

## II.

1934—1935 [1]

## A — ŞAHSIN HUKUKU

## a) Hali medeni

I. — İsim değiştirme - Salâhiyettar mahkeme (M. K. m. 26, fık 3) [2].

Bir ismin değişmesine karşı vaki olacak itirazatı dinlemeğe salâhiyettar olan mahkeme, esas itibarile müddei aleyhin doğduğu yerin mahkemesidir.

Maamafih, itiraza müteallik dava salâhiyeti genişletilmiş bir mahkemede de ikame edilebilir, çünkü üçüncü bir şahsın ismini taşımasına itiraz eden kimse ismi üzerindeki hakkını iddia etmektedir; bu hak ise alelâde hususî bir haktır.

İsmi taşımak isteyen üçüncü bir şahsın bu hareketine itiraz eden kimsenin ailesi ne kadar az kimseden müteşekkil, içtimaî vaziyeti ne kadar yüksek ve bu aile ismini (soy adını) taşıyan kimselerin adedi ne kadar az ise o kimsenin itiraz etmek hakkı o nisbette fazla olur. (22 İkinci teşrin 1934 tarihli *Veuve Dedual - Müller et consorts c/ Dedual* kararı) [3].

[1] 1934-1935 senesinin *Borçlar Hukuku* na ait kısmi gelecek nüshada intişar edecektir.

[2] C.C.S. m. 30 fık. 3

[3] A.T.F. 60, II, 387 — J d. T. 1935 sah. 322

\* \*

## b) Ehliyet

## II. — Hacır - Hekim raporu.

İsviçre Medeni kanununa methal olan bir Kanton kanunu akıl hastalığı hususunda hekimin verdiği raporlara (expertise) itiraz edildiği takdirde yeni bir ekispertize lüzum olduğu hakkında bir hüküm ihtiva ederse, bu hüküm usule mütedair olup buna mugayir olarak yapılan bir muameleden dolayı temyizen Federal mahkemesine müracaat olunamaz. (21 Mart 1935 tarihli *Amrein c/ Conseil municipal de Lucerne* kararı) [1].

\* \*

## III. — Akıl zayıflığı sebeble hacır (M. K. m. 355) [2].

Kanunî şartlar mevcut olunca reşitler hacır altına alınmalıdırlar; bunlar aileleri içersinde yaşamakta ve ana baba veya diğer akrabaları işlerini kendi arzularile ve hiç bir menfaate müstenit olmaksızın idare etseler bile hüküm böyledir.

Fakat, ehliyetsizin akıl zayıflığına rağmen bazı işleri basitlikleri hasabile kendisi bizzat tedvir edebilirse, bu takdirde hacırdan sarfınazar etmek mümkün müdür? (Federal mahkemesi bu noktaya cevap vermiyerek meseleyi muallak bırakmıştır). (11 Temmuz 1935 tarihli *Dinkel c/ Couseil communal d'Eiken* kararı) [3].

\* \*

## IV. — Hacıra karar verecek olan salâhiyettar mahkeme - İkametgâh (M. K. m. 19-22, 357, 362, 415) [4].

Cezaî hapis sebeble verilen hacır kararı diğer sebepler ile verilen hacır kararlarından hiç bir vecih ile tefrik edilmez. Fakat fazla olarak, hapis sebeble verilen hacır kararının tevliht ettiği netice, mahcurun ikametgâhı vesayet dairesinin (sulh

[1] A.T.F. 61, II, 29. — J. d. T. 1935 sah. 439

[2] C.C.S. m. 369

[3] A.T.F. 61, I, 152. — J. d. T. 1936 sah. 216

[4] C.C.S. m. 23 - 26, 371, 376, 432

mahkemesinin) bulunduğu yere nakledilmiş olmasıdır.

Bir hapis müessesesinde bulunmak keyfiyeti hususî bir ikametgâh tesisini icap ettirmez. Maahaza, mahpus hacır altına alınmış ise, ikametgâhı vesayet dairesinin bulunduğu yere nakil edilmiş olur.

Hapis müddetinin uzunluğu dolayısıyla hacır edilen kimse, hapsin nihayetinde eski ikametgâhına avdet etmiş olmaz. Bizzat yeni bir ikametgâh tesis edilinceye kadar, ikametgâh olarak vesayet dairesinin bulunduğu mahalli muhafaza eder. (5 Nisan 1935 tarihli *Aeberli c/ Bezirksrat Zurich* kararı) [1].

V. — İhtiyarî hacır (tutelle volontaire) (M. K. m. 355, 358, 359 fık. 2, 378).

Hacır kararı tahriri bir şekilde tebliğ edilmedikçe kabili infaz değildir.

Kanunî bir müşavirin yardımını talep ettikten sonra, vesayet dairesi (sulh mahkemesi) huzurunda mesele muhakeme edilirken bir vasinin tayinine muvafakat eden reşit, talebini değiştirmiş ad ve itibar edilir.

Bir reşit işlerini gereği gibi tedvire ehil olmadığını iddia ederek vesayet altına alınmasını talep ettiğinde, vesayet dairesi bu iddianın doğruluğuna kanaat getiriyorsa, başka hiç bir ispat yoluna tevessül etmeden bu talebi isaf etmelidir. (18 İkinci kânun 1935 tarihli *Pütner c/ Municipalité de Schattdorf* kararı [2].



## VI. — Vesayet uzuvlarının mesuliyeti.

Vesayet altındaki kimsenin lehine olarak vasi 5.000 frank borç vermiştir; fakat kâfi derece teminat talep etmemiş olması hasabile borç olarak verilmiş olan para kaybediliyor; bunun üzerine vasi ve vesayet makamı aleyhine olduğu gibi teftiş ve mürakabe makamı aleyhine de aynı zamanda dava ikame ediliyor (M. K. m. 436 ve 437) [3].

Vesayet uzuvlarının mesuliyetleri hasabile ikame edilen za-

[1] A.T.F. 61, II, 65 — J. d. T. 1936 sah. 42

[2] A.T.F. 61, II, 1 — J. d. T. 1935 sah. 534

[3] C.C.S. m. 454 ve 455

rar ziyan davalarının müruru zaman müddeti ancak mağdurun maruz kaldığı zarara itlai tarihinden itibaren başlar.

Zararı husule getiren tasarrufa teftiş ve mürakabe makamı tarafından muvafakat edilmiş olması keyfiyeti, vesayet makamı azalarını mesuliyetten kurtarmaz.

Vesayet azalarının mesuliyetini iddia eden kimse, bilûmum mesuliyetleri yani, doğrudan doğruya mes'ul olanlar ile mes'uliyetleri ferî ve talî mahiyette olanları bir tek ve aynı dava ile birleştirebilir. (1 Şubat 1935 tarihli *Spiess Müller c/ Bachmann et consorts* kararı) [1].

#### VII. — Vesayet - Vasinin mesuliyeti (M. K. m. 409) [2].

Vesayet altında bulunan kimsenin ziraî işlere hiç bir istidat ve kabiliyeti olmadığını takdir etmesi lâzım gelirken bu hususu göz önünde bulundurmayarak vesayet altındaki kimse namına ziraî bir gayri menkul satın alan vasi, mesuliyetini mucip ve tekrar satılığa çıkarıldığı takdirde farkı fiyattan husule gelen zararı tazmine mecbur kılan idarî bir kusur irtikâp etmiş olur [3]. 26 Eylül 1935 tarihli *Widmer c/ Schmid* kararı) [4].

\* \* \*

#### c) Hükmi şahıslar

#### VIII. — Tesis (vakıf) .

Makaledeki bu yazı, aile vakıfları ile dinî vakıflara müteallik İsviçre kanununun 87 inci maddesine ait olup mezkûr madde Medenî kanunumuza ithal edilmemiş olduğundan, biz de tercememize bu kısmı almadık.

Maamafih alâkadar olanlar için meseleye mütedair kararı ve bazı referansları kaydediyoruz. (7 İkinci teşrin 1935 tarihli *Boder - König c/ Birseckbahn A. G.* kararı) [5] .

[1] A.T.F. 61, II, 7. — J. d. T. 1935 sah. 458

[2] C.C.S. m. 426

[3] Vasinin mesuliyeti için bak, : Planiol - Ripert et Savatier, *Des Personnes*, No. 498

[4] A.T.F. 61, II, 209 — J. d. T. 1936 sah. 101

[5] A.T.F. 61, II, 289 — " " 1936 sah. 203

Fransız hukukile mukayese için bir de Paris temyiz mahkemesi kararına işaret edelim (Cass., 22 Birinci teşrin 1902) [1].

\*  
\*  
\*

## B — AİLE HUKUKU

### a) Boşanma

IX. — Ecnebi kanununun yerli mahkemelerce tatbiki hakkında.

Federal mahkemesinin noktai nazarına göre, İsviçrede ika-met eden fransızların boşanmaları hususunda İsviçre mahkemelerini salâhiyetdardır. Binaenaleyh bu mahkemeler Fransız hukukunu tatbik etmek fırsatını buluyorlar, çünkü, Lâhey Mukavelesinin 2 nci maddesinden mülhem olan 1891 tarihli kanununun 7 nci maddesinin 6 ncı fıkrasına göre [2] ecnebi karı kocanın birbirinden boşanabilmesi için ecnebi kanununda ve İsviçre kanununda bir boşanma sebebinin mevcut olması şarttır. Diğer taraftan bu boşanma sebebinin her iki kanunda da aynı olmasına lüzum yoktur. Şöyle ki, bazı hallerde Fransız tabiiyetinde bulunan karı koca Medeni kanunun 134 üncü maddesinin [3] ihtiva ettiği gayrimuayyen boşanma sebeble (ki bu sebebin mukabili Fransız kanununda yoktur), Fransız Medeni kanununun 231 inci maddesinin ihtiva ettiği muayyen boşanma sebebini (ağır hakaret) birlikte dermeyan etmektedirler. İsviçre hakimi, Fransız Medeni kanununun 231 inci maddesine göre ağır hakaret teşkil edip de İsviçre Medeni kanununun 138 inci maddesine göre ağır hakaret [4] olmıyan bir fiili boşanma sebebi olarak kabul edecekmidir? 26 Mayıs 1932 tarihli *Sauthier* kararile [5] Federal mahkemesi bu ikinci şıki kabul

[1] Sirey 1904. I. 527. — Revue trim. de Dr. civ. 1905 sah. 137

[2] İsviçre hükümeti Lâhey mukavelesine iltihak etmiş ise de 1 Haziran 1929 senesinde mezkûr anlaşmadan ayrılmıştır.

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

[4] C.C.S. in 138 inci maddesine tekabül eden 130 uncu maddemiz "ağır hakaret" (injures graves) yerine "pek fena muameleler" tabirini tercih etmiştir.

[5] A.T.F. 58. II. 183 ve mü

etmiştir. İsviçre Medeni kanununun 138 inci maddesine göre bu davada ağır bir hakaretin mevcut olmadığını kabul etmekle beraber, Federal mahkemesi Fransız içtihadının C.C.F. in 231 inci maddesine vermiş olduğu geniş manada ağır bir hakaretin mevcut olduğunu kabul etti, ve diğer taraftan vaziyet C. C. S. in 142 inci (M. K. m. 134) maddesinin tatbikini icap ettirmekte olması hasabile, boşanmaya karar verdi.

Bu karar, Fransız hukukçusu Mösyö J. Carbonnier in bir notuna mevzu teşkil etmiştir [1]. İsviçre Medeni kanununun 142 nci maddesi kadar boşanmaya müsamahakâr davranan Fransız içtihadının C. C. F. in 231 inci maddesine vermiş olduğu şekle karşı İsviçre hakim in pek fazla riayetkâr davranmış olup olmadığını ismi geçen hukuk alimi sual ediyor. Mösyö Carbonnier ye göre, kanun ile içtihat ihtilâf halinde ise, İsviçre hakimi Fransız içtihadile bağlı değildir.

*Journal des Tribunaux* da intişar eden bir not [2] M. Carbonnier'nin varmış olduğu bu netice ile yapmış olduğu tenkitleri kabul etmemektedir. Bir hakim ecnebî bir devletin kanununu tatbik etmek mecburiyetinde kalınca, bu devlet mahkemeleri o kanunu ne suretle tefsir ediyorlarsa hakim o şekli kabul etmek ve ecnebi içtihadı önünde gayet tabii olarak boyun eymek mecburiyetindedir; hakim bu içtihadın vazı kanununun takip ettiği gayeye ve kullandığı tabirlere uygun olup olmadığını araştırmayacaktır. Kendi kanunlarının hakikî manasını kendilerine öğretmek istemekle ecnebi hakimlere bir ders vermeğe kalkışmak gülünç olacağı gibi tevazudan uzak kalmaktan da hali değildir.

Mösyö Carbonnier tarafından ancak temas edilen daha nazik iki meselede mevzubahs olabilir.

Evvelâ, C. C. F. in 231 inci maddesi hakkında "bir Fransız içtihadından,, bahsedilebilir mi? Bir memleketin içtihadını takarrur ettirip tespit eden husus en yüksek mahkemenin kararlarıdır. Fransız temyiz mahkemesi « vazifesini ifa etmeyip », bu sahada « bidayet ve istinaf mahkemelerin mutlak salâhiyetinden » [3] bahis ile ağır hakareti her vakit tarif etmekten çekinmitir. Binaenaleyh lâalettayin bir mahkemenin bir fiili "ağır hakaret,, olarak tavsif etmesi o kararın itiraz götürmemesi için

[1] Clunet 1935 sah. 473 ve mü. Loi étrangère et jurisprudence étrangère.

[2] J.d.T. 1935 sah. 345

[3] Planiol et Ripert, op. cit. cilt II, No. 520

kâfidir: buradan doğacak olan istikrarsızlık aşikârdır; esasen müellifler de bu noktayı teessüfle kaydediyorlar; hangisinin haklı ve hangisinin haksız olduğunu takdire imkân olmadan bir mahkeme daha geniş bir diğeri ise daha tahditkâr davranacaktır. Ekseri ahvalde aralarında tenakus gösteren bu kararlardan *umumî bir şekilde* çıkarılacak netice şudur: Fransız hakimi boşanmaya karşı çok mülâyimdir ve bu itibarla "ağır bir hakareti,, karı kocadan birine yüklemek için ufak bir şeyle iktifa eder. Fakat bu keyfiyet ancak umumî bir temayül olup pek çok istisnaları vardır ve bundan ötürü "içtihat,, vasfına da lâyük değildir. Bu vaziyet karşısında, bir Kanton mahkemesinin (Asliye mahkemesi) bir fiile ağır hakaret vasfını tanımayan bir kararı Federal mahkemesine temyizen gittiği takdirde ve mezkûr karar bir Fransız istinaf mahkemesinden sâdır olup temyizce nakzedilemeyeceği muhakkak bulunduğu bir halde, İsviçre Federal hakimi mezkûr Kanton mahkemesi kararını Fransız hukukuna muhalif bulunması sebebine binaen nakzedip edemeyeceği varidi hatır olan bir meseledir.

Saniyen, .... Bu ikinci mesele Kanton mahkemeleri teşkilâtına ve Federal mahkemesile olan münasebetlerine mütedair olmasına ve Türk hukuku için faydeli bulmadığımızıza binaen bu son kısım terceme edilmemiştir. Maahaza alâkadar olanlar için kanun ve bibliyoğrafyayı işaret ediyoruz [1].

\* \* \*

## b) Boşanmaya terettüp eden mütemmim hükümler

X. — Karının, evlilik müddetince hakkı olduğu geçinme vesair masraflardan mahrumiyeti dolayısıyla lehine hüküm edilen tazminat (M. K. m. 143 fık. 1, 144, 145) [2].

Medenî kanununun 151 ve müteakıp maddelerinin derpiş ettiği tazminat ancak masum (kabahatsiz) olan karı veya kocaya

[1] Mahkemeler teşkilâtı kanununun m. 57, m. 7 fık. h. A.T.F. 33. II. 483 esbabı mucibe 2. — J.d T. 1935 sah. 354

[2] C.C.S. m. 151 fık. 1, 152, 153

aittir, ve masum karı veya kocadan maksat da, sadece mutlak bir şekilde masum bulunan karı veya koca olmayıp, aynı zamanda aleyhine kusurdan mütevellit hiç bir boşanma sebebi bulunmayan karı veya kocadır.

Kocanın karısının geçimile mükellef olması keyfiyeti karı için 143 üncü maddenin birinci fıkrasının kastettiği malî bir menfaat teşkil eder ve bu menfaatten mahrumiyet bir tazminatı istilzam edebilir.

143 üncü madde fıkra 1, 144 üncü maddeden daha ileri giderek, kocanın 152 inci maddenin 2 nci fıkrası mucibince mükellef olduğu iâşe masraflarına, hattâ yoksulluğa düşmemiş olan karının bundan mahrum kalmasına mukabil bir irada hükmedilebileceğine müsaade vermektedir.

144 üncü madde 143 üncü maddeyi tahdit eden hususî bir madde olmayıp bilâkis onu itmam eder mahiyettedir. Bu madde ancak 143 ncü maddenin dermeyan edilemeyeceği -mukabil tarafa bir kusur isnat edilemez ise - ve fakat nisfet ve adalet sebeble kanunun mahdud bir iâşe mükellefiyeti derpiş ettiği (diğer tarafın yoksulluğu) hallerde tatbik olunur.

Karı veya kocanın yeniden evlenmesi hali müstesna (madde 145 fıkra 1) 143 ncü madde mucibince iâşe tazminatı *yerine* hüküm olunan irat artık katedilemez; bu itibarla hakim hal ve vaziyetin değişmesile borçlunun iradı tediye etmesi kendisi ve geçindirmekle mükellef olduğu kimseler için çok ağır olabileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak, vereceği kararda müddei aleyhin iradın tenkis veya kat'ı talebinde bulunabileceğini derpiş etmelidir [1].

Geçinme yollarından *mahrumiyet* dolayısıyla, muhtelif taksitlerle tediyesi icap eden bir sermayeye (capital) hükmedilse bile artık bu karar geri alınamaz. Binaenaleyh hakim bu meblâğı tayin ederken istikbalin az veya çok meşkük oluşunu nazari itibara almalıdır.

143 üncü maddeye göre tazminata hükmederken, hakim tazminattan istifade eden karı veya kocanın müşterek kusurunu ve ahval ve şeraiti göz önünde bulundurmalıdır. (6 Birinci kânun *Loesch c/ Loesch* kararı) [2].

[1] Fransız hukuku bunun aksidir. Bak : Planiol - Ripert et Rouast ; La Famille, No. 640.

[2] A.T.F. 60. II 391 — J. d. T. 1935 sah. 201.



*Semaine judiciaire* mecmuası *Loesch c/ Loesch* kararının bir hulâsasını neşrederek buna bir de kritik not ilâve etmiştir [1]. Bu notun müellifi Federal mahkemesinin karı veya kocadan birinin aynı zamanda hem masum ve hem de kabahatli olduğunu kabul etmesini hayretle karşılayıyor ve bu mahkemenin Medenî kanununun 143 ve 144 üncü maddelerine vermiş olduğu mananın kanun metnine ve vazı kanununun maksat ve niyetine uygunluğunu şüphe ve tereddüt ile kabul ediyor.



### XI. — Kararın tadili.

Çocuğu kendisine tevdi edilen ananın ölümü üzerine baba, öksüz kalan çocuğun kendisine verilmesini talep ediyor; vesayet dairesinin (Sulh mahkemesi) müddei aleyh sıfatile mahkemede bulunması ve bidayet mahkemesince verilen karara itiraz ve bu kararı temyiz etmesi kabul ediliyor (M. K. m. 148, 149) [2].

Çocukların kime tevdi edileceğine mütedair boşanma kararının tadili hakkında ikame edilen davaya vesayet dairesinin hiç bir sıfatla dahil olamayacağını bildiren karar, esasa müteallik bir karardır; bu itibarla vasayet dairesi bu kararın temyizi için Federal mahkemesine (Temyiz mahkemesine) müracaat edebilir.

Yeni hadiselerin icap ettirdiği tedbirlerin hakimce ittihazı için ikame edilen dava, boşanma davasının bir mabadi değildir.

Vesayet dairesi yeni hadiselerin icap ettiği tedbirlerin ittihazını müddei sıfatile resen talep edebileceği gibi, ebeveynden birinin kararın değiştirilmesi hakkındaki talebe de müddei aleyh sıfatile itiraz dahi edebilir.

Değiştirilmesi talep edilen çocuk üzerindeki haklara kim sahip ise dava ona karşı ikame edilir; çocuk kendisine tevdi edilen ana veya babadan birinin ölümü üzerine bu dava vesayet dairesine karşıdır.

Vesayet dairelerinin dava ikamesine salâhiyetli olduklarını kabul etmek, bidayet mahkemeleri kararlarına karşı itiraz hak-

[1] *Semaine judiciaire*, 18 Haziran 1935

[2] C.C.S. m. 156, 157.

ları olduğunu istilzam eder [1]. (1 Mart 1935 tarihli *Autorité tutélaire de Sumiswald c/ Schültz* kararı) [2].



### c) Evlenmenin umumî hükümleri

XII. — **Karının kocası lehine vaki olan müdahalesi** (M. K. m. 169, 198, 808) [3].

Karı, kocanın alacaklısının malûmatı olarak şahsî gayrimenkulleri üzerinde bir ipotekli borç senedi tesis eder ve bunu kocasının bir borcu için alacaklısına tevdi ederse, kocası lehine bu üçüncü şahsa karşı borçlanmış olur. Binaenaleyh vesayet makamının (bizde sulh hakiminin) (M. K. m. 169) tasdikine lüzum vardır.

Kezalik, kadın ipotekli borç senedini tesis ettikten sonra kocasına onu alacaklısına nantisman olarak vermesi için tevdi ederse yine hakimin tasdikine ihtiyaç hasil olur.

Vasayet makamının (sulh hakiminin) tasdiki istihsal edilmemiş ise, karının şahsî mesuliyeti hariç, alacaklı gayrimenkul üzerinde hiç bir rehin hakkı iddia edemez. (24 Birinci teşrin 1935 tarihli *Dame Aeberhard - Iseli c/ Banque populaire suisse* kararı) [4].



### XIII. — Kocasının bir borcu için karının kefaleti.

Bu kefalet vasayet makamı (sulh hakimi) tarafından tasdik edilmemiştir; kefalete müstenit icra takibatı üzerine kısmî bir tediye yapılıyor; kadın, sebepsiz olarak yapılan tediyeden dolayı iade davası ikame ediyor (B. K. m. 62; M. K. m. 169 fık 3; İ. İ: K. m. 65) [5].

[1] Çocuklar ile velâyeti haiz olmayan ana ve babalarının şahsî münasebetinin mahkemece tanzimi hakkında bak. Mustafa Reşit, *Pratik Hukuk mecmuası*, yıl 1, No. 1 (Kânunusani 1936) sah. 9-14

[2] A.T.F. 61. II. 24. — J. d. T. 1935 sah. 393

[3] C.C.S. m. 177. 202, 842

[4] A.T.F. 61 II. 218 — J.d.T. 1936 sah. 211

[5] C.O. m. 63; C.C.S. m. 177 fık. 3 L. P. m. 86

Kadın hayatta iken iade davasından ferâğat etmemiş ise, bu dava hakkı miras tarikile mirasçılara intikal eder; bu hususta kadının davayı ikame edip etmeyeceği nazarı itibara alınmaz.

İcra takibatı üzerine yapılan tediye zor ile yapılmış olduğu ve takibatın tediye sebepten teşkil ettiği farzedilmek icap eder. Bilâkis, tediye rızâi bir surette vaki olduğunu ispat, aleyhinde iade davası ikame olunan ve takibata tevessül eden alacaklıya aittir.

Vesayet makamı tarafından tasdiki icap ederken tasdik edilmeyen bir borç ifası, hakim tasdikine vazedilmeyen "tasarrufî bir muamele," (acte de disposition) teşkil etmez; fakat tasarrufî muamele kadının kocası lehine vaki olan taahhüdünü hemen takip ediyorsa hüküm başkadır; şu halde, borcu doğuran mukavelenin sulh hakimi tarafından tasdikine lüzum yoktur.

Kocasının bir borcu için karı tarafından imza edilen ve sulh hakimince tasdik edilmeyen bir kefaletnamenin ifası sebepsiz bir tediye teşkil eder. (25 İkinci Kânun 1935 tarihli *Stadler c/ Héritiers Rüsç - Burckhardt* kararı) [1].

\* \* \*

#### XVI. — Karı koca arasında hibe ve tasfiye.

Yapılan bir hacizden dolayı koca mütazarrır oluyor; karı muhtelif evlenme mukavelelerine istinaden iade talebinde bulunuyor (M.K. m. 180, 193, 6) [2].

Karı koca arasında yapılan bir hibe, vahibin alacaklılarından kaçırılmak maksadile icra edildiği tezahür etse bile, bu keyfiyet, Medenî kanununun 180 inci maddesi manasında "karı koca arasında bir tasfiye muamelesi," teşkil etmez; böyle bir hibeye itiraz için alacaklıların istinat edecekleri hüküm bu değildir.

Mal ayrılığı usulüne tâbi karı kocadan birinin zararına olarak yapılan haciz neticesinde bazı eşyanın iadesi için bir iade

[1] A.T.F. 61. II. 4 — J.d.T. 1936 sah. 80

[2] C.C.S. m. 188, 196, 8

davası ikame edilirse, beyyine külfeti müddei de olsa haczi yapan alacaklıya değil fakat iadeyi talep eden diğer karı veya kocaya tahmil edilmek lâzımgelir. (12 Birinci kânun 1935 tarihli *Epoux Grau-Kuhn c/ Schnyder* kararı) [1].



#### d) Nafaka borcu

XV. — Gayrimeşru babanın nafaka borcu (M. K. m. 304, 306) [2].

18 yaşının ikmaline kadar çocuğa bağlanacak olan nafakanın hali hazır tutarını hesaplamak için, aylık tediyelelerin % 4 ten faizlerini (Piccard'ın 7 numaralı cetveli) ve çocuğun doğum gününü nazari itibara olmak icap eder. (Bu husustaki içtihat değişmiş bulunmaktadır). (12 Nisan 1935 tarihli *Servalli c/ Giamboni* kararı) [3].

XVI. — Ana babanın ve sair yakın akrabaların nafaka borçları (M. K. m. 6, 315, 316) [4].

Aynı derecede akraba bulunan müteaddit kimseler aynı nafaka borcu ile mükellef olurlarsa, bu akrabalardan bazılarının âciz olması veya bulunamaması dolayısıyla diğerinin borcu o nisbette artar.

Nafaka borcu ile mükellef olan her borçlu ancak mücerret kendi hissesi için takib edilebilir.

Medeni kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre, prensip itibarile usul ve fâruu hali ihtiyaçta bulunan fûru ve usule nafaka tediyesile mükelleftirler. Şayet bu borçtan beri olmak için kendilerinin de âciz bulduklarını dermiyan ederler işe, bir defa de bulunmuş olurlar ve binaenaleyh bu defin dayandığı hadiseleri ispat ile mükellef tutulurlar. (4 Birinci teşrin 1934 tarihli *Pichler c/ Pichler* kararı) [5].

[1] A.T.F. 61, II, 314 — J.d.T. 1936 sah. 196

[2] C.C.S. m. 317, 319

[3] A.T.F. 61, II, 68 — J.d.T. 1935 sah. 357

[4] C.C.S. m. 8, 328, 329

[5] A.T.F. 60, II, 266 — J.d.T. 1935 sah. 381



### XVII. — Nafaka davası.

Bir darülâcze müessesesi bir aileye muavenette bulunmakta idi; fakat bu müessese aile reisinin kardeşine karşı bir nafaka davası ikame eylemiş ise de, dava ancak bu aile reisinin şahsî ihtiyaçları nisbeti dahilinde kabul edilmiş ve diğer aile efradının ihtiyaçlarına karşı talep edilen miktar için de reddolunmuştur (M. K. m. 315, 316).

Âmme korporasyonunun muavevenet ettiği kimsenin ailesinden muavenet ettiği kimseye vermiş olduğu paranın iadesini ve istikbaldeki nafakaların tediyesi hususunda bir teminat iraesini talep etmek hakkının şerait ve şumulü Medenî Kanunun 315 ve 316 ncı maddeleri ahkâmına tabidir; diğer bir söyleyişle mezkûr korporasyon, muavenet gören kimsenin Medenî Kanun ahkâmına tevfikân talep edebileceği nafaka miktarından fazla bir şey talep edemez. (31 Birinci teşrin 935 tarihli *Bureau d'assistance des bourgeois de Bâle - Ville c/ Steiger - Schmid et cons* kararı)[1].



### e) Sahih olmıyan nesep

#### XVIII. — Nesebin reddi.

Çocuk evleñme aktinden itibaren 180 günden az bir müddette dünyaya gelmiştir; fakat karı kocanın çocuğun ana rahmine düştüğü zamanda birlikte ikamet ettikleri [2] tebeyyün ediyor (M. K. m. 241, 243, 244, 301, 302) [3].

244 üncü maddenin 2 nci fıkrasının kastettiği vaziyette nesebin sıhhatine müteallik karine ancak kocanın çocuğun babası olamayacağı beyyinesile bertaraf edilebilir, yoksa kocanın baba-

[1] A.T.F. 61. II, 297 — J. d. T. 1936 sah. 194

[2] Kanunumuzun "birlikte ikamet", tâbiri fransızca "cohabitation" karşılığı olarak kullanılmıştır; bundan da maksat aynı, yerde aynı dam altında oturmuş olmak değil fakat her hangi bir mahalde cinsî münasebette bulunmuş olmaktır.

[3] C.C.S. m. 252, 254, 255, 314, 315.

lığı hakkında ciddi şüpheler uyandıracak alelâde hallerin sübutu veya ananın gebe kaldığı zamanda iffetsizlikle melûf olması kâfi değildir (M. K. m. 301, 302).

244 üncü maddenin 2 inci fıkrasındaki "gebe kaldığı zamanda,, ki tabir ile, doğumdan evvel 300 üncü gün ile 180 inci gün arasında geçen müddet kastedilmektedir.

244 üncü maddenin ikinci fıkrasını 301 inci maddenin 1 inci fıkrasından ayıran fark şudur: 244 üncü maddeye göre evlilik esnasında (fakat evlenme aktinden itibaren 180 günden az bir müddet içinde) doğan çocuğun nesebinin sahih olduğu karinesini kabul edebilmek için, kocanın doğumun 300 üncü günü le 180 inci günü arasında ana ile cinsî münasebette (birlikte ikamet) bulunduğu keyfiyetini kanaat ve inan verici bir şekilde meydana koymak kâfidir. Umumî kaide olarak bu kanaat ve inanın müşahedesi Federal Mahkemesi kontrolüne tâbi değildir. (8 Şubat 1935 tarihli *Ermel c/ K. Ermel-Pfister et M. Ermel* kararı) [1].

\* \* \*

#### XIX. — Mesebin reddi için müddet - Kan muayenesi.

Kan muayenesi neticesinde ehlivukuf, müddeinin çocuğun babası olmadığı hakkında beyanı mütalea eylemiş ve müddei de bu muayene neticesine müsteniden reddi neseb davası ikame eylemiştir; teknik bir şekilde her hangi bir tenkitten salim olsa dahi bu beyyine şeklinin halen tamamile hatadan masun olmadığı mülâhazasile dava reddedilmiştir; babalık davasile nesebin reddi davası arasında beyyine külfeti noktasından fark vardır; bir aylık müddetin temdidi [2] (M. K. m. 242, 243, 246, 301) [3].

Koca karısının sadakatinden şüphe etmedikçe, evlilik esnasında karının dünyaya getirdiği çocuğun nesebini de reddedemez; binaenaleyh dava kanunî müddet içinde ikame edilebilmek için, babanın çocuğun nesebi hakkındaki şüpheleri kâfi derece ciddi olunca vakit geçirmeksizin mahkemeye müracaat etmesi icap eder.

[1] A.T.F. 61. I. 21 - J. d. T. 1936 sah. 39

[2] Bu müddet kanunumuzda bir ay ve fakat C.C.S. de üç aydır.

[3] C.C.S. m. 253, 254, 257, 314.

Müddeinin babalığı hakkında ciddi şüpheler mevcut olunca kanunun babalık davasını redde müsait bulunmasına mukabil, nesebin reddi hakkındaki davanın kabulü için ise, evliliğin asgari 140 ıncı gününden sonra doğan çocuğun babası, müddei kocanın olmasına imkân bulunmaması lâzımdır. Babalığın imkânsızlığı hakkındaki beyyine katî ve muknî olmalıdır; bilûmum hata sebepleri bertaraf edilmedikçe yegâne kan muayenesi bu beyyineyi teşkil edemez. (22 İkinci teşrin 1935 tarihli *Hochuli cl Hochuli* kararı) [1].

\* \* \*

### XX.— Babalık davası - Ecnebî bir çocuğa kayyım tayini - Kan muayenesi.

İkametgâhı İsviçrede bulunan bir İtalyan kadını muvakkat bir zaman için İtalyada bulunurken nesebi gayrisahih bir çocuk doğuruyor; dava ananın İsviçredeki ikametgâhında ikame ediliyor (M. K. m. 290, 301; küçüklerin vesayetini tanzim için La Haye mukavelesi m. 1,7) [2].

Doğurmak için ecnebî bir memlekete giden annenin orada dünyaya getirdiği çocuk hiç bir zaman İsviçrede bulunmamış olsa dahi, nesebi gayrisahih çocuğa bir kayyım tayini hususunda ananın ikametgâhı vasayet dairesi (sulh mahkemesi) salâhiyettardır.

Küçüklerin vasayetini tanzim hususunda La Hayde aktedilen mukavele vasayete kabili tatbik olup, Medenî Kanununun 299 uncu maddesinin derpiş ettiği kayyım tayini gibi muvakkat ve daha az mühim tedbirlere şumulü yoktur.

Nesebi gayrisahih çocuk namına babalık davası açmak için bir kayyım tayini keyfiyeti, ismi geçen La Haye mukavelesinin 7 nci maddesinin derpiş ettiği müstacel hallerden maduttur.

Müddei aleyh talep edince anne ve çocuk kanlarının muayenesini yaptırmak veya yaptırılmasına müsaade etmek mecbu-

[1] A.T.F. 61, II, 300 - J.d.T. 1936 sah. 235 - Ayrıca bak. Rev. trim. de Dr. Civ. 1936 No. 2 sah. 555 a - 559.

[2] C.C.S. m. 311, 314.

riyetindedirler. Maahaza bu muayene usul ve âdetten olmayan ve binaenaleyh pek az tatbik edilen bir memlekette yapılacak olursa (meselâ İtalyada), kâfi derece emniyet bahşedemiyecektir. (4 Temmuz 1935 tarihli *Para c/ Realini* kararı) [1].

\*\*

**XXI. — Babalık davası - Sukutu hak müddeti - Munzam müddet (M. K. m. 296; B. K. m. 137) [2].**

Her ne kadar babalık davası için vazı kanununun derpiş ettiği bir senelik müddet bir müruru zaman müddeti değil bir sukutu hak müddeti [3] ise de, ikame edilen dava salâhiyetsizlik noktai nazarından reddedilince, Borçlar Kanununun mürürü zamana müteallik 137 nci maddesinin ihtiva ettiği umumî prensibi kıyasen tatbik etmek ve müddei tarafa hukukunun vikayesi için 60 günlük munzam bir müddet vermek icap eder (bu husustaki içtihat muaddel içtihatdır). (5 Temmuz 1935 tarihli *D. c/ St.* kararı) [4].

Mukaddem içtihadında Federal Mahkemesi Medenî Kanunun 296 ncı maddesindeki müddet için şu mütalealarda bulunmuştu :

Bu müddet bir sukutu hak müddeti olup bir müruru zaman müddeti değildir [5];

Binaenaleyh bu müddet ne tatil ve ne de katedilebilir [6];

Salâhiyettar mahkemede mücerret bir dava ikamesi bu müddeti korumağa kâfidir [7];

Müddet hitama erince, Medenî Kanunun 246 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasındaki yeni dava hakkına müşabih bir hak tanımağa imkân yoktur [8];

[1] A.T.F. 61, II, 145. - J. d. T. 1936 sah. 244.

[2] C.C.S. m. 308, C.O.m. 139.

[3] "Müruru zaman" ve "sukutu hak" için, bak : Prof. Dr. Schwarz, *Medenî Hukuk dersleri, birinci kısım, İstanbul 1935, sah. 201 ve 205.*

[4] A.T.F. 61, II, 148. - J. d. T. 1936 sah. 72.

[5] A.T.F. 42, II, 101. No. 2; 333; 45, II, 237; 55, II, 17

[6] A.T.F. 42, II, 101. No. 3; 45, II, 237; 44, II, 461

[7] A.T.F. 44, II, 461; 55, II, 18.

[8] A.T.F. 45, II, 237.



Borçlar Kanununun 137 nci maddesi (davanın fena ikame edilmiş olması dolayısıyla munzam müddetten istifade) hususunun tatbik kabiliyeti burada mevzu bahis olamaz [1];

Müddeialeyh gerek hile ile ve gerek hilesiz olarak hüsünüyet kaidelerine muhalif bir tarzda müddetin müruruna sebebiyet verip, bunu defaî dermeyen eylemiş olsa dahi dava bir senelik müddetin mürurundan sonra bile mesmu olur [2].

Yeni içtihadını tesis için Federal Mahkemesi ezcümle şu esbabı mucibeyi dermeyen etmektedir:

137 nci maddenin ihtiva ettiği kaide, munzam müddetin serait ve mikdarını sarih bir şekilde tayin ve irae eylemektedir. Müddei aleyh himayeye lâyık bir menfaatinin bu maddenin tatbiki ile muhtel olduğunu asla dermeyen edemez. Mevzu hukuk muhtemel babaya çocuğun doğumundan itibaren ancak bir sene müddetle babalık davasına esas olabilecek bir hak tanımaktadır; müddei aleyhin bizzat tehhura sebep olduğu haller müstesna, doğumu takip eden bir senenin mürurundan sonra da kezaik babalık davasının ikame edilebileceği haller mevcuttur: meselâ çocuğun ana rahmine düştüğü zamanda ananın evli bulunması (M. K. m. 303, fık. 2) [3], veva Federal Mahkemesinin kabul ettiği gibi [4] çocuğun ana rahmine düştüğü an ile dünyaya geldiği an arasında ananın üçüncü bir şahıs ile evlenmiş olması gibi.

Binaenaleyh, prensip olarak denilebilir ki, doğumu takip eden bir senenin geçmiş olmasıyla mefruz babanın artık dava ile tehdit edilemeyeceğinden muhakkak surette emin olduğu haller mevcut değildir. Borçlar Kanununun 137 nci maddesinin tatbikine müddei aleyhin usulü muhakeme noktasından vaziyetinin fenalaşmış olduğu iddia edilemez; çünkü müddeiyenin çocuğun doğumunu takip eden sene içinde salâhiyetsiz mahkemede ikame eylemiş olduğu dava ile müddei vaziyetten haberdar edilmiş ve bu suretle müdaafası için icap eden tedbirlere baş vurması imkânı kendisine verilmiştir.

Medenî Kanunun 296 nci maddesine Borçlar Kanununun 137 nci maddesinin ihtiva ettiği kaidenin tatbikini Medenî Ka-

[1] A.T.F. 55, II, 17; diğer sukutu<sup>h</sup> hak müddetleri için: 51, II, 239.

[2] A.T.F. 46, II, 93; 49, II, 321.

[3] C.C.S. m. 316, fık. 2.

[4] A.T.F. 56, II, 342.

nunun 5 inci maddesi [1] mümkün kılmaktadır. Bu maddeye göre : "akitlerin inikadına, hükümlerine ve sukutu sebeplerine taallük edip Borçlar kısmında beyan olunan umumî kaideler Medenî Hukukun diğer kısımlarında dahi caridir,, .

\* \* \*

## C. MİRAS HUKUKU

### a) Vasiyet

#### XXII. — Resmî vasiyetname - Şahit.

Şahitlerden birinin Millî Kanuna göre reşit olmadığı iddiasile vasiyeti hükümsüz kılmak için dava ikame ediliyorsa da bu dava mahkemece reddediliyor (M.K. m. 483 fık. 1, 486 fık. 3) [2].

Resmî vasiyetnamenin tahririne (ve şifahi vasiyetnameye) şahit sıfatile iştirak etmek hakkı ancak medenî haklarını istimal salâhiyetini haiz olan kimselere verilmiştir.

Buradaki ehliyet şartı İsviçre Kanununun (dolayısıyla Türk Kanununun) kastettiği manadaki ehliyettir; yani yirmi yaşını (bizde on sekiz yaşını) ikmal etmiş bir ecnebî kendi Millî Kanununa göre reşit olmasa bile, muteber bir surette resmî bir vasiyetnamenin tahririne şahit sıfatile iştirak edebilir. (8 Birinci teşrin 1935 tarihli *Jörg c/ Schoeni* kararı) [3].

\* \* \*

#### XXIII. — Vasiyeti tenfiz memuru · Gayrimenkul sicli.

Bir vasiyeti tenfiz memuru bir gayrimenkul mülkiyetinin nakline müteallik kaydın sicile düşürülmesi için sicil memuruna müracaat ediyor; fakat sicil dairesi, vasiyeti tenfiz memurunun mülkiyeti

[1] C.C.S. m. 7.

[2] C.C.S. m. 503, fık. 1, 506 fık. 6.

[3] A.T.F. 61, II, 318. - J. d. t. 1936 sah. 217.

nakleden resmî bir vesika ibraz etmemiş olması ve gayrimenkul üzerinde temlikî muameleler yapmağa salâhiyeti bulunmaması sebebiyle, vaki talebi reddediyor. Birinci sebep kabul edilip ikincisi ise reddediliyor (M. K. m. 496, 532, 536, 920, 926) [1].

Vasiyeti tenfiz memuru terekeyi teşkil eden gayrimenkulleri satmak salâhiyetini haizdir [2].

Vasiyeti tenfiz memurunun bu kabil tasarruflarının salâhiyeti dairesinde yapılıp yapılmadığını takdir keyfiyeti, gayrimenkul sicillerini tutan memura ait değildir.

Vasiyeti tenfiz memuru bir gayrimenkul mülkiyetinin nakline dair kaydın icrasını ancak resmî bir vesika ile talep edebilir; maahaza gayrimenkulü bizzat musalehe teslim edecekse mücerret vasiyetnamenin ibrazı kâfidir.

Terekeye dahil bir gayrimenkulün vasiyeti tenfiz memuru tarafından satılması ancak mirasçılardan gayrimenkul siciline mirasçı olarak kayıtları yapıldıktan sonra mümkündür. (27 Eylül 1935 tarihli *Brun c/ Office du Registre foncier de Rorschachberg* kararı) [3].

\* \* \*

## b) Mirasın intikali [4]

### XXIV. — Miras şirketi - Taksim davası.

Bir tereke ziraî bir gayrimenkulden müteşekkildir; mirasçılardan biri diğerleriyle bir icar mukavelesi aktederek ziraî gayrimenkulü üzerine alıyor; fakat bu mirasçı, aktetmiş olduğu hasılat icarî mukavelesinin hitamından evvel bir taksim davası ikame ediyor; davanın vakitsiz olduğuna hükmediliyor (M. K. m. 323, 580) [5].

[1] C.C.S. m. 518, 556, 560, 965, 972 fık. 3 (bu üçüncü fıkra Kanunumuza alınmıştır).

[2] Fransız hukuku için bak : Planiol - Ripert et Trasbot, *Donations et Testaments*, No. 691.

[3] A.T.F. 61, I, 382. - J. d. T. 1936 sah. 200

[4] Kanun *miras* (dévolution) tabirini kullanmıştır. Bu unvan ile açılan bir mirasın mukadderatı, tabiri diğerle mirasçılara sureti intikali kastedilmiştir. Bu itibarla, miras kelimesi yerine *intikal* tabirini kullanmak daha muvafık olurdu. (Prof. Ahmet Samim, *Miras Hukuku*, sah. 209 not 1).

[5] C.C.S. m. 336, 604.

Mirasçılar, sdaece Medeni Kanununun 323 ve müteakkip maddelerine göre aralarında yalnız bir şirketi emval tesis ettikleri hallerde değil, aynı zamanda taksimi talep etmek hakkından muayyen bir müddetle zımnen feragat etmiş oldukları anlaşılan her hangi akti bir taahhüdün yapılmış olmasile de miras şirketini muhafazaya mecburdurlar.

Ezcümle, terekeye dahil bir ziraat gayrimenkulün mirasçılardan birile diğerleri arasında aktedilen bir hasılat icarı akti, bu kabil bir feragati tazammun eder. (21 Haziran 1935 tarihli *Bucher - Kiser c/ Bucher - Durrer et cons.* kararı) [1].

\*  
•

XXV. — Miras şirketinin bir hissesinin paraya çevrilmesi (M. K. m. 585, l. l. K. m. 121 fık. 2, 122) [2].

İcra İflâs Kanunununun iştirak halinde mülkiyet hislerinin paraya çevrilmesine mütedair derpiş ettiği hususi şekiller evvelbeevvel iştirak halinde bir mülkiyetin mevcudiyetini tazammun eder.

Şayet iştirak halinde mülkiyetin mevcudiyeti münazaünfih ise, İcra mercileri Kanununun tesis etmiş olduğu bu prosedürü takibe salâhiyettar değildirler.

Böyle bir halde borçlunun tasfiye üzerinde iddia ettiği hissesi, münazaünfih bir alacak gibi paraya çevrilmelidir. Satışa veya artırmaya tayin edilen memur da iştirak halinde bir mülkiyetin mevcudiyetini müşahede ve tespit ettirmek için alâkadarlar aleyhine dava ikame etmek ve hak kazandığı takdirde iştirak halinde mülkiyeti salâhiyettar makamlar tarafından tasfiye ettirmek ile mükelleftir. (25 Nisan 1935 tarihli *Muheim c/ Commune de Bûrglen* kararı) [3].

Dr. EMILE THILO

Avukat

İsviçre Federal Mahkemesi Grefyesi

Çeviren

Ferit H. Saymen

İst. Üniv. Medeni Hukuk Asistanı

[1] A.T.F. 61, II, 164 - J. d. T. 1936 sub. 5.

[2] C.C.S. m. 609; L.P. m. 131 fık. 2, 132.

[3] A.T.F. 61, III, 95 - J. d. T. 1935, II, sub. 164.