
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ İÇTİHADININ NAZARİ BAKIMDAN ANALİZİ

ŞAHSİN HUKUKU — AİLE HUKUKU —
MİRAS HUKUKU.

I

1933 — 1934

A. ŞAHSİN HUKUKU

a) Ahvali şahsiye

1 — Boşanmış kadının tabiiyeti.

Velâyeti altında bulunan çocuğu namına ve kendi namına olarak bir ana İsviçre tabiiyetini terk ediyor; baba, çocuğu namına itiraz ediyor. Mesele Federal Mahkemesine arz ediliyor ve mahkeme babanın itirazını varit görmiyerek talebi reddediyor. Ana ve çocuk İsviçre tabiiyetinden çıkmışlardır (M.K. m. 263)[1].

Boşanmış kadının İsviçre tabiiyetine girmesi, kendi velâyeti altında bulunan çocuklara da tesir eder, yani bu çocuklar da İsviçre tabiiyetine girerler.

[1] C. C. S. m. 274 - ve 25 Temmuz 1903 tarihli "Ecnabilerin İsviçre tabiiyetinin iktisabı ve bu tabiiyetin terki hakkındaki kanunun" 3 ve 9 uncu maddeleri.

Boşanmış bir kadın muteber bir şekilde İsviçre tabiiyetini terk edebilir, ve bu terk çocuğun asıl tabiiyetine şamil olup ancak konfederasyonun menfaati buna muhalif olmamalıdır.

Ana babanın veya çocukların hususî ve şahsî menfaatları nazarı itibara alınmaz.

(6 Şubat 1933 tarihli *Dame Nycander et enfants Lanterburg c / Lanterburg*) [1].

2 — Cemiyetler - Korporatif federasyonların hükmi şahsiyetleri.

Ticaret siciline kaydedilmemiş meslekî cemiyetlerden biri tarafından muteriz bir aza aleyhine dava ikame ediliyor: bu gibi cemiyetlerin dava ikamesine ehliyetleri olmadığı yolunda bir itiraz vaki olmuş ise de bu defa varit görülmiyerek reddedilmiştir (M. K. m. 45, 53, 54, 55) [2].

Ekonomik bir faaliyete girişmeksizin bir korporasyonun umumî menfaatlerini himaye maksadile teşekkül eden bir cemiyet, kendisini korporatif bir şekilde organize edince, ticaret siciline kaydolmadan da, şahsiyet iktisap eder [3]. (5 ve 6 Birinci kânun 1934 tarihli, *Fédération suisse des associations de fabricants d'horlogerie. Union des branches annexes de l'horlogerie, Ebauches S. A. c / Degoumois et Cie kararı*) [4].

b) Ehliyet

3 — Hacır - Hacır nez'i (M. K. m. 355, 419, 420) [5].

Her kim ki, aleyhinde verilen hacır kararına, karar verildikten sonra sarahatle mutavaat ederse, hacır sebeplerinin birine istinaden hacır edilmiş olduğu karinesinden istifade edemediği gibi, hacrını bizzat talep etmiş olan kimsenin vaziyetinde de değildir. Binaenaleyh hacır sebeplerinden birinin ademi mevcudiyetini veya en az bir sene zarfında tarzı hareketinin hiç bir

[1] A.T.F. 59. 1. 214. — J.d.T. 1934 sah. 88.

[2] C.C.S. m. 52, 60, 61, 62.

[3] A. Samim Gönensay, Medeni Hukuk, cilt I sah. 153 - 156, İstanbul 1936.

[4] J.d.T. 1933 sah. 66.

[5] C.C.S. m. 370, 437, 438.

şikâyete mahal vermediğini ispat etmeğe mecburdur. (22 Birinci Kânun 1933 tarihli *Marty c/ Cons. d'Et. schwyzois* kararı) [1].

4 — Kanunî müşavir.

Kendisine müşavir tayin edilen kimsenin muvafakatile kanunî müşavir sırf idarî ve tahaffuzî tasarruflar çerçevesini aşan muamelelerde bulunuyor; bu sıfatla ahzetmiş olduğu meblâğların iadesi için aleyhinde dava ikame ediliyorsa da müşavir kendisine verilmiş olan muvafakati defî olarak kullanıyor; fakat bu defî mahkemece varit görülmiyerek iddiası dinlenilmiyor (M. K. m. 376 - 379, 403) [2].

Medenî kanununun 403 üncü meddesine göre kayyum ancak iktiza eden idarî ve tahaffuzî tasarruflarda bulunabilir; kayyumun diğer tedbirlere tevessül edebilmesi için temsil edilen kimsenin muvafakatına ihtiyaç vardır [3]. Bu hüküm aynen ve kıyas tari-kile kanunî müşavire tatbik edilir. Fakat, kayyumdan farklı olarak, kanunî müşavir bu muvafakati temsil edilen kimseden değil ancak vesayet merciinden (bizde *sulh hakiminden*) istihsal etmelidir (25 İkinci kânun 1934 tarihli *Katz c/ Diethelm* kararı) [4].



B. AİLE HUKUKU

a) Evlenme

5 — Evlenmenin butlanı ve vasiyetnamenin butlanı.

Akıl hastalığına müptelâ ve İsviçrede ikamet eden bir isviçreli İngilterede bir evlenme aktediyor; evvelâ nişanlısı ve sonra karısı lehine vasiyetnameler yapıyor. Koca ölüyor; müteveffanın kızı evlenmenin ve vasiyetnamelerin butlanını talep ediyor; davası kabul ediliyor (M. K. m. 100, 113 fık. 1, 124 fık. 2, 126, 128, 491 fık. 1) [5].

[1] A.T.F. 59, II, 417. - J. d. T. 1934 sah. 135.

[2] C.C.S. 392 - 395, 419.

[3] C.C.S. in fransızca metni "temsil edilenin *hususî* muvafakati,, nden bahsetmektedir.

[4] A.T.F. 60, II, 10. - J. d. T. 1934 sah. 422.

[5] C.C.S. m. 108, 121 fık. 1, 132 fık. 2, 134, 136, 519 fık. 1. Bundan

Evlenmenin iptaline dair dava resmî bir makam (bizde müddeiumumilik makamı) veya üçüncü bir şahıs tarafından ikame edilmeyip de koca kâh yalnız kâh karisile birlikte müddei aleyh sıfatile ispatı vücut ederse, bu dava kocanın ikametgâhı mahkemesinde açılmalıdır. Fakat koca vefat etmiş olup da dava karısı aleyhine müteveccih ise, mezkûr dava karının ikametgâhı mahkemesinde ikame edilmelidir.

Evlenmenin iptalini talep etmeğe ekonomik bir menfaat kadar manevî bir menfaat da saik olabilir.

Müddei aleyh Kanton mahkemesinin (yani Bidayet veya Asliye mahkemesinin) salâhiyetsiz olduğunu iddia etmemiş ise, bu mahkemenin verdiği kararı salâhiyeti haricinde olduğunu beyan ederek iptal etmeğe lüzum yoktur. Salâhiyetsizlik keyfiyeti Federal mahkemesinde de dermeyan edilmemiş ise hal yine böyledir; çünkü, meselenin esası hakkında Kanton mahkemesinin vardığı neticeye Federal mahkemesinin de vardığını kabul edersek, ne tarafların ne de âmme intizamının salâhiyetsizlik sebebiyle Kanton mahkemesi kararının iptal edilmesinde menfaatları vardır.

Beyyine ikamesine müteallik usulü muhakeme hakkındaki Federal hukuku, akli hastalıkların ancak bir hekim tarafından müşahede edilmesini ve ispatının da ancak bu şekilde olabileceğini emretmektedir. Kanton hakimi, evvelce ibraz edilmiş olan beyyinelerden istihraç edilen neticenin hiç bir vecih ile tadil ve cerhedilemeyeceğini takdir edip, munzam bir ekispertize lüzum olmadığını beyan edererek bu hususta vaki olan talebi reddetmiş ise, istinaf veya temyiz mercii de bu kararı kabul etmek mecburiyetindedir.

Medenî kanununun 124 üncü maddesinin 2 nci fıkrası, suiniyet sahibi karı veya kocadan birinin diğerine evlenme dolayısıyla mirasçı olmasına müteallik hallere kabili tatbik değildir. (Hüsünîyet sahibi karı veya koca hakkındaki mesele mahfuzdur). (19 İkinci kânun 1934 tarihli *Dame Huwyler - Imboden c/ Dame Schneider - Huwyler* kararı) [1].

başka mahkeme "Medenî Hukuk münasebatı", hakkındaki kanununun 7 ve 8 inci, ve "Ahvali şahsiye ve Evlenme", hakkındaki kanununun da 55 inci maddelerini, nazarı itibara almıştır.

[1] A.T.F. 60. II. 1. - J. d. T. 1934 sah. 579.

b) Boşanma - Ayrılık

6 — Boşanma. Evlenme rabitalarının kesilmesini tanzim eden ferî hükümleri muhtevi mukavelenin sonradan değiştirilmesi (M. K. m. 150 No. 5) [1].

Kanunun bu maddesinin hükmüne göre "boşanma veya ayrılığın ferî hükümlerine dair tarafeyn arasında aktedilen mukavelât hakim tasdikine iktiran etmedikçe muteber olamaz". Bu tasdik vaki olunca, mukavele boşanma kararının ferî birer cüzü olur ve bu itibarla icra kuvvetini (force exécutoire) haiz bulunur. Binaenaleyh artık bu mukavele alelâde medenî yollar ile bozulamaz; bunun için ancak katileşen kararların tadilini mümkün kılan fevkalâde prosedür yollarından gitmek icap eder. Bu mülâhazaya dayanarak Federal Mahkemesi, boşanma hakimi tarafından katî olarak tasdik edilen bir mukavelenin hile sebebiyle iptalini talep eden davayı reddetmiş ve bu kabil davaların mesmu olamayacağını beyan etmiştir (5 Mart 1934 tarihli *Bühler c/ Leitgeb* kararı) [2].

7 — Boşanma. Ferî hükümlere müteallik mukavele. (M. K. m. 150).

Bu mukaveleler ancak hakim tarafından tasdik edilince muteber olurlar; fakat buna rağmen, mezkûr mukavele, tarafları tasdikten evvel de birbirlerine bağladığı gibi, bir taraflı fesihlere de cevaz vermez.

Mukavelelerin kazaî tasdikleri alelâde bir formaliteden ibaret değildir; hakim bu mukavelelerin kanuna uygunluklarını (légalité) ve yerindeliklerini (opportunité) araştırmalıdır; şayet bu gibi mukaveleler karı veya kocadan birinin menfaatlerini mühim bir şekilde haleldar eder veya bilhassa çocukların menfaatleri aleyhine bulunursa hakim tasdikten imtina etmelidir. (28 Haziran 1934 tarihli *Göchter c/ Göhter* kararı) [3].

8 — Boşanmış kadının ismi. (M. K. m. 141) [4].

Medenî Kanunun kabul ettiği sisteme göre, boşanmış kadın,

[1] C.C.S. m. 158 No. 5.

[2] A.T.F. 60, I, 80. - J. d. T. 1934 sah. 397.

[3] A.T.F. 60, II, 169. - J. d. T. 1935 sah. 68.

[4] C.C.S. m. 149.

her ne suretle olursa olsun, eski kocasının ismini muhafaza edemez; muhakkak surette ya genç kız iken taşıdığı ismi veya boşanma ile bozulan evlenmeden evvel kadın dul idi ise birinci kocasının ismini taşımağa mecburdur. Kadının bu şekilde ismini değiştirmesini talep edebilmek için, boşanan koca, isminin taşınmasının kendisini hususî bir zarara maruz bıraktığını ispat etmek mecburiyetinde değildir [1]. (6 Nisan 1933 tarihli *Dame Glitsch c/ de Siebenthal* kararı) [2].

9 — Ayrılık. (M. K. m. 134, 138) [3].

Geçimsizliğin bilhasa müddeinin kusurundan mütevellit olmasına rağmen, mahkeme ayrılığa karar vermiştir; temyiz bu kararı bozmuştur.

Müddei ayrılığı talep edebilmek için bir *boşanma* sebebinin mevcudiyetini ispat etmelidir. Fakat geçimsizlik mesuliyetinin tamamını veya büyük bir kısmını yüklenen müddei, işbu boşanma sebebinin kendi lehine kullanamaz. (26 Birinci teşrin 1933 tarihli *Dame Züst - Derung c/ Züst* kararı) [4].

* * *

c) Evlenmenin umumî hükümleri

10 — Kadının kocası lehine vaki olan müdahalesi.

Kadın malik olduğu bir gayri menkul üzerinde bir ipotekli borç senedi tesis ettikten sonra vesayet merciinin (bizde sulh hakiminin) tasdikine iktiran etmeden, bu senetleri kocasının borçlu olduğu bir meblâğı temin maksadile rehin ediyor; mahkeme bu akdin butlanına karar vermiştir (M. K. m. 169 fık 3) [5].

İpotekli borç senedi, tesisi esnasında, kadının mamelekinin muayyen bir unsurunu teşkil ediyor ve üçüncü bir şahsa teslimi ile bu mamelekin bir unsuru olmuyorsa ve kadın da buna

[1] Fazla malûmat için bak : Reşat O. Atabek, *Le nom des personnes dans les codes civile suisse et turc* (Thèse Geurève 1934), bilbassa sah. 95 - 109 ve sah. 184 - 192.

[2] A.T.F. 59, II, 91. - J. d. T. 1934 sah. 514.

[3] C.C.S. m. 142, 146.

[4] A.T.F. 59, II, 409. - J. d. T. 1934 sah. 123.

[5] C.C.S. m. 177 fık. 3.

ziliyet bulunuyorsa, bu senedi elinden çıkarma veya rehin verme suretile kocası lehine vaki olan müdahalesinin vesayet mercii tarafından tasdikine lüzum yoktur.

Fakat kadın mücerret kocasının alacaklısına rehin etmek için malik olduğu gayrimenkul üzerinde ipotekli bir borç senedi tesis ederse, borcun ancak senedin rehin edilmesile vücade geldiği kabul edilebilir mi? Federal mahkemesi bu meseleyi mahfuz tutmuştur.

Kadının kocası lehine olarak üçüncü bir şahsa karşı borç altına girmesi hali mevcut olabilmek için, kadının yalnız şeklen kocası lehine borç altına girmiş bulunması kâfi olmayıp, belki de kendi menfaatine olmıyan fakat kocasına bir menfaat temin etmek gazesini güden ve üçüncü şahs tarafından bilinen veya bilinmesi icap eden bir borç altına girmesi icap eder. (15 Haziran 1933 tarihli *Vadi - Turin c/ Hinziker et Cie* kararı) [1].

* * *

d) Nafaka

Boşanmış baba, annelerine tevdi edilen çocuklarının maişetini temin etmeğe mahkûm olmuştur; fakat baba borcunu ifa etmiyor ve borcunun ifası için yapılan takibat da semere vermiyor; bunun üzerine babanın ebeveynine karşı dava ikame edilerek muavenet talep ediliyor; idarî makamlar bunları mahkûm ediyorsa da, müddei aleyhlerin ihtiyaçta oldukları göz önünde bulundurularak temyiz talepleri kabul ediliyor. (M.K.m. 315, 316) [2].

Çocuklarının maişetini temin etmeğe mahkûm edilmiş bir babaya verilen bir aciz vesikası (acte de défaut de biens) hiçbir geliri olmadığını ispata kâfi değildir. Yaşayabilmek için lâzım olan meblâğın asgarî haddini geçmiyen bir ücret kazansa bile, o baba fûruuna bir nafaka bağlamak mecburiyetindedir.

Nafaka borcu ile mükellef olan akrabalar mirastaki tertip sırasına riayetle tayin olunurlar ve nafaka borçlarının mikdarı

[1] A.T.F. 59, II, 217. - J. d. T. 1934 mah. 4.

[2] C.C.S. m. 328, 329.

gelirlerine göre ölçülür. Hattâ bu akrabalar nafaka borçlarını ödemek için servetlerine (Resûlmaile) müracaat edip bunu kıs-men sarfetmek mecburiyetinde kalabilirler: şu kadar ki kendilerinin de az bir zaman sonra ihtiyaca düşmek tehlikesine maruz kalmamaları şarttır. (24 İkinci teşrin 1933 tarihli *Epoux Bloch - Schirmbeck c/ Enfants Bloch* kararı) [2].

12 — Kız ve erkek kardeşlerin nafaka borçları [2].

Ecnebî bir memlekette ikamet eden bir ecnebi tabaası İsviçrede ikamet eden İsviçreli kız kardeşinden nafaka talep ediyor; müddei aleyhe müddeinin milli kanunu tarafından kardeşler arasında nafaka borcunun tesis edilmediğini ileri sürerek bunu tahallüs sebebi olarak beyan ediyor; bu sebep varit görülerek müddeinin talebi reddediliyor (M. K. m. 315) [3].

Ecnebî memlekette ikamet eden ecnebî müddei, İsviçrede ikamet eden İsviçreli müddei aleyhden İsviçre kanununun derpiş ettiği nafakayı talep edebilmek için, müddeinin milli kanununun aynı nafaka borcunu veya daha geniş bir borcu tesis etmiş olması icap eder.

İsviçrede ikamet eden ecnebî müddei, kendi millî kanununun hükmü ne olursa olsun, İsviçrede ikamet eden İsviçreli müddei aleyhden İsviçre kanununun derpiş ettiği nafakayı talep edebilir.

İsviçrede ikamet eden müddei (İsviçreli veya ecnebî olsun) İsviçrede ikamet eden ecnebî müddei aleyhden, ecnebî kanununun kabul ettiği nafaka sistemi her ne olursa olsun, İsviçre kanununun derpiş ettiği nafakayı talep edebilir.

İsviçrede ikamet eden müddei (İsviçreli veya ecnebî olsun) İsviçrede ikamet eden ecnebî müddei aleyhden, ecnebî kanunu-

[1] A.T.F. 59, II, 410. - J. d. T. 1934 sah. 34.

[2] Bu karar o kadar müğlaktır ki, manasını anlamakta bir az güçlük çekilir. İyi anlıyorsak, demek istenilen şudur: nafaka borcu ancak mütekebbiliyet şartı ile mevcut olabilir yani, roller değişik olduğu takdirde müsavi muamelelerin yapılacağı hakkında bir teminatın bulunmasıdır. Her iki taraf İsviçrede ikamet ediyorsa bu mütekebbiliyet şartı mevcuttur, çünkü ister müddei, ister müddei aleyh olsun İsviçre Hukuku her ikisine de tatbik edilir. Fakat müddei ecnebî bir memlekette ikamet ediyorsa, mütekebbiliyet ecnebî kanunu tarafından temin edilmiş olmuyor. Şayet ecnebî kanunu bu mütekebbiliyeti temin etmiyorsa, müddeinin talebi reddedilmekle müsavat yerine getirilmiş olur.

[3] C.C.S. m. 328; ayrıca 1891 tarihli "Medenî Hukuk münasebatı," hakkındaki kanunun 9 ve 32 nci maddelerine bak!

nun kabul ettiği nafaka sistemine bakılmaksızın, İsviçre kanununun derpiş ettiği nafakayı talep edebileceği gibi, şayet ecnebinin millî kanunu tarafından tesis edilen nafaka borcu müddeiye daha elverişli ise, müddei bunu da talep edebilir.

Ecnebi memlekette ikamet eden İsviçreli müddei, İsviçrede ikamet eden ecnebi müddei aleyhden ne gibi bir nafaka talep edebilecektir? (Bu mesele halledilmemistir). (21 Birinci kânun 1933 tarihli *Dame Rühle-Schwarz c/ Demoiselle Schwarz* kararı)[1].

* * *

e) Gayrimeşru nesep

13 — Babalık davası [2]. Nesebin reddi. Kan tahlili — *Nesebin reddi hakkındaki karar Almanyada veriliyor; mürtebit babalık davası İsviçrede ikame ediliyor; müddei aleyhin babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandıracak hallerin mevcudiyeti iddiası ve ananın iffetsizlikle meluf olduğu iddiası serdedilerek, bunlar tahallüs beyinesi olarak kullanılıyor* (M. K. m. 301, 302, 303, 310) [3].

Babalık davasını tetkik ve bir karara raptetmeğe memur olan hakim, nesebin reddi hakkında mevcut kabili infaz bir kararın muteberiyetini kabul etmekle mükelleftir. Fakat babalık davasına bakan hakim, nesebin reddi davasına bakan hakim hadise ve beyyinelerin sureti takdiri ile bağlı değildir; yani ikinci hakim takdiri birinci hakimi bağlamaz; babalık davasının rüyeti esnasında mezkûr hadise ve beyyineleri tekrar serbestçe takdir eder.

Çocuğun doğum anındaki teşekkülât ve tekâmülatı, gebeliğin bidayeti iddia edilen gün göz önünde bulundurularak mevcut

[1] A.T. F. 59, II, 412. - J. d. T. 1934 sab. 130.

[2] M. K. m. 301 : "Doğumdan evvel üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında müddei aleyhin çocuğun anasile münasebeti cinsiyede budunun sübutu babalığına karine teşkil eder. Müddei aleyhin babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandıracak hallerin vücudu takdirinde, karineye itibar yoktur."

m. 302 : "Ananın gebe kaldığı zaman iffetsizlikle meluf olduğu sabit olursa, babalık davası reddolunur."

[3] C.C.S. m. 314, 315, 316, 323 ve 1891 tarihli Medeni Hukuk münasebatı hakkındaki kanunun 8 ve 32 nci maddeleri.

olması icabeden teşekkülât ve tekâmülâta tetabuk etmemesi keyfiyeti, babalık davasının reddini mümkün kılan bir hadise değildir. Bu hal ancak bir emare teşkil edip buna başka unsurların bağlanması icap eder.

Müddei aleyhin müddeiye ile münasebeti cinsiyede bulunması babalığına bir karine teşkil eder; fakat hekim raporuna göre, kocanın ademi iktidarının gebelik müddetine büyük ihtimal dahilinde tekaddüm etmesi keyfiyeti bu karinenin bertaraf edilmesine kâfidir.

Çocuğun bariz bir şekilde üçüncü bir şahsa benzediğini ispata mütedair ekspertiz, Medenî Kanununun 301 inci maddesinin ikinci fıkrasının derpiş ettiği beyyineyi (müddei aleyhin babalığı hakkında ciddi şüpheler) teşkil edemez.

Çocuğun kanı ile babası olduğu iddia edilen kimsenin kanının mukayesesi ancak bazı hallerde bunun babalığının bertaraf edilmesini mümkün kılar.

"Tipin tayini," [1] hususunda, bu usulün pek çok müspet neticeler veremeyeceği mülâhazasile çocuğun ve müddeialeyhin tetkik ve müşahedesini reddeden Kanton mahkemesi kararı Federal mahkemesince bozulamaz.

Çift zina (müddei ve müddei aleyhin her ikisi de ayrı ayrı evlidir), gebelik devresinde ananın iffetsizlikle melûf olduğunu kabule imkân vermez. (1 Mart 1924 tarihli *Schnyder - Ecsener c/ Dame Boehm - Pfister et Demoiselle Pfister* kararı) [2].

13 Mükerrer — Babalık davası. - Kan tahlili (M.K.m. 301).

Kritik devrede kocanın karısı ile cinsî münasebette bulunduğu ispat edilmiş olsa bile, müddei aleyh (yani koca) 301 inci maddenin 2 inci fıkrasının derpiş ettiği tahallüs beyyinesini (babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandıracak hallerin vücudu) dermeyan edebilir.

İlmin bu günkü vaziyetine göre, hakim baba olup olmadığı hakkında katî bir netice veremiyor bahanesile kan gruplarının araştırılmasını emretmekten istinkâf edemez.

Hakim bu araştırmanın neticelerini serbestçe takdir eder. (27 Nisan 1934 tarihli *Walter c/ Bigler* kararı) [3].

[1] Fransızcası "Détermination du type" dir.

[2] A.T.F. 60, II, 13. - J. d. T. 1934 sah. 610.

[3] A.T.F. 60, II, 84. - J. d. T. 1934 sah. 617.

Journal des Tribunaux nın 621 ve müteakıp sahifelerinde, Hukuk doktoru ve Federal mahkemesi kâtibi Mösyö Marcel Bridel, yukarıda ismi geçen *Walter c/ Bigler* kararına bir not ilâve etmiştir. Bu notunda müellif kan tahlilini ve "kan grupları,, kombinezonlarını (Mendelin irsiyet kanunları) tetkik etmektedir[1].

Bu notun esaslı noktalarını islihraç ediyoruz : bir insanın damarlarında akan kan diğer bir insanın damarlarında akan kanın aynı değildir. Hattâ bazıları birbirleriyle imtizaç edemezler; böyle iki kan halledilince biri diğerini pıhtılaştırır. Kanlarının bu suretle halledilmesi imkânsız olan iki kimse arasında kan nakli yapılamaz. Otuz senedenberi laboratuvarlarda yapılan tecrübe ve müşahedelerin verdiği neticeye göre beşeriyette muhtelif dört kategori kanın mevcut olduğu meydana çıkarılmıştır, bunlara da "kan grupları,, (groupes sanguines) tesmiye olunur [2]. Her fert bu grupların birine dahildir, fakat hangisine? Bu suale Mendelin irsiyet kanunları cevap vermektedir; buna göre muayyen çiftlerin çocuğu muhakkak surette ya II inci veya IV üncü gruba dahildir; fakat başka bir çiftin çocuğu II, III ve IV üncü grublardan birine ait olacaktır; ve nihayet şu veya bu muayyen çiftler dört gruptan lâalettayin birisine dahil olabilen çocuklara gün verebilirler.

Ebeveyn arasında tahmin edilebilmesi mümkün olan bilumum evlenmelerden doğan grup kombinezonlarının tablosunu âlimler dercetmişlerdir. (Bu kombinezonlar 16 tanedir, şöyle ki 4×4); bundan sonra her grupun karşısına tetabuk eden evlenmelerden doğacak çocukların dahil olabilecekleri grupların numarasını işaret etmişlerdir. Tabiatile bu tablo tersine çevrilebilir, şu suretle ki, kabili tahmin olan ana - evlât kombinezonlarının on altısından birisi malûm olunca babanın hangi gruba ait olması lâzım geldiği veya ait olduğu görülebilir.

Babalık davalarında, anadan kan alınarak gayet basit olan

[1] Bu kararın kendisi, esbabı mucibesi ve notu türkçeye çevrilmiştir. İzmir Barosu mecmuası 1935, sayı 1, sah. 34 - 39.

Ayrıca bak : Prof. Dr. Saim Âli Dilemre : Babalık tayini ve Adli tıb. Hukuk gazetesi, No. 14 (10 Haziran 1936) sah. 1 — Fransızca tercemesi aynı nüsha, sah. 15

[2] Son zamanlarda âlim Levine ve Landsteiner, başka kriterlere göre kanları muayyen üç kan grupuna ayırmayı mümkün kılan yeni hususiyetler keşfetmişlerdir; yeni ufuklar açan bu keşif tamamiyle olgunlaşmamış bir vaziyette bulunduğu söylenebilir.

bir reaksiyon yapılır, sonra çocuktan kan alınarak yeni bir reaksiyon yapılır ve bu sayede ana ile evlâdın hangi gruplara ait oldukları meydana çıkarılır. Bundan sonra tablo mütalea edilerek bu iki gruba nazaran babanın hangi gruba ait olabileceği tetkik ve tayin edilir. Tabloda dört grubun numaraları okunmak ihtimali vardır ve bu dört numara okununca kanın veya kanların tahlilinin hiç bir netice vermediği görülür. İstatistiklere nazaran bu *fena neticeye* % 75 hallerde varılmaktadır.

Şimdi farzedelim ki ana - evlât kanlarının muayenesinde varılan neticeye göre bir kan grubu tayin edilsin ve babanın, bu gruba tekabül eden muhtemel iki veya üç grubu bulunsun. O zaman müddei aleyhin kanından bir damla alınır. Bu kan tablonun işaret ettiği iki veya üç gruptan birine bilfiil tekabül ediyorsa, o adam çocuğun babası *olabilir*; işte kan tahlilinin bize öğretebileceği şey, yani aşağı yukarı hiç bir şey. Fakat bilâkis, tablonun işaret ettiği kategorilerden hiç birine müddei aleyhin kanı tekabül etmiyorsa, o vakit katî bir cevap vermek iktiza eder: Bu adam o çocuğun babası değildir; bu *iyi neticeye* bilumum mümkün hallerin % 10 nunda varılmaktadır [1].

Netice :

1^o — Kan tahlili hiç bir zaman babalık hakkında müsbet bir beyyine teşkil etmez.

2^o — % 90 hallerde mefruz baba hakkında hiç bir malûmat vermez.

3^o — Bilâkis % 10 hallerde katiyete çok yakın bir ihtimal ile bu kimsenin şu çocuğun babası olamayacağına hüküm vermesi mümkün kılar.

Binaenaleyh bundan sonra hiç tereddüt etmeden çocuğun, ananın ve müddei aleyhin kanlarının tahlil ve tetkiki emredilebilir. Bazı hallerde bu araştırmanın vereceği netice hiç olmazsa «babalık hakkında ciddî şüpheler uyandıracak» mahiyette olabilir ki bu husus ta medenî kanununun 301 inci maddesinin 2 inci fıkrasına göre davayı reddetmek için kâfidir. Fakat meşru babalığın reddi davası mevzuu bahis olunca bu husus kâfi midir? Mesele çok daha naziktir çünkü medenî kanununun 243 üncü maddesine göre [2] «koca evlendikten en az yüz seksen gün

[1] Landsteiner - Levine metoduna göre muhakkak hallerin adedi artmakta olduğu tahmin edilmektedir.

[2] C.C.S. m. 254.

sonra doğan çocuğun kendisinden olması ihtimali bulunmadığını ispat etmedikçe çocuğu reddedemez» [1].

14 — Babalığın akdi kabulü; hile sebeble butlanı (M. K. m. 5, 301 fık. 2) [2].

Müddeialeyh babalığını mukavele ile tanıyabilir fakat bu mukavele ana tarafından ittihaz edilen hile sebeble batıl olur; şöyle ki müddeialeyh mukaveleyi imza etmeden evvel, ana hakikata uygun olmayarak müddeialeyh tarafından işgal edilip birkinin izale edildiğini ve kritik devre esnasında başka hiç bir erkekle cinsî münasebette bulunmadığını beyan etmesi keyfiyeti, butlanı mucip bir hile teşkil eder.

Bir kadın kritik devre esnasında başka bir erkeklerle cinsî münasebette bulunmuş ve mahkeme harici bir uzlaşma (arrangement extrajudiciaire) zımında hasım tarafından kadına bu hususta sualler tevcih edilmiş ise, kadın bu suallere cevap vermekten imtina edebilir; bilâkis hakim huzurunda ittihaz edebileceği vaziyet ise Hukuk usulü muhakemeleri kanunları tarafından tanzim edilmiştir.

Şayet kritik devre esnasında müddeiye kadının başka erkeklerle cinsî münasebette bulunduğu müddei aleyhin vakıf olduğu ve buna rağmen babalığını kabul edeceğine dair bir beyanda bulunduğu ispat edilemez ise, mukavelenin imzasile hile arasında bir illiyet rabıtası mevcut olur.

Çocuk mukavelenin infazını talep edemez, çünkü âkit taraflardan birinin (yani burada ananın) hukukundan fazla hak iddiasında bulunamaz.

Butlan mukavelenin bilûmum hükümlerine şamildir. (27 Eylül 1934 tarihli, *Enfant Lindenmüller c/ Heusser* kararı) [3].

[1] Fazla malûmat için bakınız: Kottmann, Zeitschrift des bernischen Juristen - Vereins da, 62 (1926) sah. 529. - Karel, Schweiz. Juristen - Zeitung da 22 sah. 327. - Schulthess, ibid., 23, sah. 7. - Helwig, ibid., 26, sah. 374. - Schumacher, ibid., 29, sah. 145. - Ottenssooser, ibid., 30 sah. 118 - Waiblinger, Beg. u. Ausü. d. Auf. im schw. Privatrecht (thése, Bene 1928 sah. 259 ve mü.). - Annen, Die Blutgruppe - bestimmung bei Neugeborenen (Tıp tezi, Bâle 1927). - Willy ve Pia Schumacher, Die Blutprobe als zivil u. strafprozessuales Beweismittel, Berlin 1933. -

[2] C.C.S. m. 7, 314 fık. 2.

[3] A.T.F. 60, II, 261. - J. d. T. 1935 sah. 2.

15 — Medenî ahvale tesir eden babalık kararı.

Medenî kanununun 310 uncu maddesine göre [1] “ müddei aleyh anaya evlenme vadettiği... takdirde... hakim onun balığına hüküm eder, ” ve 312 nci maddesine göre de [2] “ ... çocuk babanın aile ismini taşır, onun vatandaşlık hakkını iktisap eder, ve ona karşı hakları da tıpkı nesebi sahih çocuğun hakları gibi olur; buna ilâveten babasının ailesine olduğu kadar da anasının ailesine karşı sahih olmıyan nesep üzerine terettüp eden haklara dahi sahip olur.

Umumî kaide olarak, baba anaya evlenmeyi vadettikten sonra çocuk ana rahmine düşmüş ise, babalık kararı için evlenememenin bir veya diğerinin kusur ile husule geldiği veya sebepsiz veya muhik sebeplere müsteniden mümkün olmadığı hiç de haizi tesir değildir. Maahaza, yalan ve düzen ile temin edilen bir evlenme vadi, anada hüsnüniyet ile cinsî münasebatın muahhar bir evlenme vasıtasile sıhhatlendirilacağı ümidini tevhit edemez. Bu esbabı mucibeye dayanarak, yalan telkinat üzerine bir erkekten evlenme vadini alan ve bilâhare bozulan nişan esnasında ana rahmine düşen çocuk lehine “medenî ahvale tesir eden babalık kararı”, Federal mahkemesi bozmuştur. (12 Temmuz 1933 tarihli, *Zimmermann c/ Briggen* kararı) [3].

*
*
*

C. MİRAS

a) Vasiyet tarikile miras

16 — El yazısı ile vasiyetname (M. K. m. 485) [4].

Vasiyetnamenin sonuna vazedilen imzayı müteakib aynı vasiyetnamenin altına ilâve edilen ve tekrar imza edilmeyen *hamiş*

[1] C.C.S. m. 323

[2] C.C.S. m. 325

[3] A.T.F. 59, II, 220 - J. d. T. 1934 sah. 2 - Bu karar hakkında ayrıca bak. Mustafa Reşit: Evlenme vaadi ve babalık davası, Hukuk gazetesi sayı 15, (28 Ağustos 1936) sah. 2.

[4] C.C.S. m. 505

batıl olup hiç bir hüküm ifade etmez' (16 Şubat 1933 *Cuendet c/ Bornet* kararı) [1].

17 — Vasiyeti tenfiz memuru (M. K. m. 497) [2].

Vasiyetnamede kendisine hususî salâhiyet verilmiş olsa bile, vasiyeti tenfiz memuru mirasçılardan birinin *hacır altına alınmasını talep etmek* salâhiyetini haiz değildir. (28 Eylül 1933 tarihli *Brauen c/ P...* kararı) [3].

18 — Vasiyeti tenfiz memuru.

Bir terekenin defteri (inventaire) tetkik olundukta, müteveffanın bir *ikame* de (substitution) bulunduğu ve bu hususu temin maksadile bir de vasiyeti tenfiz memuru tayin ettiği görülmüyor; kanton mercii, Medenî kanununun 470 inci maddesi birinci fıkrasının [4] derpiş ettiği defteri tanzim için resen vesayet bürosunu [5] tayin eden bir karar veriyor; vasiyeti tenfiz memuru, bu defteri tanzim işi için yalnız kendisinin salâhiyettar olduğunun beyan edilmesini talep ediyorsa da, bu talebi reddediliyor (M. K. m. 470, 494, 571) [6].

470 inci maddenin birinci fıkrasının derpiş ettiği defteri tanzime salâhiyettar kimseleri Kantonlar serbestçe tayin ederler.

Hiç bir Federal kanun bu vazifenin müteveffa tarafından nasb edilen vasiyeti tenfiz memuruna tevdi edilmesini emretmemektedir. (9 Şubat 1934 tarihli *Eigenmann c/ St. Gall* kararı) [7].

19 — Vasiyet tarikile miras. (M. K. m. 466, 494, 538 ve 579) [8].

Bir *vasiyetname* iki mirasçı nasb ediyor; bunlardan biri, ki müteveffanın karısıdır, hissesinden başka terekeyi teşkil eden

[1] A. T. F. 59, II, 115 — J. d. T. 1934 sah. 514

[2] C. C. S. m. 518

[3] A. T. F. 59, II, 334 — J. d. T. 1934 sah. 514 — Bu kararın tek-mil metni için bak : Semaine Judiciaire, 1934 sah. 289.

[4] Bu husustaki muhtelif nazariyeler hakkında bakınız : Profesör Ahmet Samim "Miras Hukuku", sah. 110-113, İstanbul 1933-34.

[5] İsviçrede mevcut olan vesayet büroları vazifelerini, vazi kanunumuz yerine göre ya Sulh mahkemelerine veya Asliye mahkemelerine tevdi etmiştir.

[6] C. C. S. m. 490, 518, 595

[7] A. T. F. 60, II, 24 — J. d. T. 1934 sah. 562

[8] C. C. S. m. 486, 518, 562 ve 603

bilumum eşyaların intifa hakkını alıyor, ve diğeri de musaleh olarak, ancak intifa sahibinin vefatından sonra, kendisine teberrü edilen muayyen mala sahib oluyor.

İntifa hakkı sahibinin vefatından sonra, musaleh intifa hakkı sahibinin tayin eylediği vasiyeli tenfiz memuruna karşı kendisine teberrü edilen bilumum malların tediyesini mutazammın bir dava ikame ediyor.

Vasiyeti tenfiz memurunun salâhiyetleri göz önünde bulundurularak bu davanın şayanı kabul olabileceğine karar veriliyorsa da, mesuliyetin şumulü ancak intifa hakkı sahibinin terekesini teşkil eden malların miktarı kadar olduğu kararda ilâve ediliyor.

Teberrü edilen malların tediyesi için *mirasçılardan müteselsilen mesuliyetleri* esası da kaydediliyor.

Bu teberrüün tenkisi talep ediliyor ve bu talebe müstenidat olarak da şunlar gösteriliyor: 1^o- Bu teberrüün mahfuz hisseyi tecavüz etmiş olması ve 2^o- terekeyi teşkil eden esham ve tahvilâtın kıymetlerinin eksilmiş bulunması; *dul kadının mahfuz hissesi* hesaplanıyor; terekeyi teşkil eden muhtelif eşya kıymetlerinin hangi tarihinde hesaplanacağı tayin ediliyor; bütün hayatı müddetince terekeye dahil bilumum malların intifa hakkı kendisine ait mirasçının ancak vefatında tediyesi icap eden bir teberrü mevzuu bahis olunca, mirasın açılma tarihi bu teberrüde tesir edermi? (12 Mayıs 1933 tarihli *Nussbauer c/ Brengartner* kararı) [1]

20 — Bir mirastan ferağat mukavelesi. - *Ferağat mukavelesinin rızalarını temamilen ifade ettiğini iki şahide beyan etmiş olan tarafların butlan davası.* - (B. K. m. 480, 481, 490) [2]

Kanun, miras mukavelesi tanzim edilirken taraflar "arzularını aynı zamanda memuru resmiye beyan ederler," demekle, sarih bir beyanı kasd ve talep etmemiştir; bu beyan, mukaveleyi okuduktan sonra kayıtsız ve şartsız imza etmek gibi, kaanaat verici hadiselerden de istidlâl olunabilir.

Mukavelenin tanzim ve tahriri esnasında tarafların hazır bulunması lâzımdır; resmî memur, o anda mukavelenin inikadı hususunda olduğu gibi mukavelenin bilumum hükümleri hak-

[1] A. T. F. 59, II, 119. — J. d. T. 1934 sah. 514

[2] C. C. S. m. 500, 501, 512.

kında da tarafların mutabık olduklarına kanaat getirmelidir.

Miras mukavelesinde olduğu gibi resmî vasiyetnamede de, taraflar mukavelenin rızalarını tamamilen ihtiva ettiğini şahitlere beyan etmelidirler.

Bu beyan sarîh bir beyan olmalıdır.

Yalnız bir tarafın vermiş olduğu direktif üzerine olsa bile, mukavelenin evvelce Noter tarafından hazırlanmış olmasında hiç bir mahzur yoktur. (22 Haziran 1934 tarihli *Schwarz c/ Schwarz - Blocherer et cons.* kararı) [1] .

*
* *

b) Mirasın intikali (*dévolution*) .

21 — Taksim - Tenkis

Müteveffa hayatta iken mirasçılardan birisine bir teberrüde bulunuyor; o da üçüncü şahıs lehine bir teberrü yapıyor; mahfuz hisseli mirasçının hakkına tecavüz edilmiştir; teberrülerin tediyesine mani olunmaması hakkında bir beyanda bulunulmuştur, fakat hayatta yapılan teberrülerin tenkisi zımında bir dava ikame ediliyor ve dava mahkemece kabul ediliyor; müddei aleyh Federal Mahkemesine müracaat ediyor (*recours*) ve müracaatı dinleniyor; mirasçılar birbirlerine malûmat vermek mecburiyetindedirler; mahfuz hissenin hesabı; hayatta kalan karı veya kocanın mahfuz hissesinin indirilmesi (M. K. m. 453, 454, 455, 510, 586) [2] .

Mirasçılar, müteveffanın hayatında müteveffa tarafından kendilerine yapılan teberrüleri ve bu teberrülerin ne gibi hal ve vaziyette yapıldığı hakkında birbirlerine malûmat vermek mecburiyetindedirler. Şayet mahfuz hissesine tecavüz edilen mirasçı teberrülerin tediyesi hususunda mutabık olduğunu beyan etmiş ve bu teberrüler tecavüz olunan mahfuz hissesini ikmale kâfi bulunmuş idi ise, hissesinin ikmal için ölüme bağlı olmayan teberrülerin tenkisini talep edemez. Tasarruf nisabını tayin etmek için, mevcut malların baliğından hayatta kalan karı veya kocanın mahfuz hissesini tenzil etmek icap eder; bu-

[1] A. T. F. 60, II, 269, — J. d. T. 1935 sah. 9

[2] C. C. S. m. 471, 474, 475, 532, 610

nun içinde hayatta kalan karı veya kocanın hakkı hiyarı nazarı itibara alınmıyarak, yalnız $\frac{1}{4}$ nisbetinde hissesi olan mülkiyet hakkı hesaba katılır. (25 Haziran 1933 tarihli *Dame Dober - Dober c/ Klemenz Dober* kararı). [1]

22 — Taksim mukavelesi

Terceme ettiğimiz yazının aslında bulunan mütalealar ve bunların dayandığı karar, Federal kanunlarla Kanton kanunlarının muhalefetine mütedair olup hukukumuzu alâkadar etmediğinden tercememize idhal etmedik. Alâkadar olanlar için yalnız kararı kaydetmek ile iktifa ediyoruz (18 İkinci kânun 1934 tarihli *Dame Meier-Janch c/ Autorité tutélaire de Schleithem et Conseil d'Etat de Schaffhouse* kararı). [2]

23 — Miras şirketi (M. K. m. 587) [3]

Miras şirketi azalarından yalnız bir kısmı, icra iflâs kanununun 107 nci (İsviçre kanunu) [4] maddesine istinaden bir istihkak davası açıyorlar; hasım taraf bunların böyle bir dava açmağa sıfat ve selâhiyetleri olmadığını defî olarak beyan ediyorsa da bu defileri mahkemece varit görülmiyerek red ediyor. (M. K. m. 587)

Miras şirketinin menfaati icabı olarak müstacel hallerde hemen bir dava ikamesine ihtiyaç varsa, her mirasçı kendi mesuliyeti altında mezkûr şirket namına ve anın mümessili sıfatile her hangi bir tasarrufa ve ezcümle dava ikamesine selâhiyettardır. (Bu noktada Federal Mahkemesi içtihadının değişmiş olduğunu kaydetmek lâzımdır). Müstacel bir halin mevcudiyetine hükmedebilmek için, miras şirketinin ani bir zarara maruz kalması ve seri bir müdahale ile şirketin muhafazasının mümkün olması icap eder.

Müstacel hal nihayet bulur bulmaz, mirasçının miras şirketini temsil etmek selâhiyeti de hitam bulur; bu takdirde müddetler aşılmadıkça, bütün mirasçılar müştereken veya hâkimin aralarından tayin edeceği mümessil vasıtasile bilumum

[1] A.T.F. 59 II, 128. — J. d. T. 1934 sah. 596

[2] A.T.F. 60, II, 18. — J. d. T. 1934 sah. 235

[3] C.C.S. m. 602

[4] Bizim I. I. kanununun 97 nci maddesine tekabül eder.

asarruflarda bulunabilirler ve bu cümleden olarak evvelce ikame edilmiş olan davayı devam ettirebilirler.

Sıfatı ve selâhiyeti olmaması sebebiyle müddeinin ikame ettiği davayı rededen karar esasa müteallik bir karardır. (17 Haziran 1933 tarihli *Bernet et consorts c/ Association agricole de Gommiswald* kararı). [1]

24 — Miras şirketi - Taksim mukavelesi - Tapu sicili

Müşterek hissedarlardan birinin miras hissesi nakden tediye edilip miras şirketi diğer şürekâ arasında temadi ettiriliyor; her şerik mirasçının terekeyi teşkil eden gayri menkullerdeki hissesi resmî şekilde olmayan adi bir senet ile tesbit ediliyor; tapu memuru bu hisselerin kaydını kabul etmiyerek tescilden imtina ediyor; mirasçılar Federal mahkemesine baş vuruyorlar ve talepleri kabul ediliyor. (M. K. m. 608, 619) [2]

Müşterek mirasçılardan bir veya bir kaç, her hangi bir şekilde olursa olsun miras hissesini alınca, artık miras şirketi ile bir alâkası kalmaz; miras şirketi ise bakiyenin diğer mirasçılar arasında taksimine kadar devam eder.

Taksim mukavelesi, tereke gayri menkulden müteşekkil olsa bile, resmî şekle tabi değildir. Binaenaleyh, terekede mevcut gayri menkuller üzerindeki hisselerini tayin eden hususi senet, bu hisselerin tapu siciline kayd ve tescili için kâfi bir evrakı müsbite teşkil eder. (26 Nisan 1934 tarihli *Hoirs Müller c/ Conseil d'Etat Saint-Gallois* kararı). [3]

[1] A.T.F. 58, II, 195. — J. d. T. 1933 sah. 561

[2] C.C.S. m. 634, 646

[3] A.T.F. 60, I, 154. — J. d. T. 1934 sah. 464