

B - Aile Hukuku

AİLE HUKUKU ALANINDA FEDERAL MAHKEME KARARLARI

Doç. Dr. Şener AKYOL

I. HATA SEBEBİYLE EVLENMENİN İPTALİ

Evlenme ajansı aracılığı ile tanışma sonucu evlenme - Kocanın karının esaslı vasıflarında yanılması - Kadının evlenme öncesi bir ceza mahkûmiyetini saklaması - Kızı önünde müteaddit ırza tasaddi fiilinden mahkûmiyetin yüz kızartıcı olup olmaması - Namus ve haysiyet kavramı - Karının tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerinin reddi.

Olay

1902'de doğmuş olan X ile kendisinden 14 yaş küçük olan karısı Y bir evlenme ajansı aracılığı ile tanışmışlar ve bundan kısa bir süre sonra da 1967 nisanında evlenmişlerdir. Bu kocanın üçüncü, karının ikinci evliliği idi. Evlilikten çocuk olmamıştı.

Daha 1967 temmuz - ağustosunda koca bir butlan dâvası açtı ve tâlî derecede de boşanma talep etti. Kanton Mahkemeleri, Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendini (TMK. md. 116, bend 2) uygulayarak evlenmenin butlanına karar verdiler ve karının nafaka talebini reddettiler.

Federal Mahkeme, karının temyiz müracaatını reddetti.

Federal Mahkeme Kararı

3. Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendine göre (TMK. md. 16, bend 2) eşlerden biri eşinin kendisi için ortak hayatı çekilmez kılacak ölçüde esaslı niteliklerinde yaptığı hata neticesinde evlenmeyi kularsa, evlenmenin iptalini talep edebilir. 125. maddenin 1. bendi (TMK. md. 117, bend 2), diğer eşdeki esaslı vasıf hatası sebebiyle iptal kabiliyetinin (annulation)¹ özel bir halini düzenlemektedir. Bu hükme göre,

1 İptal edilebilirlik = Anfechtbarkeit.

eşlerden biri diğ erinin namus ve haysiyeti hakkında onun tarafından veya onun bilgisi ile üçüncü şahıs tarafından hataya düşürülür ve bu şekilde evlenme sözleşmesini kurmaya sevk edilirse, evlenmenin feshi mümkündür. Bu ikinci halde evlilik birliğinin çekilmez olup olmadığı keyfiyeti evlenmenin butlanı beyanının bir şartı değildir (*Egger*, md. 125, n. 1 ve *Götz*, md. 125 altında n. 2 ve 6; *P. Aeby*, Nullité de mariage, FJS no. 669, s. 6; *M. Affolter*, Der Eingenschaftsirrtum als Eheanfechtungsgrund nach schweiz. Recht, Tez, Zürich 1949, s. 38).

Kanton mercii kararında dâvalı kadının dâvacıdan ceza mahkûmiyetini saklayarak onu "ağır şekilde aldatmış" olduğunu belirtmiş olmasına rağmen evlenmenin feshi dâvasını münhasıran Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendi (TMK. m. 116, bend 2) açısından karara bağlamıştır.

Eğer kanton kaza mercii kararına uyularak MK. md. 124 bend 2 (TMK. md. 116, bend 2) ye göre evlenmenin feshedileceği kabul edilirse, bu halde Medenî Kanununun 125. maddesinin 1. bendindeki (TMK. md. 117, bend 1) sebebin de gerçekleşip gerçekleşmediği belirsiz kalmaktadır.

4. Evlenmenin hükümsüzlüğü, ister esaslı vasıflardaki hataya (CCS md. 124, bend 2/TMK. md. 116, bend 2), ister eşin namus ve haysiyeti konusundaki hileye (CCS md. 125 bend 1/TMK. md. 117 bend 1) dayandırılınsın, dâvacının dayandığı hata veya hile ile evlenme akdini kurmaya sevk edilmiş olması gerekir. Bu mesele hukukî mesele değildir; fiilî olarak (maddî mesele olarak) ortaya çıkmaktadır. Çünkü fesih talebinin ve evlenme akdetme kararının dayandığı olaylar arasındaki illiyet bağının tesbiti söz konusudur (*Götz*, md. 124, no. 12; *Affolter*, a.g.e., s. 31; *H. R. Ganz*, Der Irrtum bei der Eheschliessung, R.D.S. 58, 1939, s. 61). Bu müşahade dâvacı eşin somut hal ve şartlara göre iç iradesinin araştırılmasına dayanır. Federal Mahkemenin içtihadına göre, iç veya psikolojik nitelikteki vetireye ilişkin müşahade ve tesbitler Adlî Teşkilât Hakkında Federal Kanun (OJ)'un md. 63, fıkra 2 anlamında maddî vakıa teşkil eder (meselâ BGE 92 II 140, JdT 1967 I 277 ve devamı; BGE 87 II 8, JdT 1961 I 493 ve oradaki göndermeler). Anılan kanunî hüküm mucibince, Federal Mahkeme, temyiz müracaatı usulü içinde kanton kazasının son derecesi² tarafından yapılmış olan bu konudaki müşahade ve tesbit ile bağlıdır. Adlî Teşkilât Hakkında Federal Kanun md. 63, fıkra 2'ye göre, Federal Mahkemenin inceleme yetkisi bu müşahade ve tesbitlerle

2 İstinaf Mahkemesi.

isbat konusundaki federal hükümlerin ihlâl edilip edilmediğini veya bunların açık bir dikkatsizliğe gelip gelmediği hususu ile sınırlıdır.

Kanton mercii dâvacının evliliğin kurulmasından önce dâvalının ceza mahkûmiyetini hiçbir şekilde bilmediğini ve eğer bilse idi onunla evlenmeyeceğini tesbit etmiştir. Federal Mahkeme kararını bu maddî tesbit üzerine kurmak zorundadır.

Karı, temyiz lâyihasında dâvacı tarafından sadece iyi bir ev kadını olmak niteliğinin dikkate alındığını iddia ederek hatanın sübjektif kapsamına itiraz etmektedir. Kaldı ki, dâvacının evliliği yapmaktaki acelesi göstermektedir ki “o, dâvalının hayatı hakkında detaylı olarak bilgi sahibi olmayı istememiştir.” Bir maddî vakıa tesbitine yöneltilen bu tenkit Adliye Teşkilâtı Hakkındaki Federal Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi gereğince kabul edilemez. Dâvalı ne isbat hakkındaki federal bir hükmün ihlâl edildiğini ileri sürmekte, ne de bir tesbitin açık bir dikkatsizlikten ileri geldiğini iddia etmektedir. Esasen temyiz edilen kararda gerçek bir şekil eksikliği görülememektedir.

5. Bununla beraber dâvacının eşinin esaslı vasıfları hakkında ileri sürdüğü hatanın sübjektif kapsamı Medenî Kanunun 124. maddesinin 2. bendine göre (TMK. md. 116 bend 2) evliliğin iptali için yetmemektedir. Bunun dışında hata objektif olarak da esaslı olmalıdır. Kanunun ifadeyle diğer eşin söz konusu vasıfları o ölçüde esaslı olmalıdır ki, bunların bulunmaması ortak hayatı dâvacı bakımından çekilmez kılmalıdır (Bu şart hakkında karşı : *Egger, md. 124, n. 7* ve devamı; bu yazar hatanın objektif önemini ve ortak hayata devamı istemenin imkânsız olmasını birbirinden bağımsız ve birlikte gerçekleşmeleri gereken iki şart olarak telâkki etmektedir, bkz. aynı eser, n. 10; *Götz, md. 124, n. 13*; *Aeby, a.g.e., s. 6*; *Ganz, a.g.e., s. 61* vd.; *Affolter, a.g.e., s. 33* vd.; *G: Steiner, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe nach dem schweiz. ZGB, tez, Bern 1913, s. 50* vd.), Sübjektif olarak esaslı olan bir hatanın objektif olarak da esaslı olup olmadığı ve ortak hataya devamın dâvacıdan beklenip beklenemeyeceği Federal Mahkemenin serbestçe inceleyebileceği bir hukukî meseledir.

Dâvalı kadın 1959 yılındaki kendi çocuğu önünde irza tasaddiden altı aylık (tecilli) ceza mahkûmiyetinin bu derece ağır olmadığını, bu sebeple dâvacıdan evliliğe devamının istenmesini önlemeyeceğini iddia etmektedir. Onun düşüncesine göre, ortada bir yüz kızartıcı suç yoktur ve hatta Medenî Kanunun 124. maddesinin 2. bendinin (TMK. md. 116 bend 2) uygulamasında “zamanın geçmesinin iyileştirici fazileti” dikkate alınmalıdır. Fakat bu kanaat paylaşılabilir.

Hâkim görüşe göre, Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendi (TMK. md. 116, bend 2) anlamında “vasıf” olarak bir eşin şahsî namus ve haysiyeti (namusluluğu) da dikkate alınmak gerekir (Götz, md. 124, n. 10; Gmür, İkinci bası, md. 124, n. 8; Ganz, a.g.e., s. 68; Affolter, a.g.e., s. 77; Steiner, a.g.e., s. 57). Medenî Kanununun 125. maddesinin 1. bendinde (TMK. md. 117 bend 1) kanun, namus ve haysiyet hakkındaki hatayı, bu hata hileli şekilde yaratılmışsa açıkça bir butlan sebebi olarak kabul etmektedir. Bundan diğer eşin namus ve haysiyeti hakkındaki hatanın Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendi (TMK. md. 116, bend 2) çerçevesinde nazarı itibare alınamayacağı sonucu çıkarılamaz. Doğrusu hileden farklı olarak, hata sebebiyle iptal (iptal kabiliyeti) halinde dâvacıdan ortak hayata devamın artık beklenememesi gerekir. Bu şekilde de hile ile yaratılmamış olan namus ve haysiyet hakkındaki hataya haksız olarak başvurmalara karşı yeterli bir baraj kurulmuş olur.

Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendi gereğince, daha önce bir ceza mahkûmiyetine mâruz kalmış olan eşin namusluluğunun inkâr edilip edilemeyeceği konusunda da kararda bir yargıya varmaya ihtiyaç yoktur. Herhalde yüz kızartıcı bir suç sebebiyle bir cezaya çarptırılmış olma söz konusu olduğunda, eşin namusluluğu tartışılmalıdır. Temyiz lâ-yihasında ifade edilmiş olan kanaatin hilâfına, dâvalının 1959 yılında Ceza Kanununun 191. maddesinin 2. bendi anlamında (TCK. md. 415) kendi çocuğu önünde işlediği ırza tasaddi suçundan mahkûmiyet tereddütsüz yüz kızartıcı olarak kabul edilmelidir.

Aynı şekilde Medenî Kanununun 139. maddesine (TMK. md. 131) göre yüz kızartıcı bir suçtan ileri gelen boşanma sebebi için bu halde, suçun ihtiva ettiği ceza hukuku özelliklerinin neler olduğunu da bilmeye ihtiyaç yoktur. Meselâ, Ceza Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasına bir cürüm mü, yoksa kabahat mı söz konusu olduğu gibi. Ayrıca tek ölçüm fiilin genel kaniya göre şerefsiz olarak görülmesi, diğer deyişle, fiilin vasat bir insanın hissine göre şerefsizlik teşkil etmesi veya bunun aksidir (Medenî Kanununun 139. maddesinin yorumu için bkz. Eggen, md. 139, n. 2; aynı şekilde *Federal Mahkemenin* yayınlanmamış 12 Ekim 1962 tarihli “karı koca Sp. dâvası”ndaki kararı) dâvalı kadının kendi kızı önünde tekrar tekrar işlediği ırza tasaddide bu çözüm kesinlikle uygulanır.

Mahkûmiyet yaklaşık olarak sekiz yıl önce meydana gelmiş olmasına ve bu arada kadın bir suçtan suçlanmamış bulunmasına rağmen, evlenmeden önce dâvacı dâvalının mahkûmiyetinden haberi bulunmadığına göre, ondan evliliğe devam beklenilemez. Kanton merciinin tesbitine gö-

re iyi bir şöhreti olan bir erkeğin bu derece cezaya müstahak fiilden sorumlu tutulmuş bir kadınla aradan birçok sene geçmiş olsa bile artık beraber yaşamayı istememesi anlaşılabilir bir durumdur.

Dâvacının Medenî Kanununun 125. maddesinin 1. bendi (TMK. md. 117, bend 1) anlamında bir hileye maruz kalıp kalmadığı problemini incelemeye gerek yoktur. Dâvalı kadının hileli tutumu sebebiyle bir aldatmanın var olup olmadığı hususunda bir sonuç çıkarmaya Kanton mercii nin maddî vakıa tesbiti imkân vermemektedir.

6. Dâvalı kadının kendisine nafaka bağlanması hakkındaki talebine gelince, bu husus boşanma ve butlan dâvalarında aynı şekilde düzenlenmiştir. Kanton kazası dâvalı kadın evlenme akdinin kuruluşu sırasında kocasına bilgi vermek yükümünü yerine getirmediği için Medenî Kanununun 151 ve 152. maddelerine göre (TMK. md. 143, 144) nafaka talebini reddetmiştir. Temyiz lâyihasında buna dâvalının bilgi verme yükümünü kabul etmenin Federal hukuka aykırı olduğu şeklinde cevap verilmiştir. Çünkü deniyor, Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendine göre (TMK. md. 116, bend 2) hataya düşen taraf daima sorumluluğu taşımalıdır. Bu konuda Borçlar Kanununun irade bozuklukları ile ilgili hükümlerine gönderme yapılmaktadır.

Borçlar Hukukunun irade bozulukları ile ilgili kurallarının evlenmenin iptaline uygulanamayacakları bir tarafa (*Egger*, md. 120, n. 1; md. 124, n. 1; *Götz*, md. 120 - 124 için ön açıklamalar, n. 10, s. 248; *Affolter*, a.g.e., s. 35 vd.), Medenî Kanununun 124. maddesinin 2. bendi anlamında eşin esaslı vasıflarında bir hatanın varlığının bizzat dâvacı tarafa yüklenilmesi ve bu sebeple dâvalı tarafa bir kusur bağlanamayacağı doğru değildir. Kaldı ki, yargıç kusur meselesini boşarma halinde olduğu gibi bütün hal ve şartları takdir ederek ve sert kurallarla bağlı olmaksızın incelemek zorundadır. Olayda dâvalı kadının yüz kızartıcı mahkûmiyetini dâvacıdan saklaması ve bu şekilde bir iptal sebebine yer vermesi olgusu çok ağırdır. Kanton kazasına uyararak bu davranışta dâvalı kadının hafife alınamayacak bir kusurunu görmek gerekir. Aksine dâvacıya, evlenmeden önce karısının maruz kalabileceği muhtemel mahkûmiyetleri araştırmamasından dolayı bir târizde bulunulamaz; çünkü onu buna iten herhangi bir sebep yoktur. Dâvalı kadın, üçüncü defa evlenmekte olduğu halde dâvacının pek az tedbir almış olması olgusunu ona yükleyerek de kusurluluktan kurtulamaz. Herhalde dâvacı, dâvalı kadından sakladığı evvelki mahkûmiyet kadar önemli bir olaydan kendisine zamanında haber vermesini bekleyebilirdi.

Bu nedenle dâvalı kadın Medenî Kanununun 151 ve 152. maddeleri (TMK. md. 143, 144) anlamında kusursuz³ eş olarak telâkki edilemediğinden bir nafaka bağlanması için gerekli diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek faydasızdır. Özellikle dâvalının iddia ettiği zaruret halinin evlenmenin iptalinin bir sonucu mu, yoksa daha evlenmeden önce mevcut sebeplere mi bağlanabileceği problemi çözülmeyen bırakılabilir.

(Federal Mahkeme, II. Hukuk Dairesi, 30 Eylül 1969. Karı koca X - Y dâvası JdT 1970 I 262; BGE 95 II 209).

II. GEÇİMSİZLİK SEBEBİYLE BOŞANMA

Geçimsizlik sebebiyle boşanma - Evliliğin uzun süre devam edip etmemesine göre dâvacı eşten evliliğe devamın beklenilmesi - Federal Mahkeme içtihadına dönüş

Federal Mahkeme Kararı

Evlilik uzun süre devam etmişse bundan önceki Federal Mahkeme kararlarında (BGE 74 II 66, JdT 1949 I 4) evliliğin devamına göre sert dereceleme uygulanmıştır. Fakat evlilik birliğinin sarsılmış olmasına rağmen ortak hayata uzun süre katlanmış olan eşin tutumunu şematik olarak göstermek mümkün olmamıştır. Bu halde durum çok vahim değildir ve evliliğin devamı dâvacıya kabul ettirilebilir. Aksi halde ödev duygusu veya küçük çocuklarını dikkate alarak uzun bir sabır gösteren eşin durumu, acele ile boşanma için yargıca başvuran eşe oranla daha az elverişli duruma getirilmiş olurdu. Her evlilik birliğinin özel şartlarına göre evliliğe devamın kötüleşen durumun iyileşmesini sağlama ümidini yaratıp yaratmayacağı incelenmelidir.

(Federal Mahkeme II. Hukuk Dairesi 29 Mayıs 1970; JdT 1971 349. BGE 96 II 65).

3 Türkçe metine "kabahatsiz" olarak geçmiştir (TMK. md. 143, 144).

III. YOKSULLUK NAFAKASI VE TAZMİNAT

Meksika'da kurulan evlenmenin geçersizliği iddiası üzerine İsviçre'de yeniden evlenme - Kocanın terki sebebiyle boşanma - Çocuk için nafaka - Karı için hükmedilen aylık irat şeklindeki tazminatın zamanla sınırlı olup olmayacağı - Evlenmenin çocuğun nesep durumunu düzeltmek amacı ile kurulmasının tazminata etkisi - Evliliğin kısa sürmesi

Olay

Meksika'da evlenen, fakat geçerli sayılmadığı için İsviçre'de tekrar evlenen Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan koca ile İsviçre yurttaşlığını koruyan karı, kocanın karısını ve çocuğunu terketmesi üzerine boşanmışlar, ilk derece mahkemesi çocuğu karıya tevdi ederek çocuk için 1000 frank aylık nafakaya, karı için ise yine 1000 frank aylık, fakat beş yıl süre ile sınırlı tazminata hükmetmiştir.

Karının başvurduğu istinaf mahkemesinin tazminata ilişkin karar fıkrasını tasdik etmesi üzerine, dâvacı karı kendisine ödenecek olan tazminatın aylık olarak hayat boyu devam etmesi gerektiği iddiası ile bu karar Federal Mahkeme nezdinde temyiz etmiştir.

Federal Mahkeme Kararı

1. İlk derece mahkemesi dâvacının yarım gün çalıştığını ve 1000 frankın üzerinde aylık bir geliri bulunduğunu dikkate alarak, İsviçre Medenî Kanununun 152. (TMK. md. 144) maddesine dayanamayacağını müşahade etmiştir. Mahkeme 151. (TMK. md. 143) maddeye dayanarak kararını daha fazla gerekçelendirmemiştir .

İstinaf Mahkemesi (Cour de justice de Genève) ise iki gerekçe ile yetinmiştir :

“...Bir ay sonra doğacak olan çocuğun nesebini düzeltmek için kurulan evliliğin şartlarına göre, İstinaf Mahkemesi ilk derece yargıcı tarafından uygulanmış olan 151. maddenin ilerisine geçemeyecektir;

“Dâvacı kadın tarafından talep edilen boşanma ona gelecek için büyük bir anlam taşımayan evlilikte haiz olmadığı bir hürriyeti sağlamıştır.”

2. Temyiz müracaatçısı evliliğin münhasıran çocuğun nesebini düzeltmek için kurulmuş olduğuna itiraz etmiştir. Temyiz lâyihasında 1963 de Meksika'da kurmuş olduğu evlenmenin geçerli olduğunu ve Meksika'daki bu evlenmeden itibaren kendisini kocasının meşru karısı olarak kabul ettiğini ileri sürmüştür.

Fakat, Meksika'da geçerli bir evliliğin kurulduğunu kabul etmeyen karardaki olaylar bunu teyit ediyorlar. Temyiz müracaatçısı ise, kanton mahkemesinin bir belgeyi dikkate almayı ihmal ettiğini ve bu konuda Medenî Kanununun 8. maddesine (TMK. md. 6) aykırı olarak bir delil talebini reddettiğini iddia etmiş değildir.

Bu nedenle Federal Mahkeme, sadece İstinaf Mahkemesinin tesbit ettiği şekilde (Adlî Teşkilât Hakkında Federal Kanun, md. 63) evlenmenin durumu ile yetinmiştir.

3. Evlilik muhtevası kanunla emredici biçimde tesbit edilmiş bir kurumdur. Ahkâmı şahsiye memurunun önünde⁴ rızaların açıklanması bir aile hukuku statüsü için yaratıcıdır : Bu şekilde kanunun — ve yalnız kanunun — ona bağladığı bütün hükümlerle evlilik birliği (CCS. md. 159 n. 1/TMK. md. 151 I) meydana gelir. Eşler bu birliğin içerdiği ödev ve borçlardan karşılıklı rızalarıyla olsa bile sıyrılmak imkânına sahip değildirler. Bu kararda söz konusu olmayan ve sınırlı olarak sayılmış bulunan butlan halleri bir yana evlenmenin meydana gelişindeki hal ve şartlar ne nitelikte olurlarsa olsunlar evlenmenin hükümleri açısından önem ve etki taşımazlar. Özellikle eşlerin karşılıklı saik ve düşünceleri herbirinin borçları üzerinde etki yapamaz. Eşlerin evlenmelerine atfettikleri anlam ve kapsam kanunî ödevlerini hiçbir şekilde ilgilendirmez.

İstinaf Mahkemesinin tazminat süresini beş yıl ile sınırlamak için kullandığı ve yukarıya alınmış olan iki gerekçesi bu anlayışla uyumsuz ve bu şekilde federal hukuku ihlâl ederler. Muhakkak ki CCS 151 (TMK. md. 143) gereğince borçlanılan tazminat zamanla sınırlanabilir. Fakat bu sınırlama zararın mahiyeti ve süresine bağlı gerekçelerle haklı gösterilebilir. Zarar boşanan kadının durumu ile evlilik birliğinin ona sağlayacağı durum karşılaştırılarak belirlenmelidir; yoksa tarafların tahayyül ettikleri veya hattâ evlenme sırasında kendi şahsî telâkkilerine göre gerçekten istedikleri duruma göre değil; aksine kanunî statünün içerdiği hak ve ödevlerle kanunun onu örgütlediği durum karşılaştırılarak tesbit edilmelidir.

4 Türkiye'de "belediye reisi veya reisin evlenme işlerine memur ettiği vekili veya muhtar" (TMK. md. 108, c. 1).

4. Olayda, karardan, elektronik mühendisi olarak dâvalının hayatını rahatlıkla kazandığı anlaşılmaktadır. Karısına müreffeh bir hayat sağlayacak durumda idi.

Boşanma, dâvacı kadına hürriyet sağlıyorsa da hayatını kazanmak borcu ve annelik ödevleri sebebiyle ondan istifadesi sınırlıdır. Temyiz müracaatçısı kadın geçici bir iradın telâfi edebileceği muvakkat bir zarara maruz kalmamıştır.

Şu halde iradın zaman itibariyle sınırlandırılması için gerekçe yoktur. Karar da "evlemenin durumu, evlenmenin meydana geldiği hal ve durum" dan çıkarılan gerekçe dışında başka bir gerekçe vermemektedir. Dikkate alınabilecek tek objektif sebep evlilik hayatının kısa sürmüş olmasıydı. O da kısalığı sebebiyle evliliğin dâvacı kadının hayatındaki alışkanlıkları gerçekten değiştirmeyecek nitelikte olduğu sonucuna varılabilirse. Fakat olayda durum böyle değildir. Kaldı ki, bu birlikten meydana gelen çocuğun doğumu dâvacı kadının hayatının şartlarını tamamiyle değiştirmektedir.

Bu gerekçelerle Federal Mahkeme temyiz müracaatını kabul etmiş ve temyiz edilen kararı dâvalının dâvacı kadına Medenî Kanununun 151. (TMK. md. 143) maddesini uygulayarak hayatı boyunca ayda 1000 frank ödemesi şeklinde değiştirmiş ve kararın geri kalan yanını tasdik etmiştir.

(Federal Mahkeme II. Hukuk airesi 17 Haziran 1971, McLeod ve McLeod dâvası, BGE 97 II 7.

IV. YOKSULLUK NAFKASI

Evlilik birliğinin çökmesi ile kusurlu davranışlar arasında illiyet bağı olmaması - Buna rağmen yoksulluk nafakasına hükmetme

Federal Mahkeme Kararı

Evlilikten doğan ödevlerin ağır şekilde yerine getirilmemesi, eğer bu kusurlar birliğin çökmesi ile doğrudan illiyet bağı ile bağlı olmasalar da, ZGB 152 (TMK. md. 144) ye dayanan nafaka talebinin reddi için sebep teşkil etmezler.

Federal Mahkemenin bu kararı evvelki son içtihadının teyidi niteliğindedir (BGE 89 II 66 vd., JdT 1963 I 623; BGE 90 II 71 vd., JdT 1964 I 633; Semaine judiciaire 1967, s. 582).

(Federal Mahkeme II. Hukuk Dairesi 31 Ekim 1969, JdT 1971 I 61, BGE 95 II 289).

V. AYRILIK

Karının kocasının zinası üzerine ayrılık talep etmesi - Kocanın buna karşı karının da zina yaptığı iddiası ile boşanma dâvası açması - Karının talebinin kabulü, kocanın hakkın kötüye kullanılması sebebiyle reddi

Olay

B - K çifti 1962'de evlenmiş ,1962 ve 1966'da doğan iki çocukları olmuştur. 1967 nisanında karı, MK. 137 (TMK. 129) ye dayanarak ayrılık talep etmiştir. Koca ayrılık talebinin reddini talep etmiş, mütekabil dâva ile de boşanma istemiştir.

İlk derece mahkemesi ile Argau Kanton Mahkemesi (istinaf) karının talebini kabul edip çocukları ona tevdi etmiş, karının ortay hayatın kesilmesinden sonra zina ettiğini kabul etmesine rağmen kocanın açtığı boşanma dâvasının bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği gerekçeyle kocanın talebini reddetmişlerdir.

Federal Mahkeme kocanın temyiz müracaatını reddetmiştir.

Federal Mahkemenin gerekçeleri

3. Kanton müracaatçısı dâvasının Kanton Mahkemesi tarafından hakkın kötüye kullanılması gerekçeyle reddedilmesinin MK. 137 (TMK. 129) nin ihlâli olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre, MK. 2 nadiren uygulanmalı ve boşanma dâvasının reddi için kullanılmamalıdır.

BGE 53 II 197, JdT 1927 I 527'de yayımlanan bir kararı müstesna Federal Mahkeme MK. 137 (TMK. 129) ye göre zinayı mutlak bir boşanma sebebi olarak kabul etmiştir. Binaenaleyh, rıza ve af dışında zinanın evlilik bağına tahrip etmesi diğer eşin boşanma dâvası açmasını şartı değildir (BGE 47 II 249, JdT 1922 I 4; BGE 57 II 245, JdT 1931 I 603; BGE 69 II 210, JdT 1943 I 566; RSJ 57, s. 371 vd. ve yayımlanmamış "karı koca M. dâvası" ndaki 9 Kasım 1966, "karı koca Sch. dâvası" ndaki 25 Mart 1968 tarihli kararlar). Bu içtihat bazı yazarlarca eleştirilmiş olmasına rağmen (bkz. Seeger, RDS 1929, s. 163a, 171 vd.; Barde, RDS 1955, s. 481a, Hinderling, Das schweiz. Ehenscheidungsrecht, 3. bası, s. 73 vd.) Federal Mahkeme içtihadını bugüne kadar özellikle kanununun

metni sebebiyle muhafaza etti. Bu maddeye göre zinanın şartları gerçekleşince zinanın aile bağına tamir kabul etmez biçimde kopardığı ve karşı taraftan evliliğe devamın beklenemeyeceği hususunun isbatına gerek yoktur.

Bütün diğer haklar gibi boşanma dâvası açma hakkı da MK. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması sınırları içinde kullanılabilir. Kanun af ve ıza halinde zina sebebiyle dâvası açmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini açıkça düzenlemektedir. Bu düzenleme, bu iki durum dışında boşanma dâvası açma hakkının kötüye kullanılmayacağını göstermez. Federal Mahkeme MK. 137. (TMK. 129) maddeye dayalı dâvanın MK. 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbi olduğuna birçok defalar karar vermiş, bu kanaat doktrinde otorite sahibi yazarlar tarafından paylaşılmıştır (Bkz. Federal Mahkemenin RSJ 57, s. 371'de ve Semaine judiciaire 89 (1967), s. 582'de yayımlanmış kararları ile yayınlanmamış 25 Mart 1968 tarihli "Karı koca Sch. Dâvası"ndaki kararına; *Gmür*, md. 137, n. 15a ve 30 (2. bası); *Merz*, Kommentar, Einleitung, md. 2, n. 551; *Hinderling*, a.g.e., s. 76 vd.).

Anılan son kararlarından 25 Mart 1968 tarihli "Karı koca Sch. dâvası" ndaki kararında Federal Mahkeme, MK.'nun 2. md. sinin kaydı ihtiyatla uygulanması görüşüne yer vermiştir. Medenî Kanununun 137. maddesinin 1. fıkrasının (TMK. 129 I) uygulanmaması için son derece istisnai durumlar mevcut olmalıdır. Özel durumda Federal Mahkemeyi bağlayan böyle bir istisnai hal Kanton Mahkemesi tarafından tesbit ve müşahade edilmiştir.

Kadın O. A. ile münasebete başladığında karı koca B. (dâvacı ve dâvalı) arasındaki evlilik bağı münhasıran temyiz müracaatçısının kusuru sebebiyle kopmuştur. Kocanın ve metresinin saygısız ve mâneviyat kırıcı davranışları kadının A. ile işlediği zina fiillerinin gerçek sebebidir. Bu zina fiilleri evlilik bağına kopmasının sebebi değildir ve Kanton Mahkemesinin müşahade ve tesbitine göre eşlerin muhtemel bir uyuşmalarını önleyecek nitelik taşımıyorlardı. Çünkü temyiz müracaatçısı böyle bir uyuşmadan yana değildi. Aksine karısının kusuru onun işine yaradı.

İşte bu şartlarda Kanton Mahkemesi haklı olarak müteakbil dâvada bir hakkın kötüye kullanılmasını gördü. Federal Mahkemenin yukarıda zikredilen içtihadına göre burada bir hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için dâvacının iddia ettiği eşinin zinasında müşterek sorumlu olması ve evlilik birliği daha önce kendi münhasır kusuru ile tamamen kopmuş bulunması gerekir. Dâvada bu şartlar tartışmasız ger-

çekleşmişlerdir. Kanton Mahkemesinin tesbit ettiği sebeplere nazaran kadının A. ile bir değil birden fazla zina fiilini işlemesi, onunla ilişkisini ortak hayatın kesilmesinden önce kurmuş olması, ondan daha yaşlı bulunması pek önemli değildir. Şu halde temyiz müracaati esas noktada haksızdır.

5. İfade edilmiş biçimlerinden açıkça belirmemekle beraber temyiz müracaatçısının boşanmanın yan etkilerine ilişkin talepleri yalnızca müteakbil talep edilmiş boşanmaya hükmedilmesi halinde değil fakat Federal Mahkemenin ilk derece yargıçları tarafından hükmedilmiş olan ayrılık kararı ile yetinmesi halinde de ikinci derecedeki talepler olarak dikkate alınır.

(Federal Mahkeme 27 ağustos 1969 (Karı koca B. Dâvası), JdT 1970 I 580, BGE 95 II 509).

VI. TANIMA

Evli ana ile bekâr babadan doğan çocuğun nesebinin reddinden sonra babası tarafından tanınması - Zina ürünü çocuk tanınmaz kuralının koyduğu yasağın koruduğu menfaat - Federal Mahkemenin bu durumda olan çocuğun babası tarafından tanınamayacağı yolundaki eski içtihadını değiştirmesi - Bekâr anneden ve evli babadan olan zina ürünü çocuk hakkındaki tanıma probleminin açık bırakılması - 292 ve 310. maddeler arasındaki ilişkiler.

Olay

İtalyan uyruklu evli bir kadının çocuğu koca tarafından İtalya'da açılan babalığın (nesebin) reddi dâvası ile reddedilmişti. İsviçre uyruklu bekâr bir erkek olan Resegatti, çocuğu tanımak istemiş, fakat Züriç Ahvali Sahsiye Memuru, zina ürünü çocuk tanınamaz gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Şikâyet merciine yapılan müracaat da sonuç vermeyince Resegatti ile çocuğun kayyımı birlikte Federal Mahkeme'ye bu red kararının iptali için başvurmuşlardır.

Federal Mahkeme kararı iptal ederek, ahvali şahsiye memurunu tanımayı kaydetmeye dâvet etmiştir.

Kararın gerekçeleri

2. Tanıyan şahıs İsviçreli olduğu için İtalyan uyruklu bir çocuğu tanıyıp tanıyamıyacağı İsviçre hukukuna göre çözülecek bir mesele teşkil eder.

3. Medenî Kanununun 304. maddesi (TMK. md. 292) hükmü şöyledir : “Zina ve fücurdan doğan çocuk tanınmaz”.

Lâfzî anlamına göre bu hüküm, hem cinsel ilişki sırasında evli olan babayı hem de bunun tersini annenin evli olmasını öngörmektedir.

Bugüne kadar Federal Mahkeme 304. maddenin (TMK md. 292) dar yorumunu reddetmiştir. Bu içtihadı göre zina ürünü çocuğun tanınmasını yasaklayan ilkeye istisnalar kabul edilmesi kamu düzenine ve aile ahlâkına aykırıdır (BGE 51 II 48, JdT 1925 I 367; BGE 72 I 346 gerekçe 2, JdT 1947 I 133). Federal Mahkeme bu ilkeyi özellikle babanın cinsel ilişki sırasında evli bulunduğu halde uygulamıştır (BGE 72 I 346 gerekçe 2, JdT 1947 I 133; BGE 89 I 320 gerekçe 2, JdT 1964 I 269). İçtihadı göre dâvalı evli ise babalığa hükmedilemeyeceğini öngören 323. maddeyi (TMK md. 310) yorumlamak için de 304. (TMK md. 292) maddeyi gözönünde tutmalıdır. Şu halde kritik dönemde dâvalı evli oldukça, evlilik arada sona ermiş olsa bile babalık hükmü verilemez (BGE 51 II 48, JdT 1925 I 367; BGE 72 I 346 gerekçe 2, JdT 1947 I 133). Bu son kararlarda Medenî Kanunun sadece annenin cinsel ilişki sırasında evli olması halini düzenleyen 316. maddesinin (TMK md. 303) yorumunun 304. madde (TMK md. 292) üzerine dayandırılması gerekip gerekmediği tartışılmıştır. 316. maddenin (TMK md. 303) saklı tuttuğu hal böylece ancak basit babalık dâvasına (maddî sonuçlu babalık dâvasına) uygulanabilirdi. Bu açıdan bakılınca, evli bir kadından ve evli olmayan bir erkekten doğan nesebi reddedilmiş çocuk için babalık hükmü verilmesi imkânı zolurdu. Oysa 323. maddenin 2. fıkrası (TMK, md. 310 fıkra 2) bunu sadece baba cinsel ilişki sırasında evli ise yasaklamaktadır.

Federal Adalet ve Polis Departmanının E 11 sayılı tamimine göre de sadece anne cinsel ilişki sırasında evli olsa bile zina ürünü çocukların tanınması mümkün değildir.

Silbernagel, md. 304, n. 5/6 şerhinde (2. bası 1927) 304. maddenin (TMK md. 292) evli bir kadınla evli olmayan bir erkeğin nesebi reddedilmiş çocuğuna da uygulanacağı düşüncesine katılmakta, fakat bu çözümün memnuniyet verici olmadığı kanaatini açıklamaktadır. (Daha önce de benzer fikirlere rastlanmaktaydı: *O. Peyer*, Die familienrechtliche Stel-

lung der unehelichen Kinder im schweiz. Privatrecht, Tez, Zürich 1907, s. 135 ve *L.H. Robert*, De la condition juridique de l'enfant naturel, Tez, Genève 1912, s. 178 vd; ayrıca bkz. *J F. Aubert*, Les actions de la filiation en droit suisse, Tez, Neuchâtel 1955, s. 77 vd.). *Egger*, md. 304, n. 3 (2. bası 1943)'de yürürlükteki hukukun, cinsel ilişki sırasında ana babadan birinin evli olması halinde evlilik dışı (veya nesebi reddedilmiş) bir çocuğun tanınmasına imkân vermediğini düşünmektedir. Fakat eğer tanıyacak olan şahsın artık ne karısı ne de meşru çocuğu bulunmuyorsa (md. 304, n. 4) ve babanın evliliği feshedildiği halde meşru çocuğu yoksa (md. 323, n. 21) bu sınırlamanın uygulanmasının gerekmiyeceği görüşünü savunuyor. *Egger* başkaları yanında (md. 304, n. 4) *A. Meyer*'i zikretmektedir (Die Anerkennung aus gerechlicher Kinder und die Zuspreehung mit Standesfolge, Tez, Zürich 1931, s. 12 vd.). Bu sonuncu yazar kanunun konuluş sebebine (ratio legis) göre zamanla sadece annesi cinsel ilişki sırasında evli olan çocuğun tanınmasının kabul edilebileceği görüşündedir. *Lalive* de (RDS 1965 II 611) 304. maddenin (TMK. md. 292) dar yorumu yolunda beyanda bulunuyor: 'Nadir olarak.... dar yorum daha haklı görünecektir. Nihayet son olarak Hegnauer dolaylı bir gerekçeyle 304. maddenin (TMK md. 292) evli bir kadınla evli olmayan bir kadının çocuğunun tanınmasına imkân verecek şekilde yorumu yolunda düşüncesini açıklamıştır (Revue de l'état civil 1967, s. 324 vd. = Revue du droit tutelle 1968 s. 1 vd; Bern Şerhi, md. 304, n. 14, evliliği daha sonra sona eren evli erkeğin evlilik dışı çocuğu için bkz. md. 304, n. 12). Şu halde içtihadın yeniden gözden geçirilme zamanı gelmiştir.

4. Medenî Kanunun 304. maddesinin (TMK. md. 292) zina için bir ceza öngörmek istemediği kesindir. Çünkü bunun birinci kurbanı ana babanın davranışlarından sorumlu olmayan çocuk olacaktır. Kanun koyucunun zina ürünü olan çocukların tanınmasını yasaklaması meşru aileyi himaye içindir. Federal Mahkemenin BGE 51 II 48, JdT 1925 I 367 ve BGE 72 I 346, JdT 1947 I 133'de yayımlanan kararlarında dayanan kamu düzeni gerekçeleri ancak, kamu yararının gerektirdiği meşru ailenin himayesine dayanabilirler. Daha hazırlık çalışmalarında söz konusu yasağın meşru aileyi ve üyelerini orada düzeni, barışı ve onuru idame ettirecek koruyacağında ısrar edildiği (Bkz. özellikle Millî Konsey raportörleri *Huber* ve *Gottofrey*'in açıklamalarına, Bull. stén. 1905, s. 667, 769 ve Kantonlar Konseyi raportörü *Hoffmann*'ın açıklamasına, a.g.e. s. 1197, 1203). Yazarlar da aynı kanaattedirler (*Robert*, s. 179; *Meyer*, s. 10; *Egger*, md. 304, n. 2; *Lalive*, s. 606; *Hegnauer*, RSJ 1968, s. 162 vd; Bern Şerhinde, md. 304 n. 12).

Korunması gereken aile babanunki olmalıdır. Gerçekten evli bir kadının nesebi reddedilmiş olan çocuğunun tanınmasının kadının ailesine ne şekilde zarar verebileceği tasavvur edilemez. Bu konuda özellikle bkz. *Hegnauer*, *Revue de l'état civil* 1967, s. 326/327 = *Revue du droit de tutelle* 1968, s. 4/5. Bundan başka yasama organındaki çalışmalar sırasında bu hükmün (projede md. 313 bis) taraftarları ve muhalifleri müşahhas olarak sadece evli bir erkeğin evlilik dışı çocuğunu öngörmüşlerdir. Yasak (tanıma yasağı) yararına başlıca delil babanın meşru ailesinin menfaatine olarak onun zina ürünü bir çocuğu tanımamasını önlemektir (Millî Konsey üyesi *Büeler*'in açıklaması için bkz. Bull. stén. 1905 s. 772 ve Kantonlar Konseyi üyeleri *Hoffmann*, *Lachenal*, *Hildenbrand*, *Python* ve *Usteri*'nin açıklamaları için: Bull. stén. s. 1197, 1202, 1204, 1270, 1271, 1273). Bu dikkate alınması gereken bir varsayımdır. Çünkü Federal Konseyin⁵ tasarısı (md. 332 fıkra 3) tanınan çocuk kendisine vesayet makamı tarafından bir vasi tâyin etmeyi uygun görülmedikçe babasının velâyeti altına girer hükmünü taşıyordu. Zina (ve fücür) ürünü çocukların tanınması yasağı *Zürcher*'in fikri hilâfına komisyonun teklifi üzerine Millî Konsey tarafından kabul edilince *Scherrer* bu hükmün kaldırılmasını talep etmiş; ve özellikle evlilik dışı çocukların meşru ailenin ev ortaklığını paylaşmalarının kabul edilmemesinin yasak lehine tek delil olduğunu ileri sürmüştü. Fakat kanun, tanınmış olan evlilik dışı çocukların babanın aile hayatını paylaşmasını kabul etmemekteydi (Bull. stén. 1905 s. 1202). Böylece o da, pratik olarak, yasağın taraftarları gibi sadece evli erkeğin tanımamasını amaçlıyordu. Bu aynı zamanda Kantonlar Meclisi üyeleri *Richard* ve *Schulltess* ile Kantonlar Meclisi komisyonu üyelerinin çoğunluğunun telakkisi idi. Onlar diğer eşin rızasıyla zina ürünü çocukların tanınmasını kabul etmek istiyorlar (*Richard*, s. 1201, 1202; komisyon çoğunluğu s. 1269) ve sadece "babanın evlilik içi çocuklarının bulunması halinde ve evli olduğu sürece" yasaklamayı düşünüyorlardı (*Schulltess*, s. 1204, 1275). Zina ürünü çocukların evlilik içi çocuk bulunmaması ve bundan başka evlilik sırasında diğer eşin rızasıyla tanınabilmelerini ikinci derecede teklif eden Kantonlar Meclisi üyesi *Hildbrand* da aynı telâkkide idi (s. 1270). Bu teklifler, şekilleri ve herhalde dayandıkları delillerle, bazı durumlarda evli bir erkeğin evlilik dışı çocuğunun tanınmasına müsaade edilmesi söz konusuuydu. Bütün bu tekliflerin reddi yalnızca evli bir erkeğin zina ürünü bir çocuğu tanımamasının herhalde önlenmek istendiği anlamına gelir. Sadece annesi evli olan evlilik dışı çocuğun tanınmasına gelince, bu durum yasama çalışmaları sırasında tartışılmamıştı. Hattâ, üç ima bir tarafa bırakılırsa böyle bir durum, projenin 313

5 İsviçre Hükûmeti.

bis maddesinin tartışılması sırasında zikredilmemişti (*Richard*, s. 1201'de zina ürünü çocuk olma vasfının diğerleri yanında bir nesebin reddi dâvasının başarıya ulaşmasından ileri gelebileceğini belirtiyor; *Pyton*, s. 1271'deki evlilik dışı çocukların muhtelif çeşitleri hakkındaki giriş niteliğindeki mütalâası arasında diğerleri yanında evli bir erkeğin veya evli bir kadının çocuğunu zikrediyor; *Usteri*, s. 1272'de diğer eşin muvafakati ile zina ürünü bir çocuğun tanınmasını kabul etmek isteyen komisyon çoğunluğuna karşı çıkıyor ve özellikle burada doğum tanınmanın yerini tuttuğu için evli kadının böyle bir çocuğu tanıyamıyacağını ileri sürüyor).

Eğer kanunkoyucu indinde zina ürünü bir çocuğun tanınması yasağını haklı gösteren tek gerekçe babanın meşru ailesinin himayesi ise, kanunun konuluş amacı (*ratio legis*) evli olmayan bir erkeğin veya evli bir kadının çocuğu (çocuğun nesebi ananın kocası tarafından reddedilmiş olacak) için aynı yasağın muhafaza edilmesine imkân vermez. Amacı dikkate alınırça, tanıma yasağı zikredilen durumda tanıma sırasında bekâr olan babaya hiçbir zaman uygulanmayacaktır. Temyiz müracaatçisi Resegatti'nin durumu böyledir. Fakat eğer baba cinsel ilişkiden sonra annedan başka bir kadınla evlenirse aynı kuralı uygulamak gerekecektir. Gerçekten babanın meşru ailesinin, tanınan evlilik dışı çocuğun (evlenme öncesi olmuş) evli bir kadından olması halinde bekâr bir kadından olmasına nazaran daha fazla zarara maruz kalacağı söylenemez (Bekâr kadından olan çocuğunu babanın tanıyabileceği şüphesizdir): Babanın meşru ailesi için evlenme öncesi olmuş evlilik dışı çocuğun annesinin evli veya bekâr olması önemsizdir. Babanın evlenmesinden önce batıldır, zina fiilinin daha sonra kurulan meşru aileyle bir ilgisi yoktur. Kıyasen Medenî Kanununun 304. maddesi (TMK md. 292) ruhuna göre, tanıyan erkeğin cinsel ilişki sırasında evli olmadığı, fakat evvelki evlenmeden çocukları bulunduğu hale uygulanmaz.

323. maddenin 2. fıkrası (TMK md. 310 fıkra II), 304. maddenin (TMK md. 292) bu şekilde dar yorumlanması zorunluğunu teyid etmektedir. Bu hüküm babalığa hükme (kazaî yoldan) taallük etmekte ve babanın cinsel ilişki sırasında evli idi ise bu imkânı bertaraf etmektedir. Şu halde eğer baba bu anda (cinsel ilişki sırasında) bekâr ise, anne ister bekâr ister evli olsun, 323. maddenin 1. fıkrasındaki (TMK md. 310 fıkra I) durumlarda babalığa hükmetmek daima mümkün olacaktır. Babası cinsel ilişki zamanında bekâr, annesi evli olan bir çocuğun babalığına hükmedilebileceği fakat tanınamayacağını kabul etmek mantıkî değildir. *Egger'*

in MK. 323'te (md. 323 not 21'de) belirttiği gibi kanun koyucu yargıcın babalığa hüküm verebileceğini kabul ederken tanıma hakkını reddedebilmek için makul sebepleri olabileceği doğrudur. Fakat gerçekte Medenî Kanununun 304. ve 323. maddenin 2. fıkrası (TMK 292, 310, fıkra II) hükümleri aynı tek amacı taşımaktadırlar: Bu babanın meşru ailesinin himayesidir (Federal Konsey projesinin 328. maddesine ilişkin olarak Kantonlar Meclisi Komisyonunun teklifine borçlu olduğumuz 323. maddenin 2. fıkrası için bkz. *Hoffman*, Bull. stén. 1905, s. 1199). Bu açıdan bakılınca önemli olan n baba ile evlilik dışı çocuğu arasındaki ahvali şahsiye bağının kaynağı değil, fakat aksine sonucun daha ziyade önem taşıdığı görülüyor: Cinsel ilişki sırasında baba evli ise, onun meşru ailesinin menfaatine olarak şahsî sonuçlar önlenmek isteniyordu. Medenî Kanununun 323. maddesinin 2. fıkrasında (TMK md. 310 fıkra II) ifadesini bulan bu prensip 304. maddesinin (TMK. md. 292) yorumunda da dikkate alınmalıdır (aksi halde bazı hallerde babalık dâvası açılabilirdi ve 323. maddenin 1. fıkrası (TMK md. 310 fıkra 1) hükmü gerçekleştiğinde 304. madde (TMK md. 292) bertaraf edilebilirdi; bkz. *Hegnauer*, Revue de l'état civil 1967 s. 325/326 = Revue du droit du tutelle 1968 s. 3 ve BGE 51 II 48, JdT 1925 I 367). Nihayet BGE 72 I 46, JdT 1947 I 133 de ortaya konan 304. madde dikkate alınarak 323. maddenin 2. fıkrasının lâfzî anlamını aşmak gerekip gerekmediği ve nesebi reddedilmiş evli anadan evli olmayan babadan olan çocuğun babalığına hükmetmeyi yasaklamak gerekip gerekmediği problemine de olumsuz olarak cevap vermek gerekecektir.

Ana babadan evli olmayan tarafından zina ürünü çocuğun tanınmasına bazı şartlarla imkân veren Fransız Medeni Kanununun (Code civil) 335. maddesine (304. maddenin karşılığıdır) ilişkin içtihadı zikretmek de gerekiyor (Bkz. *Ph Malaurie*, Recueil Dalloz/Sirey 1967, jurisprudence s. 528/529 ve *R. Nerson*, Revue trimestrielle de droit civil 1967, s. 803 vd.; her ikisi de göndermelerle Fransız Temyiz Mahkemesinin Recueil Dalloz/Sirey 1967, s. 528'de yayımlanan 23 haziran 1967 tarihli kararını incelemektedir). Fransız hukuku gibi evlilik dışı çocuğun baba ve anne tarafından tanınmasını öngören İtalyan Medeni Kanununa (md. 250) gelince, bu kanun zina ürünü çocuğun ana babada gebe kalma sırasında evli olmayan biri tarafından tanınabileceğini öngörmektedir.

Şu halde, buraya kadar izlenen cinsel ilişki sırasında bekâr olan babanın zina ürünü çocuğunu tanınmasını yasaklayan içtihattan dönmek gerekir (Esasen Bâle Şehri ve Vaud kantonlarında benzer halde kanton otoriteleri bu içtihadı terketmiş bulunuyorlar, bkz. Revue de l'état civil 1967 s. 324'de yayınlanan dergi idaresinin notu).

Olayda tanıma lehine ek bir delil daha vardır. Çünkü eğer İtalyan Hukuku anneye boşanma imkânı verseydi çocuğun nesebi ana babasının evlenmesiyle tashih edilmiş (düzelmiş) olacaktı (Medeni Kanun md. 258/TMK. md. 247).

Mahkeme halihazırda evli bir erkeğin ve evli olmayan bir kadının çocuğunun evlenmenin sona ermesinden sonra tanınıp tannılmıyacağını, tanınabileceyse hangi şartlarla tanınabileceğini çözmektedir.

Federal Mahkeme 2 Mayıs 1969, Resegatti ve Vatri ile Zürich İçişleri Müdürlüğü, BGE 95 I 384, JdT 1970 268).

VII. BABALIK DÂVASI

Olay

25 nisan 1966 da Marie-Gabrielle bir çocuk dünyaya getirmiştir. Dölleme süresi önceki senenin 29 haziranından 27 ekimine kadar uzamaktadır. Bu arada Constant adlı erkek onunla müteaddit defa cinsel ilişkide bulunmuştur.

Kadın erkeğin kendisine evlenme vaad etmiş olduğunu iddia ederek kendisi için maddî ve mânevî tazminat ile beraber çocuğun babası olduğuna hükmedilmesini (bütün neticeleriyle babalık dâvası) talep etmiştir.

Erkek ise yukarıdaki dönemde çocuğun annesi ile müteaddit defa cinsel ilişkide bulunduğunu kabul ederek ona evlenme vaadetmiş olduğu iddiasını kabul etmemiştir. Ayrıca kadın kritik dönemde başkaları ile de cinsel ilişkide bulunmuştur. Kaldı ki kadın bu dönemde iffetsiz idi.

Mahkeme sadece tazminat ve nafaka taleplerini kabul ederek bütün neticeleriyle babalığa hükmetmemiştir. Çünkü her ne kadar kadın başka erkeklerle cinsel ilişkide bulunmuş ise de bu kritik dönem dışında olmuştur, kadının iffetsizliği de sabit değildir. Ancak bu çocuğun babasının dâvalı olduğunu gösterir. Kritik dönemde kadının evlenme vaadi olmadan da kendisini erkeğe teslim edeceği inancı mahkemeye yer ettiğinden bütün neticeleriyle babalık hükmü verilmemiştir.

Taraflar temyiz müracaatında bulunmuşlardır.

Federal Mahkeme Kararı

Babalık dâvası için nişanlanma gerekli değildir. Dâvalının tek taraflı vaadi yeterlidir. Medenî Kanununun 323. maddesi (TMK. md. 310) anla-

mında evlenme vaadi kadının dâvalının beyanlarından ve tutumundan makul surette ve iyi niyetle onun kendisiyle evlenmek niyetinde olduğu sonucuna varabilirse mevcut olarak kabul edilir. Fakat vaadin gebe kalmadan önce yapılması gerekir.

Kanun vaad ile cinsel ilişki arasında bir illiyet bağının bulunmasını aramaktadır. Fakat dâvalının vaadinin ananın cinsel ilişkisine doğrudan etkide bulunmuş olması zarurî değildir (BGE 73 II 141, BGE 84 II 69).

Baba anne ile tanışmalarından sonra hemen hergün birlikte dışarıya çıkmış ve doğumda da onu ziyaret ederek hediyeler almıştır. Bu müşahadelere erkeğin anneye evlenme vaad etmiş olduğunu göstermektedir. Babanın kadının tanışmalarından önce bir başkası ile cinsel ilişkide bulunmuş olması sebebiyle evlenmeyi bekleyemeyeceği yolundaki iddiası, işbu evlenme vaadini hükümden düşürücü nitelikte değildir. Kanton mahkemesi buna rağmen bütün neticeleriyle babalık dâvasını reddetmiştir. Gerekçe kadının kritik dönemde böyle bir vaad olmasa bile kendisini erkeğe teslim edeceğidir. Böylece kanton mahkemesi kanunda olmayan bir şartı babalık dâvası bakımından aramış oluyordu. Bu şekilde kanton yargıçları federal hukuku ihlâl etmişler ve bu nedenle karar bu açıdan düzeltilmiştir.

(*Federal Mahkeme II. Hukuk Dairesi, 8 Kasım 1968 (Marie Gabrielle ile Véronique ve Constant Z dâvası), Semaine judiciaire 1970, 346*).