilirdi.

Daha klasik dönem hukukçuları, *donatio mortis causa*'nın ölüme bağlı tasarruf vazifesi gördüğü olgusunu göz ardı etmemişler ve *donatio mortis causa*'yı birçok bakımdan *legatum* için geçerli olan kurallara tâbi kılmışlardır. *Iustinianus* ise, şekil yönünden de aynı kuralları öngörerek her iki muameleyi hemen hemen her açıdan şematik bir biçimde eşitlemiş ve bu gelişim sürecini noktalamıştır. Bu gelişmeye yol açan asıl sebep, *Iustinianus*'un hukuku sadeleştirme ve yeknesaklaştırma çabaları olmuş fakat *Iustinianus*, bu iki hukuk kurumunu aynı hükümlere bağlarken *donatio mortis causa*'nın sağlararası işlem niteliğini yadsımayı hiç düşünmemiştir.

Klasik dönem hukukçuları *donatio mortis causa* ile bağışlayanın belirli bir zamanda veya belirli bir sebeple ölmesi neticesinde hükümlerini doğurmaya başlayan veya hükümden düşen muameleleri anlamaktaydılar. Bağışlayan, kendisinde yakında öleceği düşüncesini yaratan bir hastalık veya hâlihazırda mevcut ya da gelecekte gerçekleşme olasılığı olan bir tehlike sebebiyle bağışta bulunabileceği gibi (*donatio mortis causa periculo imminente*); konuya ilişkin literatürde tartışmalı bir husus olmakla birlikte, somut bir ölüm tehlikesi olmaksızın sadece günün birinde her insanın ölceği düşüncesiyle de bağışta bulunabilirdi (*donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*).

Kaynaklarda bağışlayanı ölüme bağlı bağışlama muamelesi yapmaya sevk eden somut bir tehlikeye ilişkin olarak her şeyden önce *hastalıktan* söz edilmekte ve bunun yanında tehlikeli bir yolculuk ve askerlik hizmeti örnek olarak verilmektedir.

Klasik hukuk döneminde ölüme bağlı bağışlama genellikle bozucu şarta bağlı olarak yapılmaktaydı. Yani bağışlama konusu malın mülkiyeti derhal bağışlanana nakledilir ve istirdat talebinin ileri sürülebilmesini sağlayan bir durumun ortaya çıkması halinde ise bağışlayan *condictio* ile iade talebinde bulunurdu. Nadir olarak başvurulmakla birlikte olası olan bir diğer yol ise, *donatio mortis causa*'nın geciktirici şarta bağlı olarak düzenlenmesiydi. Ölüme bağlı bağışlamanın bu türünde, mülkiyet ancak bağışlayanın ölümü üzerine bağışlanana intikal ederdi. Bağışlayanın hayatta olduğu süre zarfında istirdat talebinin ileri sürülmesine imkân veren bir durum gerçekleşirse, bağışlayan *rei vindicatio* ile iade talebinde bulunurdu. Başka bir ifadeyle, klasik hukuk döneminde *condictio* ve *rei vindicatio* istirdat hakkının

yaptırımını sağlayan iki hukukî vasıta görevini görmekteydi.

Klasik hukuk döneminde, bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi veya bağışlayanın kendisini bu muameleyi yapmaya sevk eden somut ölüm tehlikesini atlatması halinde bağışlama konusu malın iadesinin talep edebilmesi *donatio mortis causa*'nın esaslı unsuru (*essentialia negotii*) niteliğindeydi. Zira bağışlayan ölüme bağlı tasarruflara özgü tipik bir amaçla hareket etmekte ve herhangi bir kimsenin (bağışlananın mirasçılarının) değil, sadece şahsına özel bir değer verilen bağışlananın bu kazandırmadan yararlanmasını amaçlamaktadır. Bağışlayan, *D.39.6.1 pr.*'da belirtildiği üzere, bağışlama konusu malvarlıksal değeri kazandırma lehdarından (bağışlanandan) çok kendisine layık görmekte, fakat kendi mirasçılarına bırakmaktansa, kazandırma lehdarına bırakmayı tercih etmektedir. Klasik hukuk döneminde, bağışlayanın, yaşadığı müddetçe istediği zaman muameleden dönme hakkına sahip olup olmadığı, başka bir deyişle genel nitelikteki bir cayma hakkının (*revocatio ex paenitentia*) varlığı hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı yazarlara göre, genel nitelikteki cayma hakkı klasik hukuk dönemine ait metinler üzerinde *Iustinianus* döneminde yapılan *interpolatio* çalışmaları neticesinde bu metinlerdeki yerini almış olup, bu hak, aslında klasik sonrası hukuk döneminin bir ürünüdür. Ancak gerek somut bir ölüm tehlikesinin varlığı gerekse bu tehlikenin atlatılıp atlatılmadığının tesbiti bağışlayanın takdirine bırakıldığından, bu sorunun açıklığa kavuşturulması pratik bir önemi haiz değildir.

*Donatio mortis causa*, sağlar arasında yapılan bir işlem olarak eşler arasındaki bağış (*donatio inter virum et uxorem*) yasağı açısından da önemli bir yere sahipti. Zira *donatio mortis causa inter virum et uxorem*, eşlere, bu bağış yasağına rağmen, henüz hayattayken bu tarz tasarruflarda bulunabilme imkânı sunmaktaydı. Eşler, bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi geciktirici şartına bağlı bağışlama muamelesi yapmak suretiyle bu yasağı dolanabilmekteydiler. Zira bu durumda, muamelenin hükümleri bağışlayanın ölümünden sonra doğduğundan evlilik birliğinin varlığından söz edilememekteydi.

Ölüme bağlı bağışlama muamelesi ile olağan bağışlama muamelesi kuruluş bakımından aynı kurallara tâbidir. Ancak olağan bağışlama muamelesinin kurulması neticesinde bağışlananın malvarlığında derhal bir artış söz konusu olurken ölüme

bağlı bağışlama muamelesinde böyle bir sonuç söz konusu olmayıp muamelenin hükümlerini doğurması için bağışlayanın veya üçüncü bir kişinin ölümünün beklenmesi gerekir (*D.39.5.1 pr.*, *D.39.6.11*). Bu durumda ölüme bağlı bağışlama muamelesinin hükümlerini doğurması, bu muamele ile ulaşılmak istenen amaç dolayısıyla, bağışlayanın ölümüne kadar ertelenmiş olur. Ancak bu konuda ileri sürülen ve çok sayıda destekçisi olan bir diğer görüşe göre, ölüme bağlı bağışlama muamelesi kurulduğu andan itibaren hükümlerini doğurur ve artık yalnızca bu muamelenin feshi veya iptal edilmesi söz konusu olabilir.

Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde “dar ve gerçek anlamda ölüme bağlı bağışlama” olarak nitelendirilen yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama vaadi, gerek bağışlayanın ölümü geciktirici vadesine bağlanmış bağışlamaları; gerekse kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünde sağ bulunması geciktirici şartına bağlı bağışlamaları kapsar. Türk ve İsviçre hukuklarında, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın her iki türü de ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tâbi tutulmuştur. Zira, ölüme bağlı bağışlamanın bu iki türünde de bağış, bağışlayanın malvarlığından değil terekesinden karşılandığından, bağışlama muamelesi maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufu bünyesinde barındırır.

## ABSTRACT

The dissertation is entitled “Gifts in Contemplation of Death (*Donatio Mortis Causa*) in Classical Roman Law and Its Appearance in Turkish Law”

The *donatio mortis causa* of Roman law was regarded as a special form of conditional gift. As described in *Justinians’s Institutes* 2.7.1, gift in contemplation of death is one where the donar anticipates dying and gives the thing on the understanding that if he dies the donee shall keep it, but if he survives or changes his mind or the donee passes away first, he shall have it back.

The donor might contemplate death by reason of illness or as described in *Justinians’s Digest* (D.39.6.3-6) by way of the danger of impending death, either threat from enemies or robbers; on account of the cruelty or hatred of a powerful man; when anyone is about to undertake a sea voyage or travel through dangerous places; or when one is exhausted by old age. As it is understood from the texts, only general contemplation of death is also sufficient although it was not related with any impending danger. As stated by *Gaius* in D.39.6.31.2, *donatio mortis causa* may be made with the expectation of mortality for the reason that we will die sometime or other.

The formal requirements for making gift *mortis causa* were in general the same as for making an *inter vivos* gift. As stated by *Justinian* in C.8.56.4, if the gift was made in presence of five witnesses, it could have the same effect as a legacy (*legatum*).

The aim of the donor for making *donatio mortis causa* is transparently described by *Paulus* in D.39.6.35.2: Who makes a *donatio mortis causa* thinks of himself and because of his love of life, prefers to keep the property rather than to give it away. This is the reason why it is commonly said that the donor prefers that he should have the property rather than the donee, but that the donee should have it rather than his heir.

As a general rule, donor could revoke the *donatio mortis causa* at will before his death at least under *Justinian* law. But it is unclear whether the same rule was applied in classical law. Texts of classical jurists which mention that donor could

revoke gift *mortis causa* at will have been suspected of *interpolatio*.

In classical law it was disputed between jurists whether a *donatio mortis causa* was a gift or a legacy. Some of the rules related with legacies were applied to gifts *mortis causa* and finally, *Justinian* gave rise to a substantial assimilation.

## KAYNAKÇA

**AKBIYIK, C.** : Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997

**AKBIYIK, C.** : Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul 2012

**AKINTÜRK, T.** : Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AÜHFD, c. 27, S. 1-4, Y. 1970

**ALTOP, S.** : Roma Hukukunda Kölelik, İstanbul 2002

**ANTALYA, G.** : Miras Hukuku, İstanbul 2009

**ARAL, F.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007

**ARSEBÜK, E.** : Bağışlama, AÜHFD, c. 5, S. 1-4, Y. 1948

**AYBAY, A.** : Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2003

**AYİTER, K.** : Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963 (Aile Hukuku)

**AYİTER, K.** : Klasik Roma Hukukunda Dos'un Tesisi, Ankara 1958.

**BORKOWSKI, A.** : Deathbed Gifts, The Law of Donatio Mortis Causa, New York 2005

**BORKOWSKI, A./PLESSIS, P.** : Textbook on Roman Law, Oxford University Press, 2005

**BUCKLAND, W.W.** : The Main Institutions Of Roman Private Law, Cambridge University Press 1931 (Main)

**BUCKLAND, W.W.** : A Text-Book of Roman Law From Augustus To Justinian, Florida 1990 (Text-Book)

**BUCKLAND W.W.** : A Manuel of Roman Private Law, Aalen 1981 (Manuel)

**BUCKLAND, W.W.** : Elementary Principles Of The Roman Private Law, New York 2003 (Elementary)

**BUCKLAND, W.W.** : The Roman Law of Slavery, Cambridge University Press 2010 (Slavery)

**BURCKHARD, H.** : Zum Begriff Der Schenkung, Würzburg 1899

**BURDICK, W. L.** : The Principles of Roman Law and Their Relation To Modern Law, New Jersey 2004

**BRUCK, F. E.** : Die Schenkung Auf Den Todesfall Im Griechischen Und Römischen Recht, Zugleich Ein Beitrag Zur Geschichte Des Testaments, Aalen 1968

**COHEN A.** : Die Lehre Des Römischen Rechtes Von Der Schenkung Von Todeswegen, München 1878

**CROOK, J.** : Law And Life of Rome, New York 1987

**DI MARZO, S.** : Roma Hukuku (çev. Umur, Z.), İstanbul 1959

**DROPSIE, M. A.** : The Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in The Event of Death (Mortis Causa Donationes), Littleton 1996

**DURAL, M.** : Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980

**DURAL, M./ÖZ, T. :** Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2011

**EMİROĞLU, H. :** Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi, AÜHFD, c. 50, S. 1-4, Y. 2001 (Mal Rejimi)

**EMİROĞLU, H. :** Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003.

**ERDOĞMUŞ, B. :** Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem, İstanbul 1984

**ERDOĞMUŞ B. :** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005 (Borçlar)

**ERDOĞMUŞ, B. :** Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2006 (Eşya)

**EREN, F. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006

**ERTAŞ, Ş. :** Ölüme Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölüme Bağlı Bağışlama İle Rücu, DEÜHFD, c. 7, Özel Sayı Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Y. 2005

**ESCHER, A. :** Medeni Kanun Şerhi, Üçüncü Kısım Miras Hukuku, Madde 457-640, çev. Ansay, S. Ş., Ankara 1949

**FEYZİOĞLU, F. N. :** Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, c. I, İstanbul 1970

**GOUDSMIT, J. E. :** The Pandects; A Treatise on The Roman Law, And Upon Its Connection With Modern Legislation (Transleted by De Tracy Gould, R.), New Jersey 2005

**GÖNENÇ, F. İ. :** Roma Hukukun'nda Boşanma (Divortium), EÜHFD, c. VII, S. 1-2, Y. 2003, 645-654

**GÖNENÇ, F. İ. :** Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010 (Kadın).

**GÜMÜŞ, M. A.**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012

**GÜNAL, A. N.** : Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006

**GÜNAL, A. N.** : Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras, AÜHFD, c. 44, S. 1-4, Y. 1995 (Roma Miras Hukuku)

**GÜNAL, A. N./KÜÇÜKGÜNGÖR, E.** : Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları, Ankara 2002

**GÜNEŞ CEYLAN, S.** : Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008 (Evlenme)

**GÜNEŞ CEYLAN, S.** : Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004

**GÜRSOY, K. T.** : Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, AÜHFD, c. 10, S. 1-4, Y. 1953

**GÜRTEN, K.** : Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara 2008

**HADLEY, J.** : Introduction To Roman Law In Twelve Academical Lectures, Colorado 1996

**HARDER, M.** : Zuwendungen Unter Lebenden Auf Den Todesfall, Berlin 1968

**HARKE, J. D.** : Römisches Recht Von der klassischen Zeit bis zu den Modernen Kodifikationen, München 2008

**HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.** : Eşya Hukuku, İstanbul 1991

**HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A. :** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992 (Borçlar)

**HAUSMANINGER, H. /SELB, W. :** Römisches Privatrecht, Wien 2001

**HAYMANN, F. :** Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus, 39, 6, SZ 38 (1917), 209-243

**HONIG, R. :** Roma Hukuku (çev. Talip, Ş.), İstanbul 1938

**HONSELL, H. :** Römisches Recht, Zurich 2005

**HONSELL, H. / MAYER-MALY, T. / SELB, W. :** Römisches Recht, Salzburg-Wien 1986

**HUNTER, W. A. :** A Systematic And Historical Exposition of Roman Law, Translated by Cross, A., Edinburgh 1920

**İMRE, Z./ ERMAN, H. :** Miras Hukuku, İstanbul 2010

**İNAN, A. N./ERTAŞ, Ş./ALBAŞ, H. :** Miras Hukuku, Ankara 2004

**JOHNSTON, D. :** The Roman Law of Trusts, New York 1988

**JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B. :** Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge University Press 1972

**JUNG, P. :** Das Rückforderungsrecht des Schenkers mortis causa, Festschrift für Bruno Huwiler, Bern 2007

**KADEN, E. H. :** Das Schrifttum der Jahre 1950-1953 zur Römischen Bereicherungslehre, SZ 71

**KANETİ, S. :** Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972

**KARADENİZ, Ö.** : Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976 (İş İlişkileri)

**KARADENİZ, Ö.** : Roma Hukukunda “Peculium” Müessesesi, AÜHFD, c. 25, S. 1-2, Y. 1968 (Peculium)

**KARADENİZ ÇELEBİCAN, Ö.** : Roma Eşya Hukuku, Ankara 2006 (Eşya)

**KARADENİZ ÇELEBİCAN, Ö.** : Roma Hukuku, Ankara 2005

**KARLOWA, O.** : Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Band, Leipzig 1901

**KASER, M..** : Das Römische Privatrecht, Bd. 1, München 1971(RPR I).

**KASER, M.** : Das Römische Privatrecht, Bd. 2, München 1975(RPR II).

**KASER, M.** : Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige Geschäfte im Römischen Recht, Wien 1977 (Verbotsgesetze).

**KASER, M.** : Römische Rechtsgeschichte, Göttingen 1993

**KASER, M./KNÜTEL, R.** : Römisches Privatrecht, München 2005

**KOCAAĞA, K.:** Vasiyeti Yerine Gtirme Görevlisinin Hukukî Niteliği, GÜHFD, c. 6, S.1-2, Y. 2002

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.** : Miras Hukuku, İstanbul 1978

**KOSCHAKER, P./AYİTER, K.** : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977

**KUNTZE, J. E.** : Institutionen und Geschichte Des Römischen Rechts, Band II, Leipzig 1869

**KÜÇÜKGÜNGÖR, E.** : Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Ankara 2007

**KÜÇÜKGÜNGÖR, E.** : Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD, c. 45, S. 1-4 Y. 1996 (Muayyen Mal Vasiyeti)

**KÜÇÜKGÜNGÖR, E.** : Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002 (Depositum)

**LEAGE, R. W.** : Roman Private Law Founded On The “Institutes” Of Gaius And Justinian, Florida 1994

**LEE, R. W.** : The Elements of Roman Law With A Translation of The Institutes of Justinian, London 1956

**LEVY, E.** : West Roman Vulgar Law: The Law Of Property, Philadelphia 1951

**LIEBS, D.** : Die Schenkung von Todes wegen im Römischen Recht, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009 (Schenkung)

**LIEBS, D.** : Römisches Recht, Bonn 2004

**LOTMAR, P.** : Über Causa Im Römischen Recht, München 1875

**MACKINTOSH, J.** : Roman Law in Modern Practice, Littleton 1995

**MAYER-MALY, T.** : Römisches Recht, Wien 1999

**MAYER-MALY, T.** : Homer In Römischen Rechtstexten, TR, s. 231-242, Vol. 72, 2004 (Homer)

**MELVILLE, R. D.** : A Manuel Of The Principles Of Roman Law Relating To Persons, Property And Obligations, Edinburgh 1915

**MOUSOURAKIS, G.** : The Historical and Institutional Context of Roman Law, Cornwall 2005

**NICHOLAS, B.** : An Introduction To Roman Law, New York 1962

**NIKOLSKY, B. W.** : Die Schenkungen Zwischen Ehegatten, SZ 24 (1903), 441-450

**OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

**OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö.** : Eşya Hukuku, İstanbul 1992

**OĞUZMAN, M. K.** : Miras Hukuku, İstanbul 1995

**OĞUZ, A.** : Roma Hukukunda Bağış Kavramı ve Bağışa Getirilen Yasaklar, Doçentlik Tezi, Ankara 1999

**OĞUZ, A.** : Roma Hukuku'nda Mülkiyeti Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*), AÜHFD, c. 47, S. 1-4, Y. 1998 (*Traditio*)

**OĞUZ, A.** : Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmesinin Karşılaştırılması, AÜHFD, c. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990 (İnançlı İşlem)

**OĞUZ, A.** : Muvazaa Kuramının Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD, c. 45, S. 1-4, Y. 1996 (Muvazaa)

**OLGAÇ, S.** : Satış, Trampa Bağışlama, Ankara 1977

**ÖĞÜZ, T.** : Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996

**RADO T.** : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1982 (Borçlar)

**RADO, T.** : Principatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı, İstanbul 1954

**REİSOĞLU, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008

**RICKET, C. E. F.** : Charitable Giving in English and Roman Law, A Comparison of Method, CLJ, pp. 118-147, Vol. 38, 1979

**ROBY H. J.** : Roman Private Law In The Times of Cicero and of The Antonines, V. I, Cambridge University Press 2000

**RÜGER, D.** : Die *Donatio Mortis Causa* im klassischen Römischen Recht, Berlin 2010

**SCHANBACHER, D.** : Zur Bedeutung Der Leistungszweckbestimmung Bei Der Übereignung Durch *Traditio* Und Beim Leistungsversprechen Durch *Stipulatio*, TR, s. 1-28, Vol. 60, 1992

**SCHULZ, F.** : Classical Roman Law, Oxford University Press 1961 (Classical)

**SCHULZ, F.** : Principles Of Roman Law, Transleted by Wolf M., Oxford University Press 1956

**SCHWARZ, A.B.** : Roma Hukuku Dersleri (çev. Rado, T.), c. I, İstanbul 1943

**SEROZAN, R.** : Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979

**SEROZAN, R.** : Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, c. II, İstanbul 2001 (Karma Rejim)

**SEROZAN, R.** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002 (Borçlar Hukuku)

**SEROZAN, R./ENGİN, B. İ.** : Miras Hukuku, Ankara 2012

**SHERMAN, C. P.** : Roman Law In The Modern World, Vol. II, Boston 1922

**SIMONIUS, P.** : Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht, Basel 1958

**SİRMEN, A. L.** : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992

**SOHM, R.** : The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law, (Transleted by Ledlie, J. C.), New Jersey 1970

**SOMER, P.** : Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Y. 2002 (Aile)

**SOMER, P.** : Roma Hukukunda Vergilendirme, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 697-716

**SOMER, P./GÖNENÇ, F. İ.** : Roma Hukukunda Vergi Toplama Şirketleri (Societas Publicanorum veya Societas Vectigalis), Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 717-730

**STEIN, P.** : The Two Schools of Jurists in The Early Roman Principate, CLJ, pp. 8-31, Vol. 31, 1972

**SUBAŞI, P.** : Roma Hukukunda Usucapio Pro Donato ve Pro Dote, AÜHFD, c. 1, S. 1-4, Y. 1943.

**SUNGURTEKİN Ö./TÜRKOĞLU Ö.** : Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008

**TAHİROĞLU, B.** : Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001 (Mülkiyet)

**TAHİROĞLU B.** : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012 (Borçlar)

**TAHİROĞLU, B.** : Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri, İÜHFM, c. XXXVIII, S. 1-4, Y. 1973, s. 521-545

**TAHİROĞLU, B./ERDOĞMUŞ, B.** : Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2010

**TAHİROĞLU, B./ERDOĞMUŞ, B.** : Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012 (Roma Hukuku).

**TAMER GÜVEN, D.** : Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı, İÜHFM, c. LVII, S. 1-2, Y. 1999

**TAMER, D.** : Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009

**TANDOĞAN, H.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, Ankara 1985

**TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

**THOMAS, J. D.** : Some Aspects Of The Law Of Donation, Law Journal Library, Acta Juridica, 1965/1966

**TONGSİR, F. B.** : Bağışlama, Mahiyeti, Nevileri, Hususiyet ve Neticeleri, Türk Hukukunda ve Talî Olarak Bazı Yabancı Hukuklarda, İstanbul 1953

**TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, G.** : Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması, DEÜHFD, c. 7, S. 1, Y. 2005

**TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, G.** : Roma Hukukunda Actio De Peculio, DEÜHFD, c. 7, S. 2, Y. 2005 (Actio De Peculio)

**ULUSAN, İ.** : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984

**UMUR, Z.** : Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları, İÜHFM, c. XXXI, S. 1-4, Y. 1965

**UMUR, Z.** : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999 (Ders Notları)

**VENTURA, M.** : Roma Hukuku, İstanbul 1934

**VILLERS, R.** : Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukukî Durumu, (çev. Tahiroğlu, B.), İÜHFM, c. XXXIX, S. 1-4, Y. 1974, s. 427-438

**VILLEY, M.** : Roma Hukuku Güncelliği (çev. Tahiroğlu, B.), İstanbul 2010

**WACKE, A.** : Das Fideicommissum A Debitore Relictum Die Exceptio Doli im Dienste Der Rechtsfortbildung, TR, s. 257-272, Vol. 39, 1971 Tübingen (Fideicommissum).

**WACKE, A..** : Zur Causa Der Stipulation, TR, s. 231-261, Vol. 72, Tübingen 1972

**WATSON, A.** : Roman Law And Comparative Law, London 1991

**WATSON, A.** : Studies in Roman Private Law, London 1991 (Studies)

**WATSON, A.** : The Law Of Succession In The Later Roman Republic, Oxford University Press 1971 (Succession)

**WEIMAR, P.** : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; schweizeirsches Zivilgesetzbuch, Bd. 3. Erbrecht, Abt. 1. Die Erben, Teilbd. 1. Art. 457-480 ZGB, Bern 2000

**YARON, R.** : Gifts In Contemplation Of Death In Jewish And Roman Law, Oxford University Pres 1960

**YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B.** : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012

**ZEVLİLER, A./ GÖKYAYLA, K. E.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013

**ZIMMERMANN, R.** : The Law of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition, Oxford University Press 1996

*Gifts in View of Death*, Law Journal Library, Am. L. Reg., pp. 1-10, Vol. 1, Philadelphia 1853

*Impossible Conditions In Roman And Modern Law*, Law Journal Library, Tul. L. Rev., 16, 1941-1942, pp. 433-446

## YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

### I. Corpus Iuris Civilis:

Digesta : The Digest Of Justinian, Mommsen, T./Krüger, P., Latince metinden İngilizce'ye çeviren Watson, A., Philadelphia 1985

Institutiones : Iustinianus Institutiones (çev. Umur, Z.), İstanbul 1968

### II. Gaius Institutiones:

Gaius Institutiones, Borçlar Kısım (çev. Rado, T.), İstanbul 1953

### III. Yardımcı Kaynaklar:

BERGER, A., Transactions of The American Philosophical Society, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953

KABAAĞAÇ, S./ALOVA, E., Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 2009.

UMUR, Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat)

[http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/trad\\_angl.htm](http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/trad_angl.htm) (The Roman Law Library)