

MİRASTAN ADI İSKATIN HUKUKİ MAHİYETİ VE SEBEPLERİ

Yazan: Dr. Rıza Çubukgil
Medeniye Hukuku Asistanı

Mirastan adi iskatın hukuki mahiyeti

1 — Mirastan adi iskatın tarifi :

Mirastan adi iskatın hukuki mahiyeti müellifler arasında muhtelif şekilde anlaşılmuş olduğundan müşterek ve tek bir tarife rastlanamamaktadır.

Bazı müellifler müteveffa tarafından mahfuz hisseli olmıyan mirasçılarının mirascılık vasfının kaldırılması haliyle (1) mirastan iskat halini birbirine karıştırmışlar yani başka bir deyimle bu müellifler mirastan ihraç "exclusion" mefhumu ile mirastan iskat "exhérédation" mefhumunu tefrik etmemişler ve tariflerini de ona göre yapmışlardır.

Diğer müellifler ise mirastan ihracı, iskattan tamamen tefrik etmişlerdir. Bunlara göre iskat, münhasıran mirascının mahfuz hissesi üzerindeki hakkının tenkisi veya büsbütün ortadan kalkması halidir.

Bizde ikinci kategoride olan hukukcular gibi mirastan iskat halini mirastan ihraç edilme halinden tamamen tefrik etmekteyiz. Mirastan ihraç keyfiyeti tasarruf nisabı dahilinde yapılan hukukî muamele olduğundan, umumiyet itibariyle (2) mahfuz hisseli olmıyan mirasçılar hakkında varittir. Demek ki ihraç kanunun müteveffaya tanıdığı ve hususî bir şekil ve şarta tabi tutmamış olduğu en geniş bir tasarruf hürriyeti ve selâhiyetinden ibarettir.

Mirastan iskat ise; kanunen kendilerine tanınmış olan mahfuz hisselerini tenkis veya büsbütün ortadan kaldırmak suretiyle ancak mahfuz hisseli mirasçılara kabili tatbiktir.

Normal halde, mütevaffa hisseyi nazarı itibare almak yani bu hisseyi ondan müstefit olan mirasçılara tahsis etmek mecburiyetindedir. Fa-

(1) Müteveffa mahfuz hisseli olmıyan mirasçılarını mirastan iki şekilde ihraç edebilir ya zımnî olarak veya sarîh olarak. Zımnî olarak ihraç : bu mirasçılara hiç bir şey bırakmadan bütün mallarını başkası lehine tasarruf etmiş olması ile olur. Sarîh olarak ihraç ise bu mirasçılarının mirasın dışında kalacağını vasiyetnamesinde açıkça belirtmesi ile olur.

(2) "Umumiyet itibariyle" dedik çünkü mirastan ihraç mahfuz hisseli mirasçılarının mahfuz hisselerinden geri kalan kısımları içinde kabili tatbiktir.

kat kanunen tayin ve tesbit edinmiş olan hallerde ölüme bağlı bir tasarrufla mirascısının mahfuz hissesini tenkis veya tamamen bertaraf edebilir. İşte biz bu mahfuz hisseyi tenkis veya bertaraf edebilme kudret ve selâhiyetine mirastan iskat "exhérédation" diyoruz.

Mirastan iskat müessesesinin kısa bir şekilde hukukî mahiyetini açıklamaya gayret ettikten sonra ve kendi tarifimizi yapmadan önce diğer müelliflerin tariflerine bir göz atalım:

Rossel ve Mentha'ya göre (3) :

Mirastan iskat, öyle bir muameledir ki onunla muris mahfuz hisseli mirasçılardan birini mirasından uzaklaştırır; müteveffa mahfuz hisseli olmayan mirascıyı, malları üzerinde dilediği gibi başkaları lehine (hakikî, akrabası olsun olmasın, veya hükmi) tasarrufta bulunmak suretiyle mirasından mahrum edebilir.

Bu tarif, birinci kısımda, kısmî iskattan bahsetmediğinden yani müteveffa tarafından mahfuz hisseli mirascının mahfuz hissesinin tamamından değil bir kısmından da iskat edilebileceğini nazarı itibare almamış olduğundan noksandır denilebilir. Mademki kanun murise mahfuz hissenin tamamından bile iskat etmek selâhiyetini veriyor, o halde bu mahfuz hissenin bir kısmından neden iskata hakkı olmasın? Çoğunu yapmaya selâhiyeti olan azını da yapabilir (4).

Tarifin ikinci kısımda yukarıda izah ettiğimiz mirastan ihraç (exclusion de la succession) müessesesine tetabuk ettiğinden buraya ithali zaittir.

Paul Viatte'a göre (5) :

Mirastan iskat etmek kanunun veya örf ve âdetin bir kimseye tanıdığı mirascılık vasfını o kimseden kaldırmaktır.

Pierre Adam ise (6).

Mirastan iskat öyle bir muameledir ki müteveffa onunla mirasçılarının miras haklarını kaldırır.

Yukarıda izah edilen sebeplerden dolayı bu iki tarif de ihtiyaca tam cevap verecek mahiyette değildir.

Pierre Tour tarafından yapılmış olan şu tarif en iyisidir denebilir (7) :

(3) Bak. Rossel et Mentha. Manuel de droit civil suisse. Cilt 1, S. 535.

(4) Kısmî iskattan başka bir yazımızda etraflıca bahsedeceğiz.

(5) Bak. Paul Viatte. De l'exhérédation et des restrictions au droit d'axhéréder. Paris, 1897. s. 1.

(6) Bak. Pierre Adam, De l'exhérédation en droit français, Nancy, 1902. s. 1.

(7) Bak. Pierre Tuor, Fiches juridiques suisses, No. 502. s. 1.

Mirastan iskat denince, tayin edilmiş olan sebepler için ölüme bağlı bir tasarrufla, mahfuz hisseli mirasçılardan mahfuz hisselerinin tenkisi veya ortadan kaldırılması anlaşılır.

Hali hazır İsviçre ve dolayısıyla bizim Medenî kanunumuzda rastlanılmıyan diğer bir tarifi de Valais kantonu Medenî kanununun 611 inci maddesinde bulmaktayız (8) :

Bir mirascıyı mirastan mahrum eden sebepler haricinde, kanunun kendilerine bir mahfuz hisse tanıdığı şahıslar bu hisseden, kanunun kabul ettiği ve vasiyetnameyede derç edilen sebeplere binaen murisin sarıh beyanı ile, mahrum bırakabilirler.

Biz bu müessesenin bütün unsurlarını birleştirerek basit bir tarifini yapmayı tercih ediyoruz:

Mirastan iskat, müteveffanın, kanunun iskat hakkında kabul ettiği sebeplerden birine müsteniden yapmış olduğu ölüme bağlı bir tasarrufu ile, mahfuz hisseli mirasçısının mahfuz hissesini tenkis veya büsbütün ortadan kaldıran tek taraflı hukukî bir muamelesidir.

II — Mirastan iskatın neveleri.

Medenî kanunumuz iki nevi mirastan iskat kabul etmiştir. Bunlardan birincisi olan adi iskatı 457 ve müteakip maddeleriyle ikincisi olan aciz sebebiyle iskatı da 460 inci maddesiyle hükme bağlamış bulunmaktadır.

Mirastan iskat mütevaffanın 457 inci maddede zikredilen sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde, ölüme bağlı tasarrufu ile mahfuz hisseli mirasçılardan birinin veya bir kaçının veya hepsinin mahfuz hisselerinin tenkis veya tamamen bertaraf edilerek mirasından uzaklaştırılmış olmalarıdır.

Halbuki aciz sebebi ile iskat ise murisin, borcunu ödemekten aciz bulunan mirasçısının mahfuz hissesinin yarısını bu mirasçının alacaklılarına gitmesine mani olmak için onun doğmuş veya doğacak olan çocuklarına tahsisi halidir.

Birinci haldeki mirastan iskat medenî hukukça bir ceza karakterini haizdir, zira bu müeyyide mahfuz hisseli mirasçıya kanunen, gerek müteveffaya karşı ve gerekse ailesinden birine karşı yapmaya mecbur olduğu vazife ve mükellefiyetlerin yerine getirilmemesinden veya müteveffaya yahut yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm irtikâbından dolayı tatbik edilmektedir.

Halbuki ikinci nevi mirastan iskat, cezai değil bilâkis bir himaye karakterini taşımaktadır.

(8) Bak. Code Civil du canton du Valais.

Mirasçının borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi her zaman kendi kusurundan mütevellit olmaz. Meselâ, büyük ve çok masrafı istilzam eden bir hastalığın zuhuru, alacaklısı bulunduğu bir şahsın, şirketin, bankanın iflâs edip onlardaki alacağını istihsal edememesi ve harp hallerinde olduğu gibi. Kanun bu hususu nazarı itibare alarak murise böyle bir halde mirasçısını mirasından iskat hakkını tanımış olduğundan muris mirasçısının hissesinin yarısını doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis etmekle hiç olmazsa yabancı olan alacaklılara gidecek miktarın yarısını kurtarmış ve böylelikle bu çocukların malî sıkıntıya düşmelerine mani olmuş ve dolayısıyla de iskat edilen mirasçıyı himaye etmiş bulunmaktadır.

Kanununun 457 ve 460 mncı maddelerinde kabul edilen iki nevi iskatı gördükten sonra adi iskatı tam ve kısmî olmak üzere ikiye ve onları da mahfuz hisse ve mahfuz hisseler bakımından tekrar ikiye tefrik edebiliriz.

1 — Tam iskat:

A) Mahfuz hisse bakımından:

Mütevaffanın mirasçılarında birinin veya birkaçının veya hepsinin mahfuz hisse üzerindeki haklarını tamamen ortadan kaldırmasıdır.

B) Mahfuz hisseler bakımından:

Tam iskat, murisin istisnasız bütün mirasçılarını mahfuz hisselerinden tamamen veya kısmen mahrum bırakmasıdır.

2 — Kısmî iskat:

A) Mahfuz hisse bakımından:

Mütevaffa tarafından mirasçılardan birinin veya bir kaçının veya hepsinin mahfuz hisse üzerindeki haklarının tamamen nez'i olmayıp yalnız tenkisi halidir.

B) Mahfuz hisseler bakımından:

Muris tarafından bütün mirasçılardan değil yalnız bir veya birkaçının mahfuz hisselerinden tamamen veya kısmen mahrum edilmeleridir.

III — Mirastan adi iskat müessesesi ile mirastan mahrumiyet müessesesi arasındaki münasebet.

Mirastan iskatın hukukî mahiyetini daha iyi tayin ve tesbit için mirastan mahrumiyet ile müşterek olan ve ayrıldığı noktaları tetkik etmek faydalıdır.

Prensip itibariyle, mütevaffa nasıl hayatı müddetince kendi malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebiliyorsa ölüme bağlı tasarrufları ile de mallarının akibetini serbestçe tayin edebilir. Bu husus prensip olmakla beraber, kanun, murisin bir sebep yokken, kastî olarak bütün mallarını başkasına yani ailesi dışındaki şahıslara verip kendi mirasçılarını muz-

dar bir vaziyette bırakabileceğini nazarı itibare alarak, bu tasarruf hürriyetine bir set, bir hudut çekmeyi lüzumlu görmüş yani bu umumî prensibe bir istisna vazeylemiştir ki bu da mahfuz hissenin mevcudiyetidir. Bu sebeptendir ki müteveffa kanun tarafından kendilerine mahfuz hisse tanıyan mirasçılarının mahfuz hisseleri üzerinde tasarruf edemeyip bu hisseleri onlara tahsise mecburdur.

Müteveffanın tasarruf hürriyetine vazedilen bu istisna mutlak mıdır? Yani muris her hâl ve kârda muhakkak mahfuz hisseli mirasçılarının mahfuz hisselerini kendilerine tahsis edecek ve ona hiç dokunamayacak mıdır? Kanun yine burada 457 inci madde hükmiyle mahfuz hisseli mirasçının, bir cürmün ikai veya yapmaya mecbur olduğu kanunî bir vazifenin ademi ifası hallerinde mütevaffa için mahfuz hisseyi bu mirasçıya tahsis etmek mecburiyetini kaldırmış ve ona bütün malları üzerinde istisnasız olarak mutlak tasarruf hürriyetini iade etmiş bulunmaktadır.

İşte bizim için mirastan adi iskat, murisin malları üzerinde serbestçe tasarruf hürriyetini takyit eden mahfuz hisse ve bundan doğan hakların muayyen hallerde ve eşkâlde mütevaffa tarafından ya tamamen veya kısmen ortadan kaldırmasıdır.

Müteveffa mahfuz hisseli mirasçısının işlemiş olduğu bir suç neticesinde ölmüş veya malları üzerinde tasarruf edemeyecek bir hale gelmiş olduğu takdirde mirastan iskat edilememiş olan bu mirasçı mirasçılık sıfatını muhafazada devam edecek midir? Hayır, zira kanun 520 inci maddesiyle müteveffanın ifade edilememiş iradesi yerine kaim olarak bu kimseyi mirastan mahrum bırakmaktadır. O halde mirastan mahrumiyet mirastan iskat müessesesini tamamlayan hukukî bir müessese olup şu şekilde tarif edilebilir:

Mirastan mahrumiyet, muayyen kanunî sebeplerin mevcudiyetinde kanun tarafından, murisin bir veya birkaç mirasçısının mirasçılık vasıflarının kaldırılması veya lehine muayyen bir mal vasiyet edilmiş olan şahıstan bu malı alabilmek imkânının bertaraf edilmesidir.

Bu izahatı verdikten sonra mirastan adi iskat ile mirastan mahrumiyetin müşterek oldukları noktalarla farklarını tesbit edebiliriz.

1 — Müşterek olan noktalar:

A) Bu iki müessesenin gayesi aynı olup her ikisi de murisin mirasına müstahak olmıyan kimselerin mirastan uzak kalmasını sağlamaktadır.

B) Gerek mirastan adi iskat ve gerekse mirastan mahrumiyet hallerinde, mirasçı müteveffaya veya yakınlarından birine karşı yapmaktakı mükellef olduğu şeyi yapmış veyahut yapması icap eden şeyi yapmamış olduğu için bu kimsenin, bütün hayatı müddetince müteveffaya

her türlü yardım ve itınayı göstermekte kusur etmemiş olan kimselerle aynı nisbette mirasta hak sahibi olması bu kimselerin menfaatlerini halledar edeceği gibi cemiyet de, kusurlu olan böyle bir şahsın mükâfatlanmasını değil, bilâkis cezalanmasını ve binnetice mirastan bir şey almamasını uygun görür.

2 — Ayrıldığı noktalar:

A) Bu iki müessesese tatbik edildiği kimseler bakımından tefrik edilebilir.

Mirastan iskat yalnız mahfuz hisseli mirasçılara kabili tatbik olduğu halde mirastan mahrumiyet müessesesi mahfuz hisseli mirasçılardan başka umumî ve hususî mansup mirasçılara ve hatta lehine muayyen bir şey vasiyet edilen kimselere de kabili tatbiktir.

İkisi arasında bu ayrılık, kanunun kabul ettiği iskat sebeplerini teşkil eden bir fiilin ikai neticesinde mütevaffanın ölüme bağlı bir tasarrufu yapabilecek durumda bulunmasından ve mirasın akibetinin kendisi tarafından tayin edilebilmesinden ileri gelmektedir. 520 inci maddedeki mirastan mahrumiyeti müstelzim fiillerden birinin ikai halinde ise mütevaffa ya öldüğü veya serbestçe iradesini kullanabilecek halde bulunmadığı veyahutta bu sebebe ittilâ kesbedememiş olduğu içindir ki kanun mahrumiyetin tatbik sahasını muayyen bir şey vasiyet edilen kimselere kadar teşmil eylemiştir. Zaten kanunda mahrumiyet müessesesinin hikmeti vücudu da budur.

B) Bu iki müessesese kanunun her ikisi için kabul ettiği sebeplerin ağırlığına göre de tefrik edilebilir. Medenî Kanunun 457 ve 520 inci maddelerinin mukayesesinden de kolayca anlaşılacağı gibi mirastan mahrumiyeti müstelzim sebepler ve dolayısıyla failinin kusur ve hatası mirastan adi iskatındakilerine nazaran çok daha şümüllü ve şiddetlidir.

C) İki müessesese, arasında şekil şartları bakımından da şöyle bir tefrik yapılabilir:

Bir mahfuz hisseli mirasçının mirastan iskati için kanunun kabul ettiği sebeplerden birinin mevcudiyetinden başka gene kanunun bütün ölüme bağlı tasarruflar için kabul ettiği umumî şekle riayetle ölüme bağlı bir tasarrufun yapılması ve bunun içinde iskat edilenin isminin ve iskat sebebinin açıkça yazılmış olması şarttır.

Halbuki bir kimsenin mirastan iskat edilebilmesi için kanunî sebeplerden birinin mevcudiyeti lâzım ve kâfidir. Yani mirastan mahrumiyet, mirastan adi iskatta olduğu gibi ayrıca ölüme bağlı bir tasarrufun mevcudiyetine lüzum kalmadan, kanunî sebebin zuhurunda kendiliğinden tatbik sahasını bulur.

desinden, halbuki mirastan mahrumiyetin tatbik kudreti ise otomatik olarak kanundan neşet etmektedir.

Mirastan adi iskatın sebepleri

I — Murise veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürmün ikai (Medenî Kanun madde 457, No. 1).

Mütevaffanın mirasçılarında birini 457 inci maddenin bir numaralı bendine göre mirasından iskat edebilmesi için bu bendde yazılı unsurların hepsinin bir arada mevcudiyeti şarttır. Bu unsurlar şunlardır:

- 1 — İskat edilecek şahsın mütevaffanın mahfuz hisseli mirasçısı olması;
- 2 — Bu mirasçının bir cürüm işlemesi;
- 3 — Bu işlenen cürmün ağır bir cürüm olması;
- 4 — Bu ağır cürmün mütevaffaya veya onun yakınlarından birine karşı işlenmiş olması.

Bu unsurları sırasıyla tetkik edelim:

1 — Mütevaffaya veya yakınlarından birine karşı işlenmiş suçun faili mütevaffanın mahfuz hisseli bir mirasçısı olmalıdır. Mahfuz hisseli mirasçılar Medenî Kanunumuzun 453 üncü maddesinde tesbit edilmiştir. Bunlar murisin fûruğu (9), ana ve babası, kız ve erkek kardeşleri (10) ile hayatta kalan eşidir.

Mahfuz hisseli olmayan mirasçılar için hakikî manasında bir iskat mevzuubahis olamaz, zira mütevaffa mirastan ihraç ile onların mirasçılık vasfını her zaman ortadan kaldırabilir. Binaenaleyh mahfuz hisseli olmayan bir mirasçının mütevaffaya veya onun yakınlarından birine karşı işlemiş olduğu ağır bir cürüm 457 inci maddenin birinci bendinin tatbikini icap ettirmeyip ancak mirastan mahrumiyet sebepleri meyanına girer.

2 — Mahfuz hisseli mirasçı bir cürüm işlemiş olmalıdır. Cürmün ikai zaruridir, yalnız suç işlemek kasti veya suçun icrası için devam etmemiş olan hazırlık safhalarının bir ehemmiyeti yoktur, bunlar nazarı itibare alınmazlar. Buna mukabil teşebbüs dolayısıyla yapılan iskat muteber olur (11). Zira gayeye erişilmemiş olmasına rağmen teşebbüste icra

(9) Bu fûruğ kategorisine babası tarafından tanınmış veya babalığına hükmedilmiş nesebi gayri sahih çocuklarla Medenî Kanunun 257 inci maddesi mucibince evlât edinme mukavelesi ile miras hakları bertaraf edilmiş evlâtlıklar dahildir.

(10) İsviçre Medenî Kanununun 472 inci maddesi kardeşlerin mahfuz hisselerinin kaldırılmasını veya bu hakkın fûruğuna da teşmil edilmesi salâhiyetini kantonlara bırakmıştır. Binaenaleyh orada kardeşlerin mahfuz hisseli mirasçı olup olmamaları kantonlara göre değişmektedir.

(11) Bak. R. O. 73/11, s. 208; JT. 1948, s. 262.

başlangıcı mevcuttur. Bizce iskatın muteber olabilmesi için ika edilen fiilin, ceza bakımından neticelerine değil, doğrudan doğruya fiilin kendisine bakmak lâzımdır. Mahfuz hisseli mirasçı mütevaffaya veya yakınlarından birine karşı işlemiş olduğu bir cürümden dolayı müruruzaman veya takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin ademi mevcudiyeti sebebinden mahkûm olmamış bile olsa veya mahkûmiyet kararı alıpta müruruzaman sebebiyle veya bulunamamasından veya hususî veya umumî af dolayısıyla cezasını tamamen veya kısmen dahi çekmemiş olsa gene bu ika ettiği cürümden dolayı mütevaffa tarafından mirasından iskat edilebilir.

Cürmün neticeleri, başka şekilde mütalâa eden ceza hukuku yönünden değil, medenî hukuk yönünden nazarı itibare alınmalıdır. Medenî hukuk bakımından bizi alâkadar eden, suçtan mütevellit aile sevgi ve bağlarının sarsılma derecesidir. Bizim için mühim olan fiil ile bu aile bağlarının sarsılması, rencide edilmesi olduğuna göre bu fiili failin tek başına veya başkasıyla müstereken ika etmesi hatta tahrik üzerine yapmış olması ehemmiyetli değildir.

3 — İşlenen suç ağır bir cürüm olmalıdır. Bugün efkârı umumiye ve jurisprudence aşağıda bir kaçı zikredilen cürümleri ağır telâkki etmektedir, başka deyimle aile sevgi ve muhabbet bağlarını rencide edecek mahiyette olduğunu kabul etmektedir. Bunlar taammüden katil, katil, mevsuf sirkat, ırza geçme, emniyeti suiistimal (12), sahtekârlık, ihtilâs ve zimmete para geçirme, v.s. gibi.

Diğer bazı cürümlerde halin icabına veya işleniş tarzına veya işlendiği şahısa göre ağır bir cürüm kabul edilebilir. Meselâ, iftira, hakaret, sövme, haksız yere suç isnadı, yalan yere şahadet, v.s. de olduğu gibi.

Sarhoşluk, hayvanlara kötü muamele, tedbirsizlik veya tecrübesizlik sebebiyle nakliye ve muhabere vasıtaları aleyhine işlenen suçlar, medenî kanunumuzun amlamında ağır bir cürüm telâkki olunmazlar.

Zinaya gelince, zina umumiyet itibariyle ağır bir cürüm olarak kabul edilir. Fakat bu mutlak değildir, bu fiilin bazan işlendiği ahval cürümü ağır telâkki etmiye imkân vermez. Meselâ karı ve kocanın ikisinde birbirine sadık olmadıklarını düşünelim, kadın kendi zinasına mukabil kocanın zinasını ele alarak onu mirasından iskat edemez. Zira hâkim iskat sebebi olarak burada ileri sürülen zinayı bu hususî vaziyet dolayısıyla ağır bir cürüm olarak kabul etmez. Zina ağır bir cürüm kabul edil-

(12) Federal mahkeme 11 Kânunusani 1947 tarihli kararında emniyeti suiistimal teşebbüsünü de ağır bir cürüm olarak kabul etmiştir. R. O. 73/11, s. 208; JT. 948. s. 263.

mese bile her zaman için 457 inci maddenin iki numaralı bendinde zikredilen kanunî vazifelerin ifasında irtikâp olunan ağır bir kusur addedilir.

İsviçre Federal mahkemesi 27 Ekim 1938 tarihli kararı (13) ile Lily Oederlin tarafından kocası aleyhine yapılan iskata sebep olarak göste-

D) Mirastan adi iskatı mirastan mahrumiyetten tefrik eden diğer bir nokta da şudur: Mirastan iskatın tatbik kudreti mütevaffanın kanunî salâhiyetini kullanmasından yani başka bir deyimle mütevaffanın irarilen zinayı ağır bir cürüm addetmiş ve yapılan iskatı muteber saymıştır.

Birazda "ağır cürüm" diye gayet muğlak olduğu kadar elâstiki olan bu tabirin kanunumuza niçin girdiği meselesi üzerinde duralım.

İsviçre medenî kanunu hazırlanırken suçların üçlü taksiminden (contravention, délit, crime = kabahat, cünha, cinayet) vazgeçilerek ceza kanununun müteaddit avant - projet'lerinde (14) ikili taksim kabul olunuyor (contraventiondélit = kabahat, cürüm) (15) ve binnetice üçlü taksimde délit ve crime adını taşıyan suçlar bu defa yalnız délit namıyla bir gurupta toplanıyordu. Bu sebepten bu gurubun ağır suçlarını tefrik için délit kelimesinin yanına grave = ağır tabirini ilâve ettiler. Böylelikle her türlü cürüm mirastan iskat sebebi olarak kabul edilmemiş oldu (16). Vaki bu tefriki yapabilmek için vazı kanun yalnız ağır cürümler yerine cinayet vasfını haiz suçlar diyebilirdi. Fakat o zaman işlenen suçun ağırlığını tayinde hemen hemen ceza hukuku esas tutulmuş olurdu. Zaten bu sebeptendir ki kanunun müzakeresi esnasında Thelin ve Schulthess'in "muayyen cezalar veya terzil edici cezalarla mahkûm olmak" şeklinde suçun vasıflandırılması veya tahdit edilmesi hususundaki fikirleri kabul edilmemiştir (17).

İsviçre Medenî Kanunu Türkçeye çevrilirken bu délit grave tabiri ağır cürüm diye tercüme edilmiş ve dolayısıyla de İsviçre Medenî Kanunundaki bu elâstikiyet aynen muhafaza edilmiş oldu. Binnetice bu tabir münhasıran teknik cezaî bir tabir olmadığından, hâkim ona bağlı

(13) Bak. R. O. 64/11, s. 337; JT. 1939. s. 66.

(14) Bak. a) Karl Stooş'un 1893 - 1894 tarihli İsviçre ceza kanunu avant - projet'si.

b) 1905 tarihli İsviçre Ceza Kanunu avant - projet'si.

c) 1907 tarihli İsviçre Ceza Kanunu avant - projet'si.

d) 1916 tarihli İsviçre Ceza Kanunu avant - projet'si.

(15) İsviçre Ceza Kanunu 1937 de tekrar ikili taksime dönmüştür.

(16) Bak. Escher, Kommentar. Das Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Zurich. Tab 2. madde 477. s. 40.

(17) Bak. Bulletin Sténographique de l'Assemblée fédéral suisse. 1905 s. 1373 ve 1906 s. 182.

kalmadan suç ve bu suçun ağırlığını serbestçe takdir edebilmek imkânına maliktir.

Kanaatimizce kanunumuzun cürmün ağırlığının tayinini gayet elâstiki bir tabir sayesinde hâkime bırakması ve onu ceza kanunu ile bağlı tutmaması çok yerinde ve isabetlidir. Zira ceza kanununun ağır olarak kabul ettiği bazı cürümler medenî kanun yönünden de muhakkak ağır kabul edilmediği yani aile sevgisini veya sugluyu mütevaffaya bağlayan muhabbet ve hürmet bağlarını sarsmadığı, onları rencide etmediği gibi diğer bazı cürümlerde ceza kanunu yönünden çok ağır kabul edilmediği halde medenî kanun yönünden ağır yani ailevi bağları sarsan bir fiil olarak kabul edilir, hatta bazı defa ceza kanununca pek ağır telâkki edilmiyen bu suçlar mütevaffanın duyduğu elem ve ızdırap dolayısıyla ölümüne dahi sebep olabilirler. Meselâ bir siyasi adamın oğlunun işlediği siyasi suçta veya askeri bir kumandanın oğlunun işlediği askeri suçta olduğu gibi.

Bizim için mütevaffanın şerefiyle oynamak veya onun izzeti nefisini rencide etmek veya onda husule getirilen elem ve ızdırap esas olduğuna ve bunlarda gayet sübjektif şeyler bulunduğu yani bir insandan diğer bir insana nazaran değişebilir olduğuna göre, bunların ağırlığının doğrudan doğruya kanun tarafından değilde kanunun hâkime verdiği salâhiyete müsteniden hâkim tarafından tayin ve tesbiti şayanı tercihtir.

Hâkim bunu tayin için murisin karakterini içtimaî mevkiini fiilin kime karşı ve hangi şartlar dahilinde işlenmiş olduğunu nazarı itibare alır. Hâkim aynı zamanda sübjektif unsurlarda bağlı kalmaz yani yalnız mütevaffanın durumunu tetkik etmez. Bu fiilin şümulü hakkında cemiyetin, umumun düşünüş ve telâkkisini de göz önünde tutar.

4 — Mahfuz hisseli mirasçının mirastan iskat edilebilmesi için mütevaffaya veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm işlemiş olması lâzımdır. Binaenaleyh mütevaffanın yakınlarından olmayan bir kimseye karşı mirasçının ağır bir cürüm işlemiş olması kendisinin mütevaffanın mirasından iskatını müstelzim olmaz.

Burada da medenî kanunun “ağır cürüm” (délit grave) da olduğu gibi gayet elâstiki olan “yakın” tabiri karşısında bulunmaktayız. Bu “yakın” kelimesi de İsviçre medenî kanununun müzakeresi esnasında hararetili münakaşa ve tenkitlere sebep olmuştur. Bilhassa meşhur hukukçu Thélin, bu kelimenin hukukî hiç bir manasının olmadığını ve kanuna böyle kelimelerin ithal edilmesinin kanunun vüzuh ve sarahatini ihlâl edeceğini tebarüz ettirerek bu tabirin kabul edilmemesini ileri sürmüştür (18).

(18) Bak. Bulletin Sténographique de l'Assemblée fédéral suisse. 1905. s. 1973.

Eugen Huber de projet'nin müdafaasında bu tabir için: "Biz de kendi kendimize (mütevaffanın yakınlarından birine) ifadesi yerine hısımlık derecelerinin gösterilmesi - meselâ fûruğ, baba, ana, eş gibi - daha iyi olmaz mıydı diye sorduk. Fakat neticede hâkime geniş takdir hakkı verebilmek için böyle umumî bir tabiri münasip gördük" demiştir (19).

Neticede kanun murisin yakınlarının kim olduğunu tayin etmeksizin her hususi hale göre kimin yakın olup olmadığını tayini salâhiyetini hâkime bırakmıştır. Zira bazan iskati müstelzim ağır cürmün mütevaffanın şahsına veya aile efradından birine karşı işlenmemiş olmasına rağmen çok sevdiği bir dostu aleyhine işlenmesi onu en yakın aile efradına karşı işlenmesi kadar müteessir edebilir.

Mağdurun mütevaffanın yakını olup olmadığını tesbitinde kriterium olarak murisin onun hakkında beslediği muhabbet, şefkat, sevgi, saygı, takdir ve bağlılık dereceleri nazarı itibare alınır. Mağdur ile muris arasındaki bu bağlılık derecelerinin mahiyeti ve yakınlığı, psikolojik bir mahiyet arzettiğinden ve dolayısıyla bir kanun maddesi mevzuu teşkil edemeyeceğinden, kanun mağdurun mütevaffanın yakını olmak vasfına haiz olup olmadığını serbestçe tayinini hâkime bırakmıştır.

Yakın mefhumu aile mefhumundan daha geniş ve daha şümüllüdür. Zira aile mefhumu ancak medenî kanunun 17 ve 18 inci maddelerinde zikredilen kan ve sıhri hısımlarla, işçi, çırak amelede olduğu gibi bir akit sebebiyle birlikte yaşayanları (M. K.: m. 318) muhtevîdir. Halbuki yakın mefhumu bu söylenenlerden başka mütevaffanın kendisine hususi bir sempati, sevgi, büyük bir hürmet, derin bir saygı beslediği kimseleri de içine alır.

Bugün için yakın telâkki edilen kimseler şunlardır: Nişanlılar, iğten ve candan birbirine bağlı arkadaşlar, hami ve mahmiler, uzun zamandan beri birlikte yaşayan bekâr arkadaşlar, sütüne, dadı ve lalalar, mürebbiyeler ve öğretmenler v.s. (20).

Kanunun mütevaffaya, kendisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm işlemiş olan mahfuz hisseli mirasçısını mirasından iskat edebilmek salâhiyetini tanımasının sebebi, bu mirasçının ika ettiği fiil neticesinde, kendisi ile muris arasındaki ailevi sevgi, hürmet ve saygı bağlarını ağır bir surette sarsması veya tamamen yok etmesidir. Bu ha-

(19) Bak. Exposé des motifs de l'avant - projet du Code civil suisse du Département fédéral de Justice et Police. Cilt 2, Berne, 1901. s. 61.

(20) Bak. Escher. Adı geçen eser. (Com.) madde 477.

Bak. Stadler. Die Enterbung im Schweiz. Zivilgesetzbuch. Zurich. 1910. s. 33.

Bak. Tuor. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Cilt 2. Berne 1914 - 1929. madde 477. Not, 24 - 25.

reket te dolayısıyla mütevaffanın şahsına müteveccih olduğundan aile için bu mirasçı fena bir insan durumuna düşmüştür. İka eylediği hata ve kusurunu da mirastan iskat edilerek öder.

Iskat yönünden bizim için ehemmiyetli olan, işlenen fiil ile sevgi, muhabbet, hürmet bağlarının sarsılması, yok olmasıdır. Bu husus mursile mağdur arasındaki sevgi ve dostluk münasebetlerine fazlası ile bağlı olduğuna göre hâkim, mağdurun murisin yakını olup olmadığını tayinde bu sevgi ve dostluk münasebetlerini ehemmiyetle nazara alır.

Bazan yakın bir dostla olan bu münasebetler en yakın aile efradından biri ile olan münasebetlerden çok daha kuvvetli ve samimî olabilir. Hatta bu dosta karşı mirasçısı tarafından işlenen bir suç yüzünden duyacağı elem, bu suç kendisine karşı işlenmesi halinde hissedeceği elem-den çok daha kuvvetli olabilir.

Şimdi de mahfuz hisseli bir mirasçının, mütevaffa veya onun yakınlarından birine karşı ika ettiği bir fiilin bazı şartlar altında işlenmiş olması dolayısıyla ağır bir cürüm sayılamayacağı binnetice iskat sebebi de teşkil edemeyeceği halleri görelim:

A — a) Bunlardan biri, mirasçının işlediği fiilin meşru müdafaa halinde işlenmesi halidir. Meselâ, mütevaffanın veya yakınlarından birinin mirasçıya hücum etmesi ve bu mirasçının da canını kurtarabilmesi için o kimseyi yaralaması gibi.

b) İkincisi, mirasçının zaruret halinde bir fiil işlemesidir. Meselâ, bir vapurun batmasıyla denize dökülenlerden iki kişi aynı kalasa tutunsalar ve bunlardan biri mirasçı, diğeri de murisin yakınlarından biri bulunsa ve kalasın ikisini birden çekememesi neticesi, mirasçı kendisini kurtarmak için kalasla uzaklaşarak diğerrinin boğulmasına sebep olsa. Burada murisin yakınlarından birinin ölümüne sebep oldu diye mirasçısını mirasından iskat etmesi muteber sayılamaz.

c) Üçüncü bir halde mirasçının kanunun emrettiği veya vazifesi icabı olan bir fiili gerek mütevaffaya veya gerekse onun yakınlarından birine karşı ika etmesidir. Burada şu misal verilebilir: Mütevaffa veya yakınlarından biri hudutta kaçakçılık yaparken gümrük memuru olan mirasçı tarafından görüldüğünü anhyarak kaçmaya teşebbüs ve kaçmasına mani olmak için de bu memurun attığı tabanca ile yaralanmış olsa, mirasçının bu hareketi bir iskat sebebi teşkil etmez. Çünkü mirasçı bunu yapmakla kanunun emrini yerine getirmiş bulunmaktadır.

Bu söylediğimiz üç halde de mirasçı bir hata işlememiştir. Bilâkis hayatını kurtarmak veya vazifesini ifa için yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmıştır. Bunun içindir ki zaten değil yalnız medenî kanun bakımından hatta ceza kanunu bakımından dahi bu fiiller meşru sayılmıştır.

B — Şayet mirasçının mütevaffaya veya onun yakınlarından birine karşı iskatı müstelzim fiili işlediği anda gerek akli malûliyeti ve gerekse yaşı sebebiyle cezaî bakımdan mesuliyeti tamamen yok idiyse gene muteber surette mirastan iskat edilemez. Eğer kısmî mesuliyeti haiz idiyse bu fiilin bir iskat sebebi olup olamayacağı hâkimin takdirine bağlıdır.

C — Mahfuz hisseli mirasçı şayet kendisine karşı ağır cürüm işlediği şahıs ile mütevaffa arasındaki hürmet, sevgi ve dostluk bağlarını bilmiyor idiyse hakkında yapılan iskat gene muteber olmaz.

Stadler'in noktai nazarına göre (21): Mütevaffa ile arasındaki münasebetleri bilmemesine rağmen onun yakınlarından birine karşı işlemiş olduğu suçtan dolayı mirasçı iskat edilebilir, zira cezayı müstelzim fiil mütevaffa nezdinde aynı neticeleri doğurur; binaenaleyh bu münasebetleri bilmemesinin hiç bir ehemmiyeti yoktur.

Halbuki biz İckowicz (22) gibi düşünerek, mütevaffa ile yakını arasındaki münasebetlerden haberdar olmayarak mütevaffanın böyle bir kimseye karşı işlemiş olduğu ağır bir cürümden dolayı mirasçının iskat edilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü mirasçı için mağdur her bakımdan mütevaffaya tamamen yabancıdır. Medenî hukuk yönünden subjektif unsur, yani ailevi bağ ve sevgileri rencide etmek veya onları tamamen ortadan kaldırmak kastı mevcut değildir, mademki mirasçı mütevaffayı mağdura bağlayan muhabbet ve samimiyetten bihaberdir, o halde fiili ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla murise karşı işlenmiştir. Şayet bu münasebetleri bilseydi belki de o şahsa karşı fiilini işlemekten istinkâf edecekti. Zira bazan en tehlikeli canî bile ailesine karşı evlâtların en iyisi olabilir. Ailesine karşı en iyi aile sevgisi, muhabbeti ve insanlık hislerini taşıyabilir.

Mirasçının muris ile mağdur arasındaki bu münasebetleri bilip bilmemesi hususunda tereddüt hasil olacak olursa bilinmediğinin isbatı mirasçıya düşer.

D — Eğer suç mütevaffa ile birlikte işlenmiş veya mütevaffa tarafından kolaylaştırılmış veyahut da onun tahriki ile işlenmiş ise artık bu suç ele alınarak mirasçı muris tarafından muteber bir şekilde mirastan iskat edilemez (23).

Meselâ, şerefsizce hayat süren, ailenin itibarını düşüren kız evlât, öldürülmesi veya bu hayatı süremeyecek bir surette yaralanması, sakat-

(21) Bak. Stadler. Adı geçen eser. s. 39.

(2) Bak. İckowicz. De l'exhérération en droit suisse. Genève. 1930. s. 47.

(23) Bak. Escher. Sözü geçen eser. Com. md. 477. s. 41 - 42.

Bak. Tuor. Sözü geçen eser. Com. md. 477. s. 174.

Bak. İckowicz. Sözü geçen eser. s. 48.

lanması için mütevaffa tarafından erkek evlât teşvik ve tahrik edilir ve çocukta bu fiili işlerse baba oğlunu bu suçundan dolayı mirasından iskat edemez. Zira bu halde çocuk ile baba arasındaki ailevi münasebetlerin sarsılmasından bahsedilemez, bilâkis evlât babasının arzularını tahakkuk ettirerek onu memnun etmek istemiştir.

Müterafik kusur hafif olduğu takdirde, fiilin bir iskat sebebi teşkil edip edemeyeceği hakimin takdir ve tayinine bağlıdır.

Medenî Kanununun 457 inci maddesinin müzakeresi esnasında İsviçre Millî Meclis üyelerinden Usteri tarafından birinci fıkraya “murise kabili isnat hatadan arı” ibaresinin ilâve edilmesi istenilmişse de bu ibarenin vüzuhsuz olacağı ileri sürülerek reddedilmiştir (24).

E — Mütevaffa mahfuz hisseli mirasçısını ika eylediği fiilden dolayı affeder fakat bilâhara affedilen bu fiili tekrar ele alarak onu mirastan iskat sebebi göstererek mirasçısını mirastan iskat ederse gene bu iskat muteber sayılamaz. Çünkü fiil ile ailevi sevgi, hürmet bağları ağır bir surette sarsılmamıştır. Bunun da delili mirasçıyı affedebilmesidir.

II — Mirasçının, murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp etmesi (M. K. Md. 457 No. 2).

Medenî kanununun 457 inci maddesinin ikinci fıkrasının unsurlarını tetkik edecek olursak:

1 — Mahfuz hisseli bir mirasçı olacak;

2 — Bu mirasçı kanunen mütevaffaya veya onun ailesine karşı mükellef olduğu vazifeleri ifada kusur irtikâp edecek;

3 — Bu vazifeleri ifada irtikâp olunan kusur büyük (ağır) olmaktadır (25).

1 — Ailevi vazifeleri ifada kusur işleyen kimse murisin mahfuz hisseli mirasçısı olmalıdır. Mahfuz hisseli olmayan bir mirasçı ailevi vazifelerinin ademi ifasından dolayı mirastan iskata maruz kalmaz. Böyle bir kusur muvacehesinde mütevaffa tarafından yapılan mirastan ihraç mirastan iskatın yerine kaim olur.

Bundan evvelki iskat sebebi izah edilirken mahfuz hisseli mirasçı meselesi üzerinde durulmuş olduğundan ikinci unsurun incelenmesine geçelim.

2 — Mahfuz hisseli mirasçı kanunen kendisine tahmil edilmiş olan ailevi vazifelerinin ifasında kusur işleyecek. Medenî Kanunumuz ailenin

(24) Bull. Sté. de l'Ass. féd. 1906, s. 183.

(25) İsviçre Medenî Kanununun 477/2 de gravement = Ağır bir surette tabiri vardır. Türkçeye bu kelime büyük olarak tercüme edilmiştir.

saadet, ikbal, beka ve himayesini nazarı itibara alarak, aile efradına bir takım vazife ve mükelefiyetler tahmil etmiştir. Bu vazife ve mükellefiyetleri de garanti altına almak için mütevaffaya bir silâh tanımıştır, buda mirastan iskattır. Binaenaleyh mirastan iskat ailevi vazifelerin ademî ifasının bir müeyyidesidir.

Ailevi vazifelerin nelerden ibaret olduğuna geçmeden evvel bu bendeki "aile" tabirinin mana ve şümülünü tesbit etmek yerinde olur.

"Aile" tabiri ne "yakın" tabiri kadar şümüllü ve ne de "akraba" tabiri kadar dardır. Akraba tabiri M. K. nun 17, 18 inci maddelerine göre sıhhî kan hısımlarını içine alır, halbuki aileye bunlardan başka aynı çatı altında birlikte yaşayan kimseler de dahildir. Yakın tabirine gelince, baş taraflarda da izah ettiğimiz gibi, daha şümüllü olup bu evvelki iki tabirin içine giren kimselerden başka mütevaffanın kendilerine sevgi, saygı, ve hürmet besledikleri şahısları da ihtiva eder. Binaenaleyh aile mefhumu akraba ile yakın mefhumları arasında yer almaktadır.

Şu halde mütevaffa yalnız kendisine karşı ifa edilmesi lâzım gelen vazifelerden değil aynı evde birlikte yaşayan, akrabası olmayan birisine karşı da ifası lâzım gelen vazife ve mükellefiyetlerinden birinin yerine getirilmemesi halinde de mirascısını mirasından iskat edebilir.

Acaba ademi ifası halinde iskati müstelzim aile efradına yükletilen vazife ve mükellefiyetler nelerdir?

A) Karı ve kocanın vazife ve mükellefiyetleri:

Karı ve koca evliliğin iki esaslı temel taşı olduklarından kendilerine düşen vazife ve mükellefiyetler çok olduğu kadar da ağırdır.

Her şeyden evvel karı ve koca ailenin saadeti ve bekası için birbirlerine karşı sadakat ve müzaheretle mükelleftir (M. K. Md. 151/3).

Evlilik birliğinin imtidadınca koca evlilik birliğinin reisi olması hesabıyla müşterek evi intihap ve karı ve çocuklarının, münasip bir şekilde, iagesi ile mükelleftir (M. K. Md. 152).

Diğer taraftan kadın müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir (M. K. Md. 153/2).

Ana, baba ve çocuk yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve riayete mecburdur (M. K. Md. 260).

Çocuğun iase ve terbiyesine muktazi masraflar, kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre, ana babaya terettüp eder. Ana baba zarurette bulunduğu takdirde yahut istisnai her hangi bir sebebin vücudu halinde hâkim, çocuğun mallarından kendisinin iase ve terbiyesine medar olacak muayyen bir miktarın sarfı için, ana ve babaya izin verebilir (M. K. Md. 261).

Velâyet kendilerinden nezedilse bile ana ve baba çocuğun iâşe ve terbiye masraflarını evvelce olduğu gibi tesviye ile mükelleftir (M. K. Md. 277).

Bunlardan başka 264 üncü maddenin ikinci bendi mucibince ana ve baba kudretlerine göre (26) çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alil veya akıl zayıf ise haline münasip bir terbiye vermekle mükelleftirler.

265 inci madde mucibince ana ve baba, çocuğun meslekî terbiyesini sevk ve idare eder ve mümkün mertebe kuvvet ve kabiliyetini nazara alır.

Çocuk reşit oluncaya kadar (27) dinî terbiyesini tayin ana ve babaya aittir.

Aynı vazifeler anaya evlilik haricinde doğan çocuklar, babaya da tanınmış veya babahğına hükmedilmiş gayri meşru çocuklar için de terekküp eder. (M. K. Md. 311, 312).

Karı koca yalnız birbirlerine ve çocuklarına karşı değil ailelerine karşı da vazife ve mükelefiyetler hamilidir; Herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûruğuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir (M. K. Md. 315).

Koca ev reisi olmak hasebiyle kocanın, aynı çatı altında oturan şahıslara karşı da vazifeleri vardır. Bunları, bilhassa talim terbiyeleri, sanatları yahut dinî ihtiyaçları için muktazi hürriyetten istifade ettirir (Md. 319/2). Evin reisi birlikte yaşayanların evdeki eşyasını, kendi eşyasına karşı göstereceği aynı ihtimam ile muhafaza etmek ve emniyet altında bulundurmamakla mükelleftir. (M. K. Md. 319/3).

Evin reisi, riyaseti altında bulunan küçüğün, mahçurun yahut dimağ hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl olan kimsenin yaptığı zarardan mutad veçhile ve ahvalin muktazi bulunduğu dikkatle ona nezaret ettiğini isbat etmedikçe mesuldür. Bundan başka evin reisi ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl olanların bizzat kendilerini veya başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri hususunda lâzım gelen tedbirleri ittihaz ile mükelleftir. Lüzumu halinde bu tedbirlerin ittihazı için keyfiyeti zabıtaya da haber verir (M. K. Md. 320).

Şimdi de karı ve kocanın yapmamakla mükellef oldukları halleri görelim:

Karı ve koca bir boşanma sebebi teşkil edecek ve aile birliğini bozacak fiilleri ikadan imtina edeceklerdir. Umumiyet itibariyle boşanma

(26) İsviçre Federal mahkemesi bu hükmü yalnız kudretlerine, kabiliyetlerine değil, aynı zamanda imkânlarına göre de diye tefsir etmiştir. R. O. 56/11, s. 43.

(27) İsviçre medenî kanununun 227 inci maddesine göre çocuk reşit olunca değil 16 yaşını ikmal ile kendi dinini kendi seçebilir.

sebepleri iskat sebebi de teşkil eder, yalnız bir tanesi müstesna, o da akıl hastalığıdır. Akıl hastalığı, sıhhatte olan eş için hayatı çekimez bir hale getirebileceğinden evlilik birliğini sona erdiren bir sebep olarak kabul edilebilir. Fakat buna mukabil ailevi vazifeleri ademi ifadan dolayı bir iskat sebebi teşkil edemez. Bu hastalık hastanın rızasından veya niyetinden neşet etmiş değildir. Bu hale kendisi sebebiyet vermediğinden onu mirastan iskat etmek adalet ve ahlâk prensipleriyle kabili telif değildir.

Şu halde gördüğümüz bu istisnadan başka aşağıda sıralanan boşanma sebepleri buna sebebiyet vermiş olan kimse için ailevi vazife ve mükelleftilerinin ademi ifası sayılır.

129 uncu madde gereğince karı ve kocadan her biri zinada bulunmamak mecburiyetindedir. Karı ve kocadan birinin ika ettiği zina suçu umumiyet itibariyle 457/1 e göre ağır bir cürüm teşkil eder. Hususi hal ve vaziyete göre zina, hakim tarafından ağır bir cürüm olarak takdir edilmese bile, her halde mütevaffa veya ailesine karşı kanunen mükellef olunan vazifelerin ifasında işlenmiş büyük kusur olarak kabul edilir.

Cana kast ve pek fena muameleler karı kocadan birinin diğerine veya aileden birine karşı yapmamaya mecbur oldukları fiillerdendir (28). (M. K. Md. 130).

Karı kocadan her biri kendisiyle birlikte yaşamayı çekilmez bir hale koyacak derecede haysiyetsiz bir hayat süremeyeceği gibi terzil edici bir cürüm de işleyemez (M. K. Md. 131).

Karı kocadan biri evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğerini terk edemeyeceği gibi muhik bir sebep olmaksızın evine dönmemezlikte edemez (M. K. Md. 132).

Karı kocadan her biri aralarındaki müsterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizliğe sebep olamazlar.

Bu saydığımız sebeplerden dolayı şayet boşanmaya hükmedilmiş ise kendisine kusur izafe edilemeyen karı veya kocanın diğerini bu kusurundan dolayı mirasından iskat etmesine lüzum kalmaz. Zira boşanma ile aralarındaki miras bağları kendiliğinden ortadan kalkar. Fakat şayet mirastan iskatı muhtevi vasiyetnameyi yapan üçüncü bir şahıs ise - meselâ karı veya kocanın babası gibi - o zaman bu boşanma sebebinin pratik bir ehemmiyeti olabilir. Zira boşanma hükmü aralarındaki miras münasebetlerine tesir icra etmeyeceğinden baba bu boşanma se-

(28) Cana kast aynı zamanda 457/1 maddenin anlamında ağır cürümdür.

bebiyle yani ailevi vazifelerini ifada kusur işlediğinden dolayı evlilik birliğinin zevaline sebebiyet veren mirascısını mirasından iskat edebilir.

B) Çocukların ailevi vazife ve mükellefiyetleri:

Bunları da ebeveynlerine karşı ve kendi aralarında olmak üzere diye ikiye tefrik edebiliriz:

a) Çocukların ebeveynlerine karşı vazife ve mükellefiyetleri:

Çocuk, hayatını, terbiyesini ve her şeyini elde ettiği ana ve babalarına karşı itaat ve hürmetle mükelleftir (29). (M. K. Md. 264/2).

Kanunu alınırken eklendiği gibi ikinci bendi de biraz değiştirilmiştir. Bizim kanun "çocuk ana ve babasına riayete mecburdur" dediği halde İsviçre Medeni Kanunu (275/1) "çocuk ana ve babasına itaat ve hürmete mecburdur" demektedir.

Çocuk ana ve babasına karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve riayete mecburdur (M.K. Md. 260).

Çocuk yardım etmediği takdirde zarurete düşecek olan ebeveynine muavenet ile mükelleftir (M.K. Md. 315).

Çocuklar ebeveyni ile iyi geçinmek, onlara iyi muamele etmek ve ailenin ahengini bozacak hareketlerden içtinap etmekle mükelleftir, bilhassa yaşayış tarzları ailenin şeref ve vakarıyla mütenasip olmalıdır.

Ana ve babasının 267 inci maddede zikredilen tedip hakkını suistimal etmeden kullanırken çocuk onu kabule ve ona itiraz veya mukavemet etmemiye mecburdur.

b) Çocukların kendi aralarındaki vazife ve mükellefiyetleri :

Kanun ancak bir tane zikretmiştir ki o da nafaka borcudur. Kanunun 315 inci maddesine göre, yardım edilmediği takdirde zarurete düşecek olan kardeşlere diğerleri muavenet ile mükelleftirler. Fakat bu mükellefiyet mutlak değildir. Zira 316 inci maddenin ikinci bendi ile bir şartta bağlanmıştır. Bu şartta yardımla mükellef olan kardeşin hali refahta bulunmasıdır.

Kanunen mükellef olunan ailevi vazifelerin ekserisini sıraladıktan sonra tetkik edilebilecek diğer bir nokta daha kalıyor ki oda acaba kanuna ithal edilmemiş ve yalnız ahlâk çerçevesi içinde kalmış olan bir vazifenin gerek murise ve gerekse onun ailesine karşı ademi ifasından dolayı müteveffa tarafından mahfuz hisseli mirasçı iskat edilebilecek midir?

Kanaatimize göre edilemez. Çünkü kanuna ithal edilmemiş fakat ahlâk kaideleri tarafından yapılması icap eden yani bir vazife olarak kabul edilen fiiller objektif hukuk tarafından bir müeyyideye bağlanmamış bulunmaktadır. Binaenaleyh yapılması veya yapılmaması onu yapacak kimşenin iyiliğine bağlı kalmaktadır. Bir misal ile izah edecek olursak, kanun, kimlerin kimlere karşı nafaka borcu olduğunu tesbit etmiştir. Ez-

(29) Medeni Kanunumuzun 264 üncü maddesinin birinci bendi İsviçre Medeni

cümle hali refahta olan bir kardeş diğer kardeşine, şayet yardım etmezse zarurete düşecek ise, onu muavenetle mükelleftir. Eğer zarurete düşen kardeş değilse onun çocuğu ise bu yeğene karşı amcanın kanunen bir nafaka borcu yoktur. Ama ahlâk kaideleri bu zengin amcanın sefalete düşmüş olan yiğenine yardımda bulunmasını amirdir. Bu vaziyette bu amca kanunen mükellef olmadığı bu vazifeyi yerine getirmese ahlâki müeyyideden başka hakkında tatbik edilecek bir müeyyide yoktur. Zira kanun bu gibi halleri nazarı itibare almamıştır. Onun nazarı itibare aldığı yalnız kendisi tarafından, müteveffaya veya onun ailesine karşı mirasçıya tahmil edilen vazifelerdir. Binaenaleyh müteveffanın iskat hakkı da ancak bu kanuni vazifelerin ademi ifası halinde mevzuubahistir. Medeni kanunun 457 inci maddesinin 2 numaralı bendinde "kanunen mükellef olduğu" ibareside bunu açıkça belirtmektedir.

Medeni kanunumuzun, burada biraz formalist olmayı, ailevi vazifelerin nelerden ibaret olduğunun, kendisi tarafından tayin edilmesini ve yukarıdaki ahlâk hududu içinde kalan vazifeleri nazarı itibare almamayı ve bu hususta hakimin takdir hakkını daraltmayı tercih etmiştir. Çünkü bu böyle olmayıp da ahlâki vazifelerin ademi ifası dolayısıyla iskat hakkı tanınmış bulunsaydı tatbikatta çok acayip neticeler husule getirebilir; Zira bu gibi ahlâki vazifeler adet bakımından pek çok olduğu gibi karakter itibariyle de nisbidir. Yere ve zamana göre insanlarda ahlâki vazife fikri ve mefhumu değişeceği gibi, aynı fiilden dolayı iskat hakkında da mahkemelerden birbirinden çok farklı veyahutta bazan birbirine tamamen aykırı kararlar sadır olabilir. Çünkü her hakim kendi mensup olduğu içtimâî mevkiye, düşüncelerine, karakterine hattâ kendi dini kanaatlerine göre bunu tefsir ve takdir edebilir. Kanun tatbikatta birbirinden ayrı birbirine mütenakız kararların vücade gelebileceği ihtimalini düşündüğünden ve bunları önlemek istediğindendir ki avant projet'deki üçüncü iskat sebebi olan "safahat içinde ve gayri ahlâki hayat sürme" (30) yi kabul etmemiştir.

Kanunumuzun biraz formalist olup yalnız ahlâk çerçevesinde kalmış ve kanun tarafından nazarı itibare alınmamış bir vazife veya mükellefiyetin yerine getirilmemesi halini iskat sebebi kabul etmemesi ve ancak kanuna ithal edilen mükellefiyetlerin ademi ifasında ağır bir kusurun iskat sebebi kabul edilmesine dair olan hükmü çok isabetli ve yerindedir. Zaten Medeni kanundaki mükellefiyetler dikkatlice tetkik edilecek olursa görülür ki bunlara, şumulünün genişliği ve elâstikiyetleri dolayısıyla, hemen hemen her ahlâki ve içtimâî vazife ithal edilebilmektedir.

(30) Bak. Exposé des motifs. 1901, cilt 2, S. 23.

3 — Kanunen tahmil olunan ailevi vazife ve mükellefiyetlerin ifasında işlenen kusur büyük (ağır) olmalıdır.

Hakim, önce iskat sebebi olarak zikredilen fiilin medeni kanunca kabul edilen kanuni mükellefiyetlerden biri olup olmadığına bakar, bilâhare bu mükellefiyetin ifasındaki iskat edilenin kusurunun ağır olup olmadığını takdir eder. Kusurun ağırlığını takdir ve tayin ederken hakim fiilin kendisinden ziyade o fiilin müteveffanın aile bağ, muhabbet ve münasebetlerindeki tesiri dolayısıyla husule gelen sarsılmayı nazarı itibare alır. Yani kusurun ağırlığının tayininde esas olan fiil değil, bu fiilin müteveffa üzerindeki tesirleri ve aksülamelleridir.

Kusurun ağırlığını tayinde, işlenen fiilin müteveffada vücade getirdiği tesir ve neticeler esas olduğuna göre ve bu tesir ve neticeler de nisbi şeyler bulunduğuna yani şahıstan şahısa değişebildiğine göre hakim, ailenin içtimaî, iktisadî ve hattâ siyasî durumunu, bundan başka bu kimse-lerin şahsî karakter, prensip ve düşüncelerini nazarı itibare alacağı gibi, mahfuz hisseli mirasçıya ağır kusur irtikâbı dolayısıyla isnat edilen fiilin hangi şartlar içinde, nasıl ve kime karşı işlendiğini de ihmal etmemelidir.

Bu kısa izahatımızı yaptıktan sonra Medeni kanunumuzun 457 inci maddesinin ikinci bendi mucibince hangi hallerde ailevi vazife ve mükellefiyetlerin ifası dolayısıyla kusur işlendiğini ve eğer işlenen bir kusur varsa bu kusurun, hangi şartlar ve vaziyetler karşısında hakim tarafından ağır olarak telâkki edileceği meselesini tatbikattan da misaller almak suretiyle daha şumullü olarak tetkik edelim :

Bir aile efradının birbirleri ile iyi geçinmeleri, birbirlerine iyi muamele yapmaları asıldır. Şayet aile efradı birlikte ve müştereken bu prensipe aykırı hareket ediyorlarsa; hakareti, küfürü ve fena muameleleri karşılıklı olarak itiyad edinmiş ve bunları da gayet tabii ve normal olarak kabul ediyorlarsa, bu fiillerden biri dolayısıyla birisi diğerini mirasından iskat edemez. Zira bu fiil neticesinde mirasçı ailevi vazifelerini ifada kusur irtikâp etmiş sayılamaz. Bir an için kusur irtikâp ettiğini düşünsek bile ihtilâf halinde hakim tarafından bu kusurun hiç bir zaman büyük yani ağır olarak takdir edilmesine imkân yoktur. Müteveffa da aynı şeyi mirasçıya karşı yaptığına göre mirasçının fiili ailevi bağları ve münasebetleri sarsabilir, bozabilir mahiyette addolunamaz.

Meselâ, baba ve oğulun müşterekén kaçakçılık yaptığı ve aralarında-ki şahsi münasebetlerinde cemiyetin normal telâkkisine uymıyacak şekilde olduğu düşünülür ve aralarında hakaret, sövme tabii telâkki edilirse, babanın bir gün oğlunu bu tarzda şerefsiz bir hayat sürdüğünden mirasından iskat eylemesi halinde bu iskatin muteber sayılmasına imkân yoktur. Çünkü iskat sebebi olarak ileri sürülen şerefsiz bir hayat sürme hali

bab içinde varittir, o da oğlu ile birlikte aynı hayatı sürmektedir. Hal böyle olunca oğlunun sürdüğü bu hayat dolayısıyla babasına karşı mükellef olduğu saygı ve hürmette ağır bir kusur irtikâp ettiği kabul edilemez.

İsviçre federal mahkemesine buna benzer bir hadise intikal etmiştir (31) :

Giulio Beltrami adında bir kimse vasiyetnamesinde, erkek kardeşini nefret verici bir çalışması bulunduğundan, kendisini içkiye verdiğinden ve şahsını gerek doğrudan doğruya ve gerekse başkalarına söylediği şeylerle tahkir ettiğinden, kendisine para vermiyecek olursa canını çıkaracağını ve ona çekiç vurması lâzım geldiğini fakat bu çekici tabutunu çivilemek için kullanacağını söylediğinden ve bir gün kardeşi Paris'e giderken ona "gebersin daha iyi olur = E meglio che crepi" diye bağırmasından, dolayı iskat etmiştir. Federal mahkeme, murisinde iskat ettiği kardeşine "git çalış, domuz, eşek = vai laborare, porco asina" diye cevap vermiş bulunması ve dolayısıyla iki kardeş arasındaki münasebetlerde umumiyet itibariyle ifade tarzının hareketimiz olması sebebiyle bu fiilleri, ailevi mükellefiyetlerin ifasında ağır bir kusur olarak telâkki etmediğinden iskatı iptâl etmiştir (32).

Buna mukabil Federal mahkeme başka bir kararında iskat edilen mirasçının fena hareketinin ailevi vazifelerin ifasında ağır bir kusur teşkil ettiğini kabul etmiştir (33). Hadise şudur :

L... Fribourg eczacılarından biriyle evlenmiş ve bu evlilikten üç çocuğu olmuştur. Sevgilisi ile Amerika'ya gitmek için 15 nisan 1913 tarihinde aile ikametgâhından kaçtığı için L... in babası onu mirasından şu ifade ile iskat etmiştir :

"Boşanmış olan kızımın herkesçe maruf yolsuz ve gayri ahlâkî hareketi ile sebep olduğu iskandal yüzünden onu önce miras hakkının dörtte birinden mahrum ediyorum. Küçük kız kardeşleri A... ve M... in, ablaları yüzünden uğradıkları zararlar ve münasip bir şekilde hayatlarını kurbilmekte maruz kaldıkları güçlükler dolayısıyla bu dörtte biri küçük kız kardeşleri A... ve M... e veriyorum.

L..., D... adında bir elektrikçi ile suç teşkil eden münasebetler tesis ederek, onun refakatinde kaçmak suretiyle, aile yuvasını ve benimde torunlarım olan üç çocuğunu kötü niyetle terketmiş ve damadıma, küçük

(31) Bak. R. O. 48 - 11, S. 434.; JT. 1923, S. 194.

(32) Bu iskat, yalnız muteber bir iskat sebebinin fıkdanından değil aynı zamanda mirastan iskat için kabul edilen kanunî şekle riyaet edilmediğinden de iptal edilmiştir.

(33) Bak. 25 Mart 1920 tarihli İsviçre federal mahkeme kararı. R. O. 52 - 11, S. 7.

torunlarıma, bana ve hısımlarıma karşı kanunun tahmil ettiği vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp etmiştir, onu mahfuz hisse hakkından mahrum ederek böylece mirastan iskat ve bu hisseyi üç çocuğuna tahsis ediyorum”.

Fedreal mahkeme bu iskat sebebini muteber addetti, zira müddeinin sevgilisi ile yaşamak için aile yuvasından kaçmasıyla yalnız ailevi sadakatı bozmayıp aynı zamanda Medeni kanunun 264 üncü maddesinde (34) zikredilen analık vazifesinden çocukları mahrum bırakmakla onlara karşı olan mükellefiyetlerin ifasında da ağır bir kusur irtikâp etmiştir.

Hakim cana kastı ağır bir cürüm olarak kabul ettiği gibi aile efradı arasındaki münasebet ne olursa olsun Medeni kanunun 130 uncu maddesi mucibince de cana kastı aile vazifelerini ifada ağır bir kusur olarak kabul eder.

Aynı maddede zikredilmiş olan pek fena muamelelere (35) gelince, bunlar her zaman hakim tarafından kanuni mükellefiyetlerin ifasında ağır bir kusur olarak kabul edilmezler. Sebebine gelince, müteveffanın ruhunda bu pek fena muamelelerin şumulü, tesir ve aksülamelleri müteveffanın bu fiilleri ifa eden karşısında bulunduğu vaziyete, onunla olan münasebetlere göre değişir.

Bazı lâf ve fiiller içtimai mevkii yüksek bir ailede pek fena muamele telâkki edildiğinden kanuni vazifelerin ifasında ağır bir kusur teşkil edebilir. Halbuki buna mukabil içtimai mevkii pek yüksek olmıyan bir ailede sarfedilen aynı söz ve işlenen aynı fiiller ağır bir hakaret yahut pek fena muamele kabul ve binnetice kanuni vazife ve mükellefiyetlerin ifasında ağır bir kusur telâkki edilemez.

O halde netice itibariyle, aynı lâf ve fiiller bazı şahıslar için muteber bir iskat sebebi teşkil etmesine mukabil diğer bazı şahıslar için muteber bir iskat sebebi olamaz.

Hakim kanuni mükellefiyetlerin ifasındaki kusurun ağırlığını takdir ederken müterafik kusurun olup olmadığını araştırır. Eğer kanuni mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi müteveffanın bir kusuru veya hasmane bir hareketinin neticesi ise böyle bir halde iskat cihetine gidilemez.

(34) Türk medeni kanunu madde 264 - 2: Ana ve baba kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alil veya akli zayıf ise haline münasip bir terbiye vermekte mükelleftir.

(35) “Pek fena muameleler” ibaresi aslında İsviçre medeni kanununun 138 inci maddesinde iki ayrı tabirle zikredilmiştir. Bunlardan biri “sevices graves = ağır fena muameleler”, bu daha ziyade fiilidir, ötekisi ise “injures graves = ağır hakaretler”, buda lâfzidir. Bizim kanuna bu tabir tercüme edilirken, fiil ile veya lâf ile yapılan pek fena muameleler diye ikiye tefrik edilmeden yalnız “pek fena muameleler” ibaresiyle iktifa edilmiştir.

Meselâ, ana ve baba 267 inci maddede zikredilen tedip hakkını çocuğa karşı, bu hakkı suiistimal ederler ve çocukta bu sebepten 264/2 maddede ile anasına ve babasına karşı mükellef olduğu itaata riayette kusur işlerse ana ve baba çocuğun bu kusurunu iskat sebebi olarak ileri süremezler.

Bundan başka, ana ve babanın çocuğu fena terbiye etmelerinden veya bu terbiyedeki ihmalleri yüzünden (Md. 515), çocuk 264 üncü maddenin ikinci bendi mucabince ana ve babasına karşı mecbur olduğu itaat ve hürmette kusur ederse bu da iskat sebebi teşkil etmez.

Başka bir misal : Babanın sebepsiz yere oğlunu evden kovması ve bilâhare bu çocuğun babasının zarurete düştüğünde ona yardım etmemesi halinde gene iskat cihetine gidilemez.

Yukarıdaki üç halde de, çocuk kanunun kendisine tahmil ettiği mükellefiyetleri yerine getirmemiş ve aile vazifelerinin ifasında bir kusur işlemiştir. Fakat bu ailevi vazifelerin yerine getirilmemesine ana ve babanın müterafik kusuru sebep olmuştur. Ana ve baba uhtelerine düşen vecibeleri hakkiyle ifa etmiş olsalardı çocuk da bu kusuru işlememiş olacağına göre, hakim tarafından çocuğun kusuru hiç bir zaman ağır (büyük) telâkki edilemez (36).

Eğer ailevi vazife ve mükellefiyetler kanunen karşılıklı olarak her iki tarafda tahmil edilmiş ve bu mükellefiyetler her iki tarafca da yerine getirilmemiş ise bir taraf bir ifadaki kusuru ele alarak diğerini mirasından iskat edemez.

Farzedelim ki, iki kardeşten veya karı, kocadan biri uzun süren bir hastalığa tutulmuş, diğeri 151 ve 315 inci madde hükümlerine rağmen onun yardımına koşmamış ve gerek şahsen gerekse bir doktorun müdahalesini temin suretiyle yapabileceği müzaheretten istinkâf etmiş, bilâhare de bu vaziyetin tamamen aksi hadis olmuştur. Bu defa kendisine yardım yapılmıyan kardeş veya karı, koca da öbürüne yardım ve müzaheretle bulunmaktan kaçınmıştır. Böyle bir halde hiç biri diğeri aleyhine karşılıklı olarak yerine getirmedikleri ailevi vazife ve mükellefiyetleri iskat sebebi olarak ileri süremez. Zira bu vaziyette her birinin diğerine karşı yapmağı esirgediği yardım ve müzaheretten kendisine karşı yapılmamış olmasından rencide olduğunu iddia eylemiye hakkı yoktur.

Mirasçı kendisine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri yerine getirmedeği şahısla müteveffa arasındaki münasebetleri bilmiyor, aralarındaki yakınlık ve bağlıktan, bu vazife ve mükellefiyetin yerine getirilmediği anda, bihaber ise yine müteveffa tarafından mirastan iskat edilemez.

(36) Bak. Escher. Sözü geçen eser. Com. Md. 477. S. 41 - 42.

Mesele, müteveffanın iki oğlu var. Yalnız bunlardan bir tanesi gayri meşru olup babası tarafından tanınmış, fakat bu münasebet diğer oğul yani kardeşten saklanılmıştır. Bu gayri meşru çocuğa, zarurete düştüğünde öbür kardeş tarafından kanunen yapılması lâzım gelen yardım yapılmamış ise bu hal müteveffa tarafından bilahare mirastan iskat sebebi olarak ileri sürülemez. Çünkü bu iskat edilen kardeş diğer kardeşinin mevcudiyetinden haberdar bulunsaydı, belki böyle passif kalmayıp, uhdesine düşen aile vazifelerini yerine getirmeye çalışırdı.

Binnetice bir kimsenin kanunen mükellef olduğu vazifelerin ifasında ki kusurunun ağır olması ve dolayısıyla de iskatin muteber addedilebilmesi için o kimsenin hareketini isteyerek ve kime karşı işlendiğini bilerek yapmış olması lâzımdır.

Mirasçının, müteveffanın mensup olduğu siyasi partinin muhalifi olan bir partiye intisabı ve orada öbür parti aleyhine faaliyetlerde bulunması veya müteveffanın arzu etmediği bir kimse ile evlenmesi veya onun arzusuna muhalif bir meslek seçmesi veya onun dininden başka bir dine intisap etmesi gibi haller Medeni kanunumuzun 457 inci maddesinin ikinci bendi anlamında bir iskat sebebi teşkil edemez.

Bundan başka ailevi bağlara dokunmayan ve yalnız ticaret ve taahhüt işlerinden çıkan büyük anlaşmazlıklar da hakeza iskat sebebi olamaz (37). Federal mahkeme 22 Eylül 1927 tarihli kararı ile kocanın borsa oyunlarının ile karısına karşı sebep olduğu masraf ve kayıpları da iskat sebebi olarak kabul etmemiş ve kararında şu esbabı mucibeyi dermeyan etmiştir (38) : "Kadın, aile servetinin ve dirahomasının kaybolmasını önleyebileceği gibi onları garanti altına da alırdı. Mademki bunları yapmamıştır o halde kendisinin mesuliyeti mevzuu bahistir. Saniyen kocanın muameleleri fena neticeler verdiği gibi gayet iyi neticelerde verebilirdi. Eğer koca ağır bir tedbirsizlik, ihtiyatsızlık veya ağır bir ihmâl ile hareket etmiş, mesleğini icradan vazgeçip hayatını kazanmak için normal yol olarak kendini borsa oyunlarına vermiş olsaydı o zaman kendisine kabili isnat fiiller ailevi vazifeleri ifade ağır bir kusur teşkil edebilirdi".

Buna mukabil mahfuz hisseli mirasçının müteveffaya veya onun ailesinden birine aşı olmıyan bir suç isnadı veya bu kimseleri sebepsiz yere cezai takibata maruz bırakması hali 457 inci maddenin ikinci bendi mucibince bir iskat sebebi teşkil eder (39).

(37) Bak. R. O. 52 - 11, S. 113. JT. 1926, S. 465.

(38) Bak. R. O. 53 - 11, S. 283. JT. 1928, S. 132.

(39) Aynı fiil işlendiği hal ve vaziyete göre 457 inci maddenin birinci paragrafı mucibince ağır bir cürümde teşkil edebilir.

Federal mahkeme 4 temmuz 1929 tarihinde buna benzer şöyle bir hadiseyi karara bağlamıştır (40) :

Müddei ve temyiz eden Albert Dukas ve babası, şeriki buldukları kommandit şirketin tasfiyesi sebebiyle, dâvalı bulunuyordu. Müddei, babasına karşı terzil edici ithamlarda bulundu ve bilhassa muhasebeyle ait vesikalarda tahrif iddiası'ne de cezai takibat yapılmasını istedi. Baba da vasiyetnamesinde müddeiyi şu ifade ile mirasından iskat etti :

“Oğlum Albert'i İsviçre medeni kanununun 477 inci maddesinin 2 numaralı bendindeki hükme dayanarak mirastan tamamıyla iskat ediyorum. Ailevi vazifelerindeki ağır kusuru hiç bir suretle vasıflandırılmayan hatti hareketinde mündemictir. Bu hatti hareket D.D. § Cie, kommandit şirketin tasfiyesine dair olan dosyadan istihraç edilebilir. Oğlum şirketteki hissemim büyük bir kısmını bana kaybettirdi. Sermayedar olarak ve böylece müessesenin her türlü mali mesuliyet'lerini, risklerini omuzlarına yüklemiş bir şahıs sıfatıyla bu şirketin tasfiyesi hususundaki talep ve ricalarına muhalefet etmiştir. Doğru olmadığını bildiği vakıaları ileri sürerek beni yani babasımı, müteaddit defalar suçla itham etti. Şikâyetinin hiç bir aslı esas olmadığını bilmesi lâzım gelirken benim a'evhime cezai takibat yapılmasını istedi. Senelerce bu dâva ve bu dâva müddetince bana karşı yaptığı delice ithamlar ile sıhhat'mi altüst etti. Babasına karşı olan vazifelerini o derece ihlâl etmiş ve o kadar fena hareket etmiştir ki oğlumun marazi bir hali olduğunu kabul etmekle beraber, onu mirasından tamamen iskat etmiye mecbur kaldım”.

İskat edilen oğul vakıaları inkâr etmiş ve bu vakıaların doğru olduğu tahakkuk etmiş olsa bile ailevi vazifeleri ihmal mevzuubahis olmadığından bunların kâfi bir iskat sebebi teşkil edemeyeceğini ileri sürmüştür. Federal mahkeme bununla beraber aslı olmıyan ithamlar ile 260 inci (41) maddede mucibince ana ve baba çocuğun yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve riayet mecburiyet ve mükellefiyetinde büyük bir kusur işlemiş olduğunu kabul ile iskat edilen çocuğun müracaatını reddetmiştir.

Şayet ithamın veya adli makamlara şikâyetin aslı, esaslı varsa, aile vazifelerinde ağır bir kusur işlemiş olmaz.

Bir mirasçının reddetmiye yani içtinap etmiye selâhiyeti varken aile efradından birinin aleyhine şahadette bulunması 257 inci maddenin ikinci fıkrasına göre ailevi vazifelerin ifasında ağır bir kusur teşkil edebilir mi?

(40) Bak. R. O. 55 - 11, S: 164. JT. 1930, S. 34.

(41) İsviçre medeni kanununda maddesi 271 dir.

Bu sualın cevabı hal ve vaziyete göre müsbet veya menfi olabilir. Hakim her hal ve vaziyeti takdir ile ileri sürülen sebebin bir iskat sebebi teşkil edip etmiyeceğini tayin eder (42).

Federal mahkeme 31 ekim 1946 tarihli kararda, hususi vaziyeti dolayısıyla, bir kızın babasına karşı şahadette bulunmasını ailevi vazifelerinin ifasında ağır bir kusur olarak kabul etmemiştir. Hadise şudur :

Bir baba karısının ve erkek çocuklarının lehine olamak üzere şeriklerinden biri ile evli bulunan kızını mirasından iskat cihetine gitmiş ve kız iskatı iptâl ve mirasın taksimini temin için anasının ve erkek kardeşlerinin aleyhine dâva açarak şu vakıflara istinat etmiştir: Müteveffa M... damadı H... ile para hususunda ciddi bir surette çatışp onu dolandırıcılık ve emniyeti suiistimal ile itham ederek adli makamlara şikâyet etmiş ve bu şikâyet üzerine de H... tevkif olunmuştu. Oda diğer taraftan kayın pederine bir baldızın bütün servetini bir hayır müessesesine bırakan vasiyetnamesini yok etmiş olmakla itham ederek adli makamlara şikâyette bulunmuştu.

Bu mevzuda arılan tahkikat esnasında H... 'ın karısı şahit olarak dinlendi. Babası ile mevcut yakınlığından dolayı şahadetten istinkâfa hakkı olan şahit, bunu yapmadı, ve babasının, zaten itiraf edeceği, vasiyetnameyi ortadan kaldırma hususunu teyit etti.

Karşılıklı anlaşmaya müsteniden bu şikâyetler geri alındı. Fakat baba ile kız arasındaki darınlık devam etti, ve baba vasiyetnamesinde bu sebep'e kızını mirastan iskat etti.

"Ana, baba ve çocuk yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve ri'ayete mecburdur." diyen İsviçre Medeni kanununun 271 inci, bizim Medeni kanunumuzun 260 inci maddesi mucibince bu hâdise'e Federal mahkeme, ailevi vazife'lerin ifasında kızı ağır kusurlu olarak kabul etmedi, ve şu mütalâayı serdetti: "Bayan H... burada vazife ihtilâfı karşısında bulunmaktadır. Ana, baba sevgisi babasının aleyhine olan bir şahadeti red etmeyi, kocasına olan ve hattâ çocuğuna karşı olan sevgisi ise bu şahadette bulunmayı icap ettiriyordu. Şayet susmuş olsa kocası aleyhine babasının durumunu hafifletiyor, buna mukabil konuşmuş olsa kocasının, kayınpederi aleyhine ileri sürdüğü fiilleri teyit etmiş oluyor, binnetice kocasının durumunu tahfif etmiş oluyordu. Kızın, babasının bu şahadetin fena netice'lerinden kurtulmak için bir anlaşmaya tevessül edeceğini ve kocası aleyhine vaki şikâyetinden vazgeceğini tahmin etmiş olması, babasına karşı ailevi vazifelerin ifasındaki hattı hareketini faz'asiyle mazur gösterir".

Tetkik edeceğimiz en son nokta da şudur : Mirasçı kardeşine veya aile efradından diğer birine karşı kanunen mükellef olduğu vazife'lerin ifasında bir kusur işlemiş ve fakat işlenen bu kusurdan dolayı o kimse rencide olmamış veya bilâhare onu af etmiş bulunsa acaba muris bu kusurdan dolayı mirasçısını mirasından iskat edebilir mi? Hayır. Çünkü müteveffa bu hareketten kendisini mağdurdan daha fazla rencide edilmiş hissedemeyeceğinden işlenen kusur da hiçbir zaman ağır olarak telâkki edilemez (43).

Netice olarak hakim, aile vazifelerin ifasında ağır kusuru takdir için şu noktaları nazarı itibare alır :

1 — Medeni kanunun mahfuz hisseli mirasçıya tahmil ettiği bir vazife ve mükellefiyet olması ve bu mirasçının bu vazife ve mükellefiyetlerin ifasında bir kusuru bulunması;

2 — Bu vazife ve mükellefiyetlerin ifasındaki kusurun müteveffayı ağır bir surette rencide etmiş veya aile bağlarını sarsmış olması;

3 — Mirasçının bu kusuru bilerek ve isteyerek ika etmiş olması;

4 — Mirasçının kanunî vazife ve mükellefiyetlerinin yerine getirilmesinden müteveffanın veya mağdur olan yakınının müterafik kusuru bulunmaması.

(43) Bak. Stadler, sözü geçen eser. S. 43.