

**MEDENÎ HUKUKUN GENEL TEORİSİ VE ŞAHISLAR
HUKUKU İLE İLGİLİ
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ
KARARLARI
(1961 - 1965) [*]**

Prof. Dr. Aytekin ATAAY

I

MEDENÎ HUKUKUN GENEL TEORİSİ

1) Kanunun boşluğu.

İMK. mad. 1/II — TMK. mad. 1/I cümle 2

Hakkında hüküm konulmuş olması gereken bir durumu, kanun koyucu düzene bağlamış bulunmadığı takdirde, kanunda boşluk vardır (1).

ta. 21/12/1961

JdT 1962 I 354 (= BGE 87 II 355).

2) Dürüstlük kaidesi.

İMK. mad. 2/I — TMK. mad. 2/I

Sözleşmelerdeki irade beyanları gibi, bir özel hukuk şahıs topluluğunun (corps, Körperschaft) tüzüğünde yer alan hükümleri de güven ilkesine göre yorumlamak gerekir (bak : BGE 69 II 322, JdT 1944 I 126 is; 80 II 31 ve 32, JdT 1955 I 139; 81 II 363, JdT 1956 I 118; 82 II 453, JdT 1957 I 364). Bu hükümlerin yorumunda önemli olan, dürüstlük kaideleri uyarınca üyelerin bunlara mâkul surette verecekleri anlamdır (bak : *Egger*, İMK. mad. 60 no. 17).

ta. 16/3/1961

JdT 1961 I 529 (= BGE 87 II 89).

[*] KISALTMALAR için yazının sonuna (s. 224'e) bakınız.

1) «Kanunda bir hüküm bulunmadığı kat'i olduğu takdirde bir boşlukla karşı karşıya bulunmaktadır» 27/3/1956 ta.'li *İsviçre Federal Mahkemesi kararından* (İFMK., cilt 3, s. 9).

3) Hakkın kötüye kullanılması.

İMK. mad. 2/II — TMK. mad. 2/II

Hakkın kötüye kullanılması halinde *hâkim*, İMK.'nun 2. (TMK.'-nun 2.) maddesini *kendiliğinden* (re'sen) *uygular*. Tarafların def'ileri sürmelerine ihtiyaç yoktur.

ta. 23/1/1962

JdT 1962 I 300.

Sözleşmenin *butlanının ileri sürülmesinin dürüstlük kaidelerine açıkça aykırı görünmesi hâlinin, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiğini* (2) Federal Mahkeme defalarca hükme bağlamıştır. Böyle bir sonuca ulaşabilmek için *hâkim*, katı prensiplerle bağlı olmaksızın her olayın özel şartlarını *serbestçe takdir eder* (3) (BGE 78 II 227, JdT 1953 I 239; BGE 84 II 375, JdT 1959 I 170;

(2) 9/3/1955 ta.'li ve 22/2 no.lı *Yargıtay içt. bir. kararı* gerekçesinden: «15. maddenin (=TMK. mad. 15), mümeyiz olmayan kimse tarafından diğer taraf aleyhine dermeyan edilmesi hal ve şartlara göre hüsnüniyet (=dürüstlük) esaslarına aykırı bir durum mahiyeti arzedebilir. Filhakıka mümeyiz olmayan kimse temyiz kudretine sahip olsa idi aynı suretle hareket edecek, yâni normal zekâlı bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunacak idi ise, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürerek muamelelerin hükümsüzlüğünü dermeyan edememelidir. Aksi takdirde temyiz kudretinden mahrumiyet, hukukî muamelâta gerekli emniyeti ihlâl müncer olacak bir teşevvüş ve istikrarsızlık âmili mahiyetini alır ki, bunu tecvize imkân yoktur. Zira her türlü sübjektif hakkın kullanılmasını objektif hüsnüniyet prensiplerinin, yâni cemiyette hâkim olan dürüstlük kaidelerinin murakabesi altına vaz'eden Medenî Kanunun 2. maddesi buna mânidir. Nitekim mümeyiz olmayan kimsenin tasarrufunun hukukan hüküm ifade etmeyeceği kaidesini vaz'eden 15. maddenin II. fıkrası ile mahfuz tutulan istisnalar arasında 2. maddede ifade edilen objektif hüsnüniyet (=dürüstlük) esasına aykırılık hali de mevcuttur. Başka tabirle mümeyiz olmayan tarafından hukukî muamelenin hükümsüzlüğü iddiası objektif hüsnüniyet (=dürüstlük) kaidesine aykırı olduğu takdirde dinlenmez, Zira bir hakkın suiistimali (=hakkın kötüye kullanılması) durumuna girer ve kanunî himayeden mahrum olur» (RG. 1955, sa. 9039). «... Bir kimse hakkını dürüstlük kaidesine aykırı olarak kullanırsa, bunu kötüye kullanmış olur» 10/10/1956 ta.'li bir *İsviçre Mahkeme kararından* (İFMK., cilt 3, s. 8).

(3) «Medenî Kanunun 2. maddesinin tatbik edilebilmesi takdire bağlı bir meseledir. Hâkim her münferit hâdisede hal ve vaziyeti nazara alarak ve sert kaidelerle bağlı olmaksızın (bak : JdT. 1946 I 386 ve özellikle 388 ve 390, ayrıca bu kararda anılan içtihatlar) hüküm verebilmelidir» 22/6/1954 ta.'li bir *İsviçre mahkeme kararından* (İFMK., cilt 1-2, s. 4). Medenî Kanun, hakkın kötüye kullanılmasını tarif etmemekte, bir hakkın kullanılmasının huku-

BGE 86 II 232, JdT 1961 I 208; BGE 86 II 262, JdT 1961 I 133; BGE 86 II 400/401, JdT 1961 I 212; BGE 87 II 31, JdT 1961 I 557).

ta. 19/5/1964

JdT 1964 I 565 (= BGE 90 II 154).

... Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, *şekil noksanı* ile sakatlanmış bulunan bir muamelenin muteberliğine taraflardan birinin itirazda bulunması yeterli değildir; ayrıca, özel durumlar sebebiyle onun itirazının dürüstlük kaidelerine açıkça aykırı görünmesi gerekir (4) (BGE 53 II 165, 54 II 331, 68 II 236 is., 72 II 41, 78 II 227, 84 II 375, 641, 86 II 262, 401, 87 II 31; JdT 1927 I 621, 1929 I 214, 1943 I 70 is., 1946 I 390, 1953 I 239, 1959 I 120, 371, 1961 I 133, 213, 557; ayrıca bak : BGE 85 II 114 is., 87 II 154, JdT 1960 I 21 is., 1962 I 91). Bir kimsenin *hileli davranışlarıyla* (5) yol açtığı *şekil noksanını* ileri sürmesi halinde durum özellikle böyledir (bak : BGE 43 II 24, 54 II 332, 57 II 154, 87 II 32; JdT 1917 I 394, 1929 I 215, 1961 I 558)... Ağırılığı ne olursa olsun sadece *ihmal*, dürüstlük kaidelerine aykırı bir davranış teşkil etmez...

ta. 23/1/1962

JdT 1962 I 300.

Federal Mahkemenin defalarca belirttiği üzere, *şekil noksanı* sebebiyle sözleşmenin butlanını ileri süren taraf hakkını kötüye kullanmış olmaz. Butlanı ileri süren tarafın, böyle bir ithamdan kurtulabilmesi, sözleşmeyi yerine getirmeden kaçınmada korunmağa değer bir menfaati bulunduğunu isbatlamasına bağlı değildir... Aksine, somut olayda *butlanı ileri sürme hakkının kullanılmasını dürüstlük kaidelerine açıkça aykırı bir hale koyan durumların var-*

ka uygun bulunduğu veya hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hususlarının takdirini hâkime bırakmaktadır» 10/10/1956 ta.'li bir *İsviçre mahkeme kararından* (İFMK., sa. 3, s. 7).

(4) «Bir *şekil noksanını* dermeyan etmek haddi zatında hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmez, fakat bazı hâdiselerde hal ve vaziyet öyle olabilir ki, bir *şekil noksanı* ileri sürülmekle hak kötüye kullanılmış olur» 22/6/1954 ta.'li bir *İsviçre mahkeme kararından* (İFMK., cilt 1-2, s. 4). Ayrıca *Bern istinaf mahkemesi kararı* ile (ZBJV 1942 477) *Yargıtay HGK.*'nin 11/3/1953 ta.'li ve 2/9 no.'lu *kararına* (TİK 1953 I 204, 205) bakınız. Özellikle bu sonuncu kararın eleştirmesi için bak : *Oğuzman K.*, *Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali* (İBD 1955, sa. 6), s. 253 is.

(5) «...Hakkın kötüye kullanılmasının çok umumî bir halini, hileli bir tarzda davranış teşkil etmektedir» 10/10/1956 ta.'li bir *İsviçre mahkeme kararından* (İFMK., cilt 3 s. 7/8).

lâğını, butlanın ileri sürülmesini kabul etmeyen *diğer tarafın isbatlaması* gerekir.

ta. 17/3/1964

JdT 1964 I 567 (= BGE 90 II 217).

Tarafların rızalarıyla ana edimlerini yerine getirdikleri bir sözleşmenin butlanının ileri sürülmesi halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğu (6) gibi (BGE 80 II 376 ve orada anılan kararlar, JdT 1959 I 170), taraflardan birinin bizzat kendi kurnaz davranışlarıyla yol açtığı şekil noksanını ileri sürmesi halinde de hakkın kötüye kullanılması vardır (BGE 88 II 24 ve orada anılan kararlar, JdT 1962 I 305).

ta. 17/3/1964

JdT 1964 I 567 (= BGE 90 II 21).

Alacaklının hakkını kullanmaksızın, *zamanaşımı* süresinin geçmesine *hileli davranışlarıyla* yol açmış bulunan şahıs, zamanaşımını ileri sürmekle —BGE 42 II 682 ve 76 II 117/118 (JdT 1950 I 552) deki dâvalarda olduğu üzere— İMK.'nun 2. maddesinin II. fıkrası (TMK. mad. 2/II) anlamında hakkını kötüye kullanmış olur. *Kötü bir kasıt bulunmaksızın* alacaklıyı, zamanaşımı süresi içinde hukukî bir yola başvurmadan alıkoyan bir tavrın takınılması ve alacaklının bu hareketsizliğinin mâkul ölçüler içinde, sırf objektif açıdan dahi, anlaşılabilir olması halinde hakkın kötüye kullanılması vardır (BGE 69 II 104, JdT 1943 I 506; ayrıca bak : BGE 89 II 30 mül. 3 son kısım; *Merz*, İMK. mad. 2 no. 410 is.).

ta. 2/7/1963

JdT 1964 I 151 (= BGE 89 II 256).

Öğretiye ve mahkeme içtihatlarına göre, hukukî bir müesseseyi kendisine tamamen *yabancı* olan bir *amaç* uğrunda kullanan kimse, İMK.'nun dürüstlük kaidelerine uygun surette davranılmasını emreden 2. maddesindeki (TMK. mad. 2'deki) yükümü ihlâl

(6) «Taraflar akitte (sözleşmede) eksiklik olmadığı düşüncesile, akdin (sözleşmenin) geçerlik şartından yoksun olduğunu bilmiyerek yıllarca bu akdin (bu sözleşmenin) gereğini karşılıklı olarak yerine getirmişlerdir. Nitekim evlâd edinenin sağlığında akdin (sözleşmenin) feshi yolunda herhangi bir dâva açılmış değildir. Taraflar uzun yıllar bu sözleşme şartlarına göre davrandıklarından, evlâd edinen öldükten sonra evlâd edinenin diğer bir evlâdlığının evlâd edinme sözleşmesinde noterin imzası bulunmadığını ileri sürerek akdin (sözleşmenin) hükümsüzlüğünün tesbitini istemesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır; yasa, hakkın kötüye kullanılmasını korumaz» *Yargıtay* HGK.'nun 4/11/1964 ta.'li ve 2-953/640 no.'lu kararından (AD 1965 946.)

etmiş olur (7) (bak : BGE 54 II 442; *Egger*, İMK. mad. 2 no. 32; *Siegwart*, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten). *Hâkim*, sert kaidelerle bağlı olmaksızın, her özel olayda şartların hütününe takdir etmek suretile, buna *serbestçe karar verebilme- lidir* (BGE 78 II 227, JdT 1953 I 239).

ta. 28/10/1960

JdT 1961 I 325 (= BGE 86 II 417).

(7) «Bir hakkın kullanılması bu hakkın gayesine (amacına) aykırı düştüğü takdirde açıkca kötüye kullanma mevcuttur» İsviçre *Federal Mahkemesinin* 13/9/1956 ta.'li kararından (İFMK., cilt 3, s. 8). «Esas gayesi (asıl amacı) hayatta bulunan şahıslar arasındaki münasebetleri tanzim değil fakat, mahfuz hisse kaidelerini bertaraf olan ve beklenen bir ölümden az önce akdedilmiş bulunan bir evlenme mukavelesi İsviçre Medenî Kanununun 2. (TMK.'nun 2.) maddesinin II. fıkrası anlamında hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder» İsviçre *Federal Mahkemesinin* 29/9/1955 ta.'li kararından (İFMK., cilt 3, s. 8). «... Bir hakkın kullanılması, kanunî bir hükmün gayesi (amacı) bozulmak istenildiği takdirde de, kötüye kullanma mevcuttur (BGE 53 II 97; *Egger*, mad. 2, mül 32). Hulâsa, bir kimse hakkını dürüstlük kaidelerine aykırı olarak kullanırsa, bunu kötüye kullanmış olur. Bu kötüye kullanma açık ise, kanun tarafından korunmaz. Hukuk ancak meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka şeye yaradığı takdirde mevcudiyet sebebinin kaybeder» 10/10/1956 ta.'li bir *İsviçre mahkeme kararından* (İFMK., sa 3, s. 7). «Medenî Kanunun 15. maddesindeki hükmün vaz'ında asıl gaye ve maksadın medenî hakları kullanmaktan gayrimümeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimselerin korunması olduğu meydandadır (Zurich şerhi tercümesi, Şahsın Flukuku mad. 18, no. 13). Şu halde bu kanun hükmünü sevk gayesine münafi olarak, mümeyyiz olmıyanın aleyhine tefsir etmek, meselâ mümeyyiz olmıyan kimsenin alacağını temin etmek için yapılmış kefalet veya mümeyyiz olmıyan kimseye yapılan hibeyi (bağışlamayı) muteber saymamak bu gayenin dışında kalan neticeler olacaktır. Bundan başka, mümeyyiz olmıyan kimsenin yaptığı bir iş akdi, bâtil saydığı takdirde işveren yalnız mamelekinde (malvarlığında) husule gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmayacaktır. Ayrıca bu kimseyi, —iş akdi hükümsüz olduğundan— işçi sigortalarından ve işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hâsıl olacaktır. Keza, mümeyyiz olmıyan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine ikramiye isabet etse, satış hükümsüz olduğu için, ikramiyenin de kendisine ait olmaması neticesine varmak icab edecektir. Görülüyor ki, 15. maddenin mümeyyiz olmıyan kimse ile muamele yapmış olan tarafça, mümeyyiz olmıyan kimse aleyhine olarak dermeyan edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve âdil olmıyan neticeler doğurmaktadır» 9/3/1955 ta.'li ve 22/2 no.'lu *Yargıtay içt. bir. kararı* gerekçesinden (RG. 1955, sa. 9039). «Bir hakkın kanun tarafından kabul edildiği gayeden (amaçtan) başka bir gaye (amaç) için kullanılmasının o hakkın afakî iyi niyet (objektif hüsnüniyet = dürüstlük) kaidelerine aykırı kullanılması (=hakkın kötüye kullanılması) mahiyetini arzemesine...» 28/11/1955 ta.,li ve 663 7/7734 no.'lu *Yargıtay TD. kararından* (TYK 1956, s. 2052; Sİ 1956, s. 2717). Ayrıca *Yargıtay HGK.'nun* 7/4/1964 ta.'li ve 1 - 26/149 no.'lu *kararına* (RKD 1966, sa. 4, s. 33) bakınız

Üyenin *dernekden çıkarılmasına* (ihracına) ilişkin karar, derneğin amacı ile açıkça bağdaşamaz görüldüğü takdirde, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder (8).

ta. 23/10/1964

JdT 1955 I 258 (= BGE 90 II 346).

4) İyi niyetin korunmadığı bir hal.

İMK. mad. 3 — TMK. mad. 3

Özel bazı durumlar (özellikle bak : İMK. mad. 373/III ve 411/II-TMK. mad.— ve 395/II) dışında... kanun, bir şahsın *karşı tarafın ehliyeti hususundaki iyi niyetini* korumamaktadır (9). Bilâkis, ehliyetsizle muamelede bulunan şahıs, iyi niyetli olsa da, taraflardan birinin ehliyetsizliğine bağlanan mutlak sonuçlara katlanmak zorundadır (*Egger*, 2. bası, İMK. mad. 18 no. 3; *von Tuhr/Sieewart* § 23 II s. 172 ve § 27 V s. 202; *Jaegi*, İMK. mad. 3 no. 69). Durum yalnız borçlar hukuku muamelelerinde değil, fakat *eşya hukuku alanına giren muamelelerde* de aynıdır (*Egger*, 2. bası, İMK. mad. 18 no. 3; *von Tuhr/Sieewart*, § 27 V; *Wieland*, İMK. mad. 656 no. 3 a ve mad. 714 no. 3 c dd; *Leemann*, 2. bası, İMK. mad. 656 no.

(8) 20/9/1950 ta.'li ve 4/10 no.'lu *Yargıtay içt. bir. kararından* : «Medenî Kanunumuzun 65. maddesindeki (her iki takdirde ihraç aleyhine ikamei dâva olunamaz) hükmünün; 68. maddenin mutlak sarahati ve kanunumuzun mehzazı olan İsviçre Medenî Kanununun 72. maddesinin II. fıkrası muvacehesinde (bu hallerde çıkarma kararını mucip olan sebepler bir dâva ikamesine mahal vermez) şeklinde anlaşılmasına ve nizamnamede (tüzükde) ihraç (çıkarma) sebebi gösterilmiş olan hallerde verilen ihraç (çıkarma) kararı aleyhine ihraç (çıkarma) sebebinin mahiyet ve keyfiyetine dokunulmaksızın yalnız sübuta ve şekle dayanılarak ve nizamnamede (tüzükde) ihraç (çıkarma) sebebi gösterilmeyen hallerde de cemiyetin (derneğin) bu hakkını suiistimal ettiğinden (hakkını kötüye kullandığından) bahisle ihraç kararı (çıkarma kararı) aleyhine dâva açılabilceğine ... karar verildi» (RG. 1950 sa. 7676).

(9) 27/7/1941 ta.'li ve 4/21 no.'lu *Yargıtay içt. bir. kararından* : Mümeyyiz olmayan bir kimse ile hukukî muamelede bulunan diğer âkidin bunu bilmiyerek hüsnüniyetle (iyi niyetle) hareket etmiş olması zikri geçen 15. maddenin (=Medenî Kanununun 15. maddesinin) mutlak ve kat'i sarahati karşısında öyle bir kimsenin tasarrufu üzerinde hukukî hükmün terettüp etmesi için kâfi değildir. Kanun o gibi temyiz kudretinden mahrum kimselerin esasen hüküm ifade etmeyen tasarrufları hususunda o tasarruftan dolayı hak iddia edenlerin hüsnüniyetini (iyi niyetini) himaye etmemektedir. Elverir ki o tasarrufun hüküm ifade etmesi için lüzumlu olan temyiz kudreti derecesinin tasarruf zamanında mevcut olmadığı kat'iyetle sübut bulsun. Bu takdirde kâsırın (ehliyetsizin) hali hüsnüniyetten (iyi niyetden) ziyade himayeye lâyık görülür. Medenî kanunumuzun metin ve ruhundan başka türlü netice çıkarılmasına imkân yoktur» (RG. 1955. sa. 4871).

37 ve mad. 714 no. 43; *Oftinger*, İMK. mad. 884 no. 341; *Ostertag*, 2. bası, İMK. mad. 937 no. 13; *Hombberger*, İMK. mad. 973 no. 13).

ta. 10/12/1963

JdT 1964 I 343 (= BGE 89 II 387).

5) Hâkimin takdir yetkisi.

İMK. mad. 4 — TMK. mad. 4

Bak : yukarıda no. 3'de ikinci ve yedinci karar.

6) Borçlar Kanununun genel hükümlerinin medenî hukukun diğer bölümlerinde uygulanması.

İMK. mad. 7 — TMK. mad. 5

İMK.'nun 7. maddesine (TMK.'nun 5. maddesine) göre, borçlar hukukunun, sözleşmelerin kurulmasına, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin hükümleri medenî hukuk alanında da uygulanır (10). Bu hükümler arasında İBK.'nun 127 is. (TBK.'nun 125 is.) maddelerini de saymak gerekir. Fakat bundan, kanunun, bir medenî hukuk dâvasının zamanaşımından söz ettiği her yerde, sayılan bu hükümlerin uygulanabilir olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Söz konusu hükümler, alacakların (*créances*) ve taleplerin (*prétentions, Forderungen*) zamanaşımına ilişkindir ve ancak bu hususlarda *doğrudan doğruya uygulanır*. Kanun başka dâvaların zamanaşımını öngördüğü takdirde, Borçlar Kanununun anılan hükümleri veya bunlardan bazıları, ancak *örnekseme* (kıyas) yolu ile uygulama alanı bulabilir.

ta. 7/10/1960

JdT 1961 I 230 (= BGE 86 II 340).

7) İsbat yükü.

İMK. mad. 8 — TMK. mad. 6

Bak : yukarıda no. 3'deki dördüncü karar ve aşağıda no. 9.

(10) Diğer yandan «İMK. mad. 7 (TMK. mad. 5)'de ne ayrıksız, ne tüketici (sınırlayıcı, tahdidi) bir kural olmadığından İBK. mad. 67 (TBK. mad. 66) ile İBK. mad. 60 (TBK. mad. 60)'daki yillanma süreleri, İMK. mad. 7 (TMK. mad. 5) de sayılmayan Medenî Kanun ilişiklerinde de uygulanabilir» (İFMK., cilt 1 - 2, s. 64).

II

ŞAHISLAR HUKUKU

8) Temyiz kudreti (kavram).

İMK. mad. 16 — TMK. mad. 13

Diğer yasama eserlerinden farklı olarak, İsviçre hukukunda —mâkul surette hareket edebilme iktidarı (yâni, temyiz kudreti) konusunda— sınır-yaş öngörülmemiştir (11). *Mâkul surette hareket edebilme iktidarından* (İMK. mad. 16 — TMK. 13), fiillerinin önemini idrak edebilen ve iradesini etkilendirmek isteyenlere normal bir şekilde karşı koyabilen kimse yararlanır (12) (BGE 55 II 229 mül. 4, JdT 1930 I 102; 67 II 52; 70 II 140). Bu ehliyet nisbîdir (BGE 44 II 449, JdT 1919 I 341). Hâkim, somut olayda... bunun varlığını araştırmak zorundadır...

ta. 21/1/1966

JdT 1964 I 354 (= BGE 90 II 9).

9) Temyiz kudreti (isbat yükü).

İMK. mad. 8, 16 — TMK. mad. 6, 13

Temyiz kudretinin varlığı genellikle karine olarak kabul edilir; bunun yokluğunu ileri süren isbatla yükümlüdür (BGE 44 II 449, JdT 1919 I 341; 45 II 48 ve yapılan yollamalar, JdT 1919 I 267; Egger, 2. bası, İMK. mad. 12 no. 9). Bununla beraber, re-

(11) Halbuki Roma hukukunun ve özellikle pandekt hukukunun etkisi ile Alman (mad. 104, 828/I) ve Avusturya (mad. 21) Medenî Kanunlarında gayrimümeyyizliğe sınır olarak yedi yaş kabul edilmiştir. Yunan Medenî Kanununa göre on yaşını (mad. 128), Sovyet Rusya Medenî Kanununa göre dört yaşını (mad. 9), Brezilya Medenî Kanununa göre de onaltı yaşını (mad. 5/1) doldurmamış bulunanlar temyiz kudretine sahip sayılmamaktadırlar. Bu konuda yasama politikası bakımından ilgi çekici bir örneği *Nasyonal — Sosyalist Almanya*'da hazırlanan «Halk Kanunnamesi» (Volksgesetzbuch) vermektedir. Buna göre, «okula başlama» tam ehliyetsizliğin sınırını teşkil etmektedir (bak: Schwarz A. B — t. çev. Davran B. —, Borçlar Hukuku Dersleri, I —İstanbul 1948—, s. 192 - 193; Ataay A., Şahıslar Hukuku —İstanbul 1936—, s. 47).

(12) Şu halde, fiillerinin önemini idrak edemeyen ve iradesini etkilendirmek isteyenlere normal bir şekilde karşı koyamayan kimseler, mâkul surette hareket edebilme iktidarından (yâni, temyiz kudretinden) yoksundurlar. *İsviçre Medenî Kanununun ilk projesinde*, temyiz kudretinden mahrum bulunan şahıslar, «tavır ve hareketlerinin saiklerini ve sonuçlarını doğru olarak idrake ve doğru bir idrake uygun surette hareket etmeğe kaadir olmayan» kimselerdir tarzında tarif edilmiştir (bak: Schwarz, a. g. e., s. 191; Ataay, a. g. e., s. 46).

şit olmıyan şahsın yaşı küçük olduğu ölçüde bu husustaki karine zayıflar ve nihayet ortadan kalkar.

ta. 21/1/1964

JdT 1964 I 354 (= BGE 90 II 9).

10) Hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti.

İMK. mad. 19/III — TMK. mad. 16/III

Davranışının tehlike doğurabilecek nitelikte olduğunu idrak edebildiği takdirde, bir kimse hukuka aykırı fiilinden sorumludur (BGE 70 II 140 mül. 2). *Fiilinin muhtemel bütün sonuçlarını önceden görmüş olması gerekli değildir.*

ta. 21/1/1964

JdT 1964 I 354 (= BGE 90 II 9).

11) İkametgâh.

İMK. mad. 23, 24/II — TMK. mad. 19, 20/II

İkametgâhda *objektif şartın* (= fiili şartın) gerçekleşmesi, şahsın oturduğu yeri, faaliyetlerinin, maddî ve manevî menfaatlerinin, şahsî ve meslekî münasebetlerinin (13) merkezi haline getirmiş bulunmasına bağlıdır (BGE 44 III 54, JdT 1915 II 93; 64 II 403, JdT 1939 I 107; 85 II 322, JdT 1960 I 572; 87 II 10; 88 III 139).

ta. 10/7/1964

JdT 1964 I 633.

(13) Bir kimsenin şahsî ve meslekî münasebetlerinin merkezi haline gelmiş bulunan yerler aynı olmadığı takdirde, ikametgâhın tayininde genellikle, şahsî münasebetlerin merkezi olan yer, meslekî münasebetlerin merkezi olan yerden daha baskın bir rol oynar. İsviçre *Federal Mahkemesinin* 14/7/1955 ta.'li kararında (bak : İFMK. cilt 3, s. 12 - 13) aynen şöyle denilmektedir : «Devamlı bir şekilde ve sırasile iki ayrı yerde oturan şahsın ikametgâhı, daha ziyade kuvvetli bağlarla bağlı bulunduğu mahaldir. İş yeriyle ailesinin bulunduğu yer ayrı olan bir aylıkçının ikametgâhı —boş zamanlarda muntazaman orada bulunduğu takdirde— ailesinin mukim olduğu yerdir. Finaenaleyh İsviçrede bir âmme eğitim müessesesinde öğretmenlik yapan, orada siyasi haklarını kullanan, vergilerini ödeyen... Fakat hafta sonunu Almanya'da ailesinin yanında geçiren kimsenin İMK.'nun 23. (TMK.'nun 19.) maddesinin anladığı mânada ikametgâhı Almaya'dadır». Bununla beraber, gine İsviçre *Federal Mahkemesine* göre (bak : *Velidedeoğlu H.V.*, Türk Medenî Hukuku I, cüz 2, Şahsın Hukuku, 6. bası — İstanbul 1960 —, s. 95 not 19), «şahsın ikametgâhı mutlaka ailevî münasebetlerinin toplandığı yer değildir. Meslek ve sanatını icra ettiği yerdeki faaliyetleri, ailesinin oturduğu yerdeki faaliyetlerinden daha esaslı, toplu ve önemli ise...» ikametgâhın tayininde, meslekî münasebetlerin merkezi haline gelmiş bulunan yer göz önünde bulundurulur.

Şahsın meskeninin orada bulunması -meselâ, tutukluluk sebe-
bile- iradî olmasa da, *sakin olunan yer* ikametgâh sayılabilir.

ta. 5/10/1961

JdT 1962 I 233 (= BGE 87 II 213).

12) Şahsiyetin korunması.

İMK. mad. 28 — TMK. mad. 24

Bak : aşağıda no. 13, 19.

13) Şahsiyet haklarına tecavüz.

İMK. mad. 28; İBK. mad. 20, 41/II — TMK. mad. 24; TBK.
mad. 20, 41/II

... Özel bir şahsın veya bir özel hukuk şahıs topluluğunun,
idare tarafından açıkça müsaade olunmuş *bir faaliyetin icrası im-
kânını kısıtlayan kararı*, şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eder.
Böyle bir *tecavüzü* hâkimin, ister İMK.'nun 28. (TMK.'nun 24.)
maddesi ile İBK.'nun 41. maddesinin II fıkrasına (TBK.'nun 41. mad-
desinin II. fıkrasına) göre, ister İBK.'nun 20. (TBK.'nun 20.) mad-
desine göre *durdurma* (men) yetkisi vardır.

ta. 27/9/1960

JdT 1961 I 182 (= BGE 86 II 201).

14) Adın korunması (genel olarak).

İMK. mad. 29 — TMK. mad. 25

Bak : aşağıda no. 15, 19.

15) Adın gasbı.

İMK. mad. 29/II — TMK. mad. 25/II

Ad üzerindeki hakka sadece, *başkasının ismini değiştirmeksi-
zin* kullanan şahıs tarafından değil, fakat isim hâmilinin önemli
menfaatlerini zedeleyecek nitelikte *karışıklık yaratmaya elverişli*
bir adı alan ve taşıyan kimse tarafından da tecavüz edilmiş olur
(BGE 80 II 145, JdT 1955 I 38; 80 II 284/285, 1955 I 325).

ta. 26/11/1964

JdT 1965 I 262.

*Bir adın haksız olarak, bir eşyayı belirtmek için kullanılması-
nı* ve özellikle bir dergiye isim olarak verilmesini adın gasbı ola-

rak nitelendirmek gerekir (14) (BGE 80 II 140, JdT 1955 I 36; BGE 87 II 111, JdT 1961 I 590'daki karar özeti)

ta. 26/11/1964

JdT 1955 I 262.

16) Çocuğun soyadının değiştirilmesinde velâyet kendisinden alınmış bulunan babanın dinlenmesi.

İMK. mad. 30/I — TMK. mad. 26/I

Boşanma sonucu kendisinden velâyet alınmış bulunan baba, kaide olarak, çocuklarının soyadlarının değiştirilmesi için yapılan talebin dayandığı gerekçeyi öğrenmek ve kendi görüşünü yetkili merci önünde savunmak hakkına sahiptir; sadece muvafakatinin istenilmesi yeterli değildir... Babasının adını taşımak sadece çocuk için bir hak değildir; fakat çocuklarının, kendisinininkinden başka bir adı almamaları da baba için bir hakdır. Bu sebep dolayısıyla... çocuk namına, soyadının değiştirilmesi talep olunduğu takdirde (15), babanın menfaatlerini de göz önünde bulundurmamak ve babaya bu talep karşısında vaziyet alma imkânını tanımak gerekir.... Çocuğun adının değiştirilmesi talep olunduğu takdirde, yetkili merci önünde babanın da dinlenmesi gerektiği defalarca hükme bağlanmıştır (BGE 83 I 239 ve orada anılan kararlar, JdT 1958 I 27). İçtihatlar ancak, babanın bulunduğu yerin bilinmemesi ve talepte bulunan şahısla yetkili merciin kendilerinden beklenen bütün gayreti göstermiş olmalarına rağmen babanın bulunduğu yeri tesbit edememiş olmaları halinde veya ivedilikle talebi sonuçlandırmak gerektiği takdirde bu prensibe *istisna* tanımaktadırlar (BGE 83 I 239, JdT 1958 I 27; mayıs 1956 tarihli yayınlanmamış Vogel kararı, mül. 2 ile 16 Mart 1960 tarihli yayınlanmamış Cavaglieri kararı).

ta. 10/7/1963

JdT 1964 I 107 (=BGE 89 I 153).

(14) Adın bir eşyayı belirtmek için kullanılmasının ve özellikle bir dergiye isim olarak verilmesinin adın gasbını mı, yoksa şahsiyet haklarına tecavüz mü teşkil ettiği ve bu konuda kabul edilecek çözümün pratik sonucu hususunda bak : *Ataay A.*, Medeni Hukuk Uygulama Çalışmaları I, 2. bası (İstanbul 1966), s. 89 is.

(15) Yukarıki kararın ilgili bulunduğu olayda, boşanmadan sonra velâyetleri anaya bırakılmış olan çocukların, babalarının soyadını bırakarak analarının soyadını almaları istenilmiştir. Karının çocukları ile aynı soyadını taşıyabilmesi için çocukların soyadlarının değiştirilmesinin istenilmesi — adın değiştirilmesini haklı gösteren başkaca bir sebep bulunmadıkça (bak : *Ataay*, yukarıda not 11'de a. g. e., 151 is.) — adın değiştirilmesine yol açmağa elverişli sayılmamalıdır (bak : SJZ XXV 117).

17) Adın değiştirilmesine itiraz.

İMK. mad. 30/III - TMK. mad. 26/III

İMK.'nun 30. (TMK.'nun 26.) maddesine göre, bir şahsın adının değiştirilmesinden zarara uğrayan kimse bir yıllık süre içinde mahkemeye müracaatla itirazda bulunabilir (16). Mahkeme içtihatlarına göre *bu hak, değişikliğin konusunu teşkil eden yeni adı taşımakta olan kimseye tanınmıştır*; yoksa, eski adın terk edilmesine engel olmak isteyen diğer bir şahsa tanınmış değildir (BGE 76 II 339 mül. 1, JdT 1951 I 388).

ta. 10/7/1963

JdT 1964 I 107 (= BGE 89 I 153).

18) Hükmi şahısların dâva ehliyeti - âdi ortaklık.

İMK. mad. 60, 62 - TMK. mad. 53, 55; HUMK. mad. 38

Kanunda özellikle belirtilen istisnalar ... dışında, sadece hakikî ve hükmi şahıslar yargı mercilerinde *dâva açmağa ve savunmada bulunmağa* ehlidirler. Özellikle dernekler ancak, hükmi şahsiyet kazanmış oldukları takdirde (bak: İMK. mad. 60 - TMK. mad. 53) dâva açabilirler, daha önce âdi ortaklık hükmündedirler (İMK. mad. 62 - TMK. mad. 55).

ta. 10/11/1964

JdT 1965 I 201 (= BGE 90 II 333).

19) Şahsiyetin genel olarak korunmasından ve özellikle adın korunmasından hükmi şahısların yararlanması.

İMK. mad. 28, 29, 53 — TMK. mad. 24, 25, 46

L. G. Derneği, ideal amaçlı bir dernek (İMK. mad. 60/I — TMK. mad. 53/I) olarak, bütün hükmi şahıslar gibi, şahsiyetin genel olarak korunmasından (İMK. mad. 53 — TMK. mad. 46, İMK. mad. 28 — TMK. mad. 24 ile birlikte) ve İMK.'nun 29. (TMK.'nun 25.) maddesine göre de özellikle ad üzerindeki hakkın korunmasından yararlanır (17) (BGE 42 II 317, JdT 1916 I 658; 44 II 86,

(16) Adın değiştirilmesine itiraz, sadece hakikî şahıslar tarafından değil, fakat hükmi şahıslar tarafından da yapılabilir (bak: JdT 1947 I 2 is).

(17) «İsviçre Medeni Kanununun 53. (TMK.'nun 46.) maddesine göre hükmi şahıslar cins, yaş, hısımlık gibi insanın tabii varlığından ayrılması mümkün olmayan haklardan gayri bütün hakları iktisap edebilirler. İsviçre Medeni Kanununun 29. (TMK.'nun 25.) maddesinin II. fıkrasına göre hükmi şahıslar, adlarının kendilerini belirtmekten başka bir husus için üçüncü şahıslarca kullanılmasına muhalefet edebilirler (BGE 76 II 91)» 9/3/1954 ta.'li İsviçre Federal Mahkeme kararından (İFMK., cilt 1 - 2, s. 9).

1918 I 510; 80 II 140, 1955 I 35/36; 80 II 284, 1955 I 325; 83 II 255, 1958 I 134).

ta. 26/11/1964

JdT 1955 I 262.

20) Dernek - âdi ortaklık.

İMK. mad. 60, 62 — TMK. mad. 53, 55

Bak : yukarıda no. 18.

21) Derneğin kuruluş şartları.

İMK. mad. 60 — TMK. mad. 53

Bir derneğin kurulmuş sayılabilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Bu şartların bulduklarını kabul edebilmek için sadece, *tüzüğün yazılı olarak tesbiti* ve bu tüzüğün derneğin amacı, gelir kaynakları ile teşkilâtı hakkında *gerekli hükümleri ihtiva etmesi* (İMK. mad. 60/II — TMK. mad. 53/II) yeterli değildir. Fakat bundan başka, «tüzüklerinde *dernek olarak kurulma iradesi*» de açıklanmış olmalıdır (İMK. mad. 60/I — TMK. mad. 53/I). Derneklerin şahsiyet kazanması ancak, bu suretle mümkündür.

ta.11/9/1962

JdT 1963 I 109 (= BGE 88 II 209).

22) Amacına ulaşmak için ticarî şekilde sanat icra eden derneklerde tescilin mahiyeti.

İMK. mad. 61/II — TMK. mad. 54/II

... Amacına ulaşmak için ticarî şekilde sanat icra eden dernek, İMK.'nun 61. maddesinin II. fıkrasına (TMK. mad. 54/II'ye) göre kendisini sicile kaydettirmekle yükümlüdür; bunun yapılmamış olmasının *şahsiyetin kazanılması üzerinde olumsuz bir etkisi yoktur.*

ta. 11/9/1962

JdT 1963 I 109 (=BGE 88 II 209).

23) Derneğin hükmi şahsiyet kazanması.

İMK. mad. 60 — TMK. mad 53

Bak : yukarıda no. 18, 21 22 ve aşağıda no. 24.

24) Derneğin hükmi şahsiyet kazanmasına engel teşkil eden iktisadî amaç.

İMK. mad. 59/60, 62 — TMK. mad. 52/53, 55.

Federal Mahkeme *yerleşmiş içtihatları* ile iktisadî topluluklara dernek olarak örgütlenme imkânını tanımakta ve sadece ticarî şekilde bizzat sanat icra eden şahıs topluluklarını bundan mahrum saymakta idi (JdT 1935 I 66, BGE 62 II 32 is., JdT 1936 I 354 is., BGE 72 I 324 is., JdT 1947 I 567 is.)...

11 Eylül 1962 tarihinde Miniera dâvasında *Federal Mahkeme daha önceki içtihadını bırakarak*, üyelerinin ortak iktisadî menfaatlerini koruma amacı güden toplulukların amaçlarının ideal değil, fakat tamamen iktisadî olması sebebiyle dernek olarak kurulamayacakları sonucuna varmıştır (BGE 88 II 209, JdT 1963 I 109). Karar, fiyatları ve teslim şartlarını tesbit hususunda anlaşmış bulunan ve demir ticareti ile uğraşan toptancıların kurdukları derneği istihdaf etmekte idi. Bu içtihat değişikliği *Liver* tarafından onaylanmış (RJB 99 (1963), s. 336 is.), fakat başka yazarlar tarafından tenkit edilmiştir (*Piotet*, JdT 1963 I s. 98 is.; *Pellet*, *Le but non économique et l'association*, thèse de Lausanne 1964; *Briner*, *Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände*, in *wirtschaft und Recht*, 1964 s. 73 is.).

...*Daha önce yerleşmiş bulunan içtihadı dönülmesi* zorunu duyulduğundan, bundan sonra bir dernek — hükmî şahsiyet kazanmasına engel teşkil eden — iktisadî bir amaca ancak bizzat kendisi ticarî şekilde sanat icra ettiği takdirde sahip sayılacaktır. Buna karşılık, genel ekonomik amaçlar üzerinde anlaşmış bulunan topluluklar, bizzat kendileri böyle bir faaliyet icra etmedikleri takdirde, dernek olarak kurulabileceklerdir (18).

ta. 10/11/1961

JdT 1965 I 201 (= BGE 90 II 333).

25) Dernek tüzüğünün yorumu.

İMK. mad. 2, 63 — TMK. mad. 2, 56

Bak : yukarıda no. 2.

26) Derneğin amacının değiştirilmesi (kavram).

İMK. mad. 74 — TMK. mad. 67

İMK.'nun 74. (TMK.'nun 67.) maddesine göre dernek amacında değişiklik yalnız, *derneğin bir başkasını seçmek için amacını terk etmesi halinde değil*, fakat BGE 52 II 175 is. (JdT 1926 I 2)'

(18) İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararı ile ilgili olarak bak : *Piotet*, *Retour à la jurisprudence traditionnelle sur le but non économique des associations* (JdT 1955 I 194 is.).

deki kararda olduğu üzere, *buna yeni bir amaç eklemesi veya amaçlarından birini bırakması* halinde de söz konusu olur. Dernek amacının bu tarzda genişletilmesi veya sınırlandırılması, derneğin karakterini öyle derinden değiştirebilir ki, bu durum, dernek amacının terk olunması ile aynı yola çıkar ve gerçekten İMK.'nun 74. (TMK.'nun 67.) maddesine göre bir değişiklikten söz edilebilir (bak: *Egger*, İMK. mad. 74 no. 2). *Hafter*'in görüşüne (no. 2) gelince : Dernek amacı değiştirilmiş sayılabilmek için, o âna kadar güdülen temel amacın bırakılarak başka bir amacın alınması gerekir. Federal Mahkeme BGE 52 II 175 (= JdT 1926 1 2) deki kararından beri bu görüşü kabul etmemektedir.

ta. 13/12/1960

JdT 1961 290 (=BGE 86 II 389).

27) Dernek amacının değiştirilmesine ilişkin karara üyenin itiraz hakkı.

İMK. mad. 74, 75 — TMK. mad. 67, 68

Öğretide az yaygın bulunan görüşün (*Hafter*, 1. bası 1910, İMK. mad. 74 no. 6 - 8; E. *Curti*, Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem schweiz. ZGB, Dissertation Zürich 1953, s. 80, 81) aksine olarak, İMK.'nun 74. (TMK.'nun 67.) maddesinin dernek amacının değiştirilmesine ilişkin kararı üyenin kabule mecbur edilemeyeceği tarzındaki hükmü, sadece, *amaç değişikliğini onaylamayan üyelerin* herhangi bir formaliteye ve süreye uymaksızın *dernekden ayrılacakları* veya hiç değilse *giderim* (tazminat) *isteyebilecekleri* anlamını taşımamaktadır. Federal Mahkemenin ayrıntılı olarak gerçekleştirdiği bir kararında (BGE 52 II 179, mül. 2, JdT 1926 I 2) hükme bağladığı üzere, dernek amacını değiştiren karara karşı, bu kararın alınmasına katılmamış bulunan üyelerden her biri *mahkemeye müracaatla itiraz* da bulunabilir.

ta. 13/12/1960

JdT 1961 290 (= BGE 86 II 389).

28) Dernekden çıkarılma (ihraç).

İMK. mad. 72 — TMK. mad. 65

Bak : yukarıda no. 3'de sonuncu karar

29) Dernekden çıkarılma (ihraç) kararına karşı yapılacak itirazın bağlı bulunduğu sürenin başlangıcı.

İMK. mad. 75 — TMK. mad. 68

İMİK.'nun 75. (TMK.'nun 68.) maddesi uyarınca üye, kanuna veya dernek tüzüğüne aykırı bir kararı iptal ettirmek amacıyla açacağı dâvayı, söz konusu kararı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde ikame etmelidir... İsviçre Medenî Kanununun 1900 tarihli Ön Tasarısı, dernekden çıkarılma (ihraç) kararına karşı, bu kararın bildirildiği ândan itibaren bir ay içinde dâva açılması gereğini açıkça belirten —lüzumsuz sayıldığı için sonradan metinden çıkarılan— özel bir hüküm ihtiva etmekte idi (mad. 89/II; bak : BGE 51 II 239, JdT 1926 I 100)...

Dâvayı kazanma ihtimali üzerinde bir kanaat sahibi olabilmesi için, dernekden çıkarılan üyenin, sadece çıkarılma (ihraç) olayını öğrenmesi yeterli değildir; ayrıca, böyle bir kararın alınmasına yol açmış bulunan sebepleri etraflı surette öğrenmiş bulunmalıdır. Şu halde, tarzı ne olursa olsun —genel kurula katılma, yönetim kurulu tarafından yapılan ihbar veya başka herhangi bir bildirim sonucu— *üyenin çıkarılma (ihraç) kararını etraflı olarak öğrendiği tarihten itibaren* kanunda belirtilen süre işlemeğe başlar.

ta. 23/10/1964

JdT 1955 I 258 (=BGE 90 II 346).

K I S A L T M A L A R : a. g. e. = Adı geçen eser. — Bak. = Bakanlık. — BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. — HD. = Hukuk Dairesi. — HGK. = Hukuk Genel Kurulu. — HUMK. = Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. — İBD. = İstanbul Barosu Dergisi. — İBK. = İsviçre Borçlar Kanunu. — içt. bir. kararı = İçtihatı birleştirme kararı. — İFMK. = Notlu - Sistematik İsviçre Federal Mahkemesi İle Kanton Mahkemelerinin Medenî Hukuk Kararları, cilt 1 - 2 (Ataay/Kocayusufpaşaoğlu/Sungurbey/Kaniti), İstanbul 1958; cilt 3 (Ataay/Kocayusufpaşaoğlu/Aybay/Sungurbey/Kaniti), İstanbul 1959. — İMK. w İsviçre Medenî Kanunu. — is. = İle sonrakiler. — JdT. = Journal des Tribunaux. — mad. = Madde. — mü. = Mü'âhaza. — no. = Numara, — RG. = Resmî Gazete. — RDK. = Resmî Kararlar Dergisi. — s. = Sayfa. — sa. = Sayı. — SI = Son İçtihatlar (Dergisi). — SJ. = La Semaine Judiciaire. — SZJ. = Schweizerische Juristen - Zeitung. — ta. = Tarih. — TBK. = Türk Borçlar Kanunu. — t. çev. = Türkçeye çeviren. — TD. = Ticaret Dairesi. — TİK. = Saymen/Erman/Elbir, Türk İçtihatlar Külliyyatı. — TMK. = Türk Medenî Kanunu. — TYK. = Tatbikatta Yargıtay Kararları (Dergisi). ZBJV. = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.