

# ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN AHLAKA AYKIRILIK SEBEBİLE İPTALİ KONUSUNDA, İSVİÇRE MAHKEME İÇTİHATLARINDA GÖRÜLEN GELİŞME VE TEMAYÜLLER

Prof. Dr. Zahit İMRE

I. — Bilindiği üzere, iptal davası açılarak mahkemeden karar alınmak suretile ölüme bağlı tasarrufların iptal edilebileceği hâl ve sebepler, Medeni Kanunumuzda (mad. 499-500) tahdidî olarak belirtilmiştir. Bu sebeplerden birisi de, kanun, ahlâk ve âdaba aykırılıktır. Keza, ölüme bağlı tasarrufun tâbi kılındığı şart ve mükellefiyetin kanuna ve ahlâka aykırı olması da, şart ve mükellefiyetle birlikte, ölüme bağlı tasarrufun da iptalini gerektiren bir talep ve dava hakkı verir (Medeni Kanun mad. 462).

İsviçre mahkeme içtihatlarında gördüğümüz ve bu yazımızda bahis konusu etmek istediğimiz mesele, evli bir kimsenin eşinden gayrı bir şahısla olan yaşayışının ve cinsi münasebetlerinin ve bununla doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olarak yapılan ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık sebebiyle iptalinin kabil olup olmaması konusunda husule gelen gelişmedir.

Bu hususta, İsviçre Federal Mahkemesinin iki kararını esas olarak arzedeceğiz. Buna ilişkin olarak, diğer bazı İsviçre mahkeme kararlarına da temas edeceğiz.

1947 tarihli Federal Mahkeme Kararında bu mevzua ait bazı kaideler konmuştur. 1959 tarihli ikinci kararda ise, bu esas ve kaidelerin bazılarında ayrılınmıştır.

**II. — Birinci karar :** BGE 73 II 15 = Jdt., 1947, I, p. 434 et sv. (1)

Dul bir kadın olan miras bırakan, vasiyetnamesinde, kanunî mirasçı olan kardeşlerinin mahfuz hisselerini almalarını, geriye kalan mallarının «müstakbel eşi sevgili Bay (X) e» kalmasını, keza evinin, mobilyasının, gümüş takımlarının, bütün eşyasının da nişanlısı Bay (X) e ait olacağını bildirmiştir. Bay (X) evli olup, karısından

(1) BGE = Bundesgerichtsentscheidungen (Federal Mahkeme kararları külliyatı), Jdt = Journal des Tribunaux (Lausanne).

mahkeme kararı ile ayrı yaşamaktadır. Bu şahıs bu arada, miras bırakan dul bayanı yıllardanberi muntazaman ziyaret etmiş ve bazı zamanlar da onun evinde oturmuş, geceyi de birlikte geçirmiştir. Vasiyetçi kadının ölümünden sonra, Bay (X) karısı ile barışmış ve onun yanına dönmüştür. Buldukları yerin mahalli gazetesi olan «Volksstimme» de, bu konu ile ilgili bir yazı yayınlanmış ve olay bir dedikodu olarak halka duyurulmuştur. O ana kadar durumu bilmeyen diğer mirasçılar, bunun üzerine, Bay (X) lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların ahlâka aykırılık sebeble iptalini talep ve dava etmişlerdir. Mahalli mahkeme iptal davasını reddetmiştir. Daha üst bir merci olan St. Gall Kanton Mahkemesi ise, davayı kabul etmiştir. Bu mahkemeye göre, kadının yaptığı vasiyetnamenin hataya (nişanlısının evli olduğunu bilmemesine) müstenit olduğu söylenemezse de, bunun muhtevası, MK. mad. 499, bent: 3 manâsında, hukuka, ahlâk ve âdâba aykırıdır. Zira vasiyetçi kadın, ölüme bağlı tasarrufunu, zina teşkil eden veya zina teşkil etmese bile evlilik kavramına ve ahlâk ve adâba açıkça aykırı olan bir münasebetin varlığı sebeble tanzim etmiştir.

Bu davanın son safhasında gitmiş olduğu yüksek mahkeme olan Federal Mahkeme ise bu kararı bozmuştur.

Federal Mahkemeye göre, evli bulunan taraflardan birinin evliliğini sona erdirmesi düşüncesine dayandırılan bir nişanlanma, evlilik birliğinde cāri sadakat ve bağlılık vecibesine ve ahlâk ve adâba aykırıdır ve hükümsüzdür. Vasiyetçi kadının, yapılmış olan bu evlenme vaadi sebile vasiyetnamesini tanzim ettiği süphesizdir. Ancak, ölüme bağlı tasarruf, yalnız saiki sebeble ahlâka aykırı sayılmaz. Böyle bir sonuca varabilmek için, bizatihi tasarrufun ahlâka aykırı olması veya vasiyetçinin böyle bir neticeyi istemiş bulunması veya hiç olmazsa bunu göz önünde tutmuş ve tasvip etmiş olması lâzımdır.

Gene Federal Mahkemeye göre, davacıların varlığını iddia ettikleri zina durumu ispat edilememiştir. Erkeğin yaptığı ziyaretler ve kadının evinde kalmaları, zinanın sübutu için kâfi görülmemiştir. Federal Mahkemeye göre, vasiyetçi, Bay (X) in meşru evliliğini bozdurmak veya hiç olmazsa evlilik kavramına aykırı olarak münasebetini devam ettirmek gayesini takip ederek vasiyetnamesini yazmış olsaydı, bu tasarruf ahlâk ve adâba aykırı olurdu. Vasiyetçinin bu ihtimali derpiş etmiş olması veya vasiyetinin böyle bir sonucu elde etmeye yarayacağını düşünmüş bulunması hâlinde, tasarruf hükümsüz olur. Böyle bir gayenin veya ihtimalin gerçekleşebilmesi için, vasiyetçinin yapmış olduğu vasiyetnameden ve ihtiva

ettiği başlıca hükümlerden münasebette bulunduğu dostunu bunun yazılmasından evvel veya sonra haberdar etmesi gerekir. Çünkü vasiyetnamenin hazırlanması, bu kimseyi şüphesiz vasiyetçiye daha fazla bağlayacak mahiyettedir, diğer taraftan bu şahsın vasiyetnameden haberdar bulunmaması hâlinde, vasiyetnamenin onun kararları üzerinde hiç bir tesiri olamaz.

Federal Mahkeme bu gerekçelerle Kanton Mahkemesi kararını bozmuş ve koyduğu esaslar dahilinde davanın yeniden görülmesi icap ettiğini beyan etmiştir.

**İkinci karar :** BGE 85, II, Jdt., 1960, I, p. 198 et sv.

1916 yılındanberi evli olan vasiyetçinin bu evlilikten doğan bir kızı vardır. 1927 tarihinde karısı ile arasında geçimsizlik çıktığından, bu tarihten itibaren vasiyetçi diğer bir kadınla birlikte yaşamaya başlamıştır. Bu münasebeti 1941 yılında öğrenen karısı, buna karşı çok sert tepki göstermiştir. Bu sıralarda geçimsizlik sebebine dayanarak kocanın açtığı boşanma davası başarıya ulaşamamış ve 1949 yılında Federal Mahkeme tarafından reddolunmuştur. 1944 yılında metresi ile ilgisini kesen vasiyetçi, aynı yıl S. K. adlı diğer bir kadınla münasebet kurmuş, bir apartıman katı döşeyerek onunla birlikte karı-koca gibi yaşamaya başlamıştır. Bu müşterek hayat miras bırakanın 18 Mart 1958 tarihindeki ölümüne kadar devam etmiştir.

Vasiyetçi 20 Aralık 1950 tarihli vasiyetnamesinde, S. K. nın kendisine karşı yaptığı iyilikleri sayarak, onun sadık ve vefakâr bir hayat arkadaşı olduğunu belirtmek suretile, muhtelif eşyası ile birlikte 35 bin frankın ona verilmesini vasiyet etmiş, kızını mirasçı nasbettiğini ve onun bu vasiyeti ifa ile mükellef olduğunu bildirmiştir. Vasiyetçi, 12 Mart 1952 de yaptığı ek tasarrufta, bütün şahsî eşyasını ve otomobilini S. K. ya bırakmıştır. 1955 yılında, vasiyet miktarını 35 bin franktan 50 bin franka yükseltmiş, nihayet 1957 yılında şu tasarrufları ilâve etmiştir: «karımdan ayrı yaşamak zorunda kaldığımdanberi Madame S. K. bana hayatımı devam ettirebilmek imkânını vermiştir, ona derin şükran ve minnet borçluyum ve ölümümden sonra her hangi bir suretle, bhusus tanzim etmiş olduğum vasiyetlerin mirasçılarım tarafından anlaşmazlık konusu hâline getirilmesi suretile, S. K. nın iz'âç edilmesini istemiyorum. Ölümümden sonra, karım veya kızım veya onlar namına veya onlara yaranmak maksadı ile hareket eden diğer şahıslar, S. K. ya güçlük çıkaracak olurlarsa, kızım yalnız mahfuz hissesini alacaktır ve bütün mallarım üzerinde S. K. mirasçım olacaktır». Muris ayrıca kı-

zina yazdığı mektupta, karısı ile olan anlaşmazlıklarını anlatmış ve ondan acı bir şekilde şikâyet etmiştir.

Müteveffanın karısı ve kızı, zina münasebetinin mükâfatlandırılması mahiyetinde gördükleri vasiyetin ahlâka aykırılık sebeble iptalini talep ve dava etmişlerdir. Gerek Neuchâtel Kanton Mahkemesi, gerek Federal Mahkeme davayı reddetmişlerdir.

Evvela, vasiyetçinin kızını şarta bağlı olarak mirasçı nasbetmesi, şart gerçekleşmediği takdirde onun miras hakkını mahfuz hissesi seviyesine indirmesi konusunda, Neuchâtel Mahkemesi kararında olduğu gibi, Federal Mahkemeye göre de, vasiyetçinin hiç bir sebep göstermeden kızının miras hakkını mahfuz hissesi miktarına indirmeye selâhiyeti vardır, keza vasiyetçi böyle bir indirmeyi kızının muayyen bir hareket tarzında bulunması, ezcümle bir hakkı kullanmaması şartına bağlı kılabilir. Fakat bir muamelenin hukuka veya ahlâka aykırı olduğunun tesbit ettirilmesini önleyecek her şart, ahlâka aykırı durumun muhafazasını sağlar. Bu itibarla, kızın iptal talebinde bulunmamakla mükellef kılındığı tasarruflar bizatihi ahlâka aykırı iseler, vasiyetnamede konan kızın miras hakkının azaltılmasına ilişkin şart da ahlâka aykırıdır ve 499 uncu madde manâsında hükümsüzdür. Diğer taraftan, vasiyetin muteberliği, şarta bağlı indirmenin de muteberliği sonucunu doğurur, bu hâlde, kızın miras payının azaltılması şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Federal Mahkemeye göre, bizatihi ölüme bağlı tasarruf veya bunu takyit eden şartlar ahlâk ve adâba aykırı olduğu takdirde, ölüme bağlı tasarruf hükümsüzdür. Tasarrufun yalnız saiki sebeble bu sonuca varılamaz. Bunun için, bizzat tasarrufun böyle olması veya vasiyetçinin bu neticeyi istemiş bulunması veya hiç olmazsa bunu göz önünde tutmuş ve tasvip etmiş olması lâzımdır. Vasiyetçi vasiyetnamesini yazarken lehine tasarruf yaptığı kimsenin kendisile nişanlanması veya meşru eşi ile evliliğini bozması veya hiç olmazsa evlilik mefhumuna aykırı olarak bununla münasebetini devam ettirmek gayesini gütmesi veya ölüme bağlı teberünün böyle bir neticeye ulaşacağını veya böyle bir sonuç elde etmeye yarayacağını düşünmesi hâlinde tasarruf hükümsüz olurdu. Federal Mahkemeye göre, yegâne saikin S. K. ile olan zina münasebetinin devamı olmadığı şüphesizdir. Evli olan eşler arasındaki ayrılığın başlıca sebebi olmayan ve dokuz yıldan fazla süren bu müşterek hayatta, kadın evvelâ bir eş ve sonraları da hasta bir ihtiyarın vefakâr bir dostu ve hasta bakıcısı durumuna girmiştir, vasiyetçi ile evlenmesine imkân bulunmamasına rağmen, hayatını ona bağlayan ve çalıştığı işini de bu sebeple terkeden 31 yaşında bir kadına karşı va-

siyetçi mânen ve ahlâken kendini borçlu hissetmiş, geniş malî imkânları da bulunduğundan, onun geleceğini maddi bakımdan sağlamak istemiştir.

III. — Federal Mahkemenin bu kararlarından çıkan sonuçlara ve kararlar arasındaki farklılara dokunmadan önce, ölüme bağlı tasarrufların iptalini gerektiren ahlâk ve adâba aykırılık konusu üzerinde kısaca duralım.

Ahlâk oldukça muğlak bir kavramdır. Hukuk felsefesi bakımından incelenmesi konusuna girmeksizin, bunun mevzuunun ve hudutlarının zaman ve mekâna göre tayyün ettiğine ve gene buna göre değiştiğine işaret etmek gerekir. Ahlâk, esas itibari ile, sübjektif bir kavramdır ve müeyyidesi vicdanîdir. Yapılan bir fiilin veya muamelenin ahlâka uygun veya aykırı bulunduğu, bizzat bunu yapan kimse tarafından takdir edilmek ve onun vicdanında tartılmak icap eder. Fakat hukuk nizamı, sübjektif bir mefhum olan ahlâka, objektif bir hüviyet vermiştir. Bu sebeple, manevi ve vicdanî vasıfları haiz bulunan ahlâk kavramında objektif bir takım hudut ve kıstasların bulunması gerekmektedir. Bu da, muayyen bir toplumda veya belli bir mahalde ve muayyen bir zamanda cari cemiyet hayatının kaide ve teamülleri ile taayyün eder. Kanun vâzımızın, Borçlar Kanunu mad. 19 da ve Medeni Kanun mad. 462 ve mad. 499 da, bu konuda, yalnız «ahlâk» terimini kullanmayarak, «umumi âdâba aykırılık» tabirini kullanması da bunu ifade etmektedir.

Ahlâk ve âdâba aykırılık kavramı, bazı hâllerde şahsiyet haklarının ihlâli (MK. mad. 23), bazı hâllerde de hukuka aykırılık kavramları ile tedahül edebilir.

Evvelâ, Federal Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, tasarrufun veya bunun bağlı bulunduğu şart ve mükellefiyetin doğrudan doğruya mevzuu ahlâka aykırı olabilir.

Keza, tasarruf veya buna bağlı şart ve mükellefiyet bizatihi ahlâka aykırı olmamakla beraber, bu muamele ile takip edilen gaye ahlâk ve âdaba aykırı olabilir. Bu da, muamelenin iptalini gerektirir. Mevzuumuz bakımından bu bilhassa evlilik dışı cinsi münasebetlerin ve serbest birleşmelerin tesisi veya devam ettirilmesi maksadı güden muamelelerde görülebilir. Bu şekilde davranan veya böyle bir davranışa sevkolunan kimse ile evli ise, bu aynı zamanda hukuka da aykırıdır. Zira bununla ceza hukuku bakımında şikâyete bağlı bir suç olan zina fiili ika edilmiş olacağı gibi, ayrıca medeni hukuk aç-

sından evlilik vecibelerinin ihlâli sonucu da meydana gelir (2). Evli şahıslar lehine yapılan bağışlamalar veya vasiyetler hukuka ve ahlâka aykırı olmayabilir. Fakat bunlar vasıtası ile hukuk veya ahlâk ile bağdaşamayan gayeler takip edilirse ve bu bakımdan caiz olmayan sonuçlara varılırsa, mesela evlilik birliğinin yüklediği sadakat mükellefiyeti ihlâl edilirse veya mevcut evlilik bu sebeple boşanmaya müncer olursa, bu takdirde, ahlâk ve âdâba aykırılık sebeble ölüme bağlı tasarrufun iptali yoluna gidilebilir (3).

Keza, lehine bağışlama veya vasiyet yapılan şahsı bir fiil ve harekete zorlayan, tasarruf, şart ve mükellefiyetler de ahlâka aykırı sayılabilirler. Buradaki ahlâka aykırılık, şahsiyet haklarının ihlâli kavramı ile birleşir. Medeni Kanunumuzun 23 üncü maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, hak ve hürriyetler umumî âdâba (ahlâka) aykırı bir şekilde tahdit edilemezler. Dr. Fikret Eren'in doktora tezinde söylediği gibi (4), herkes kendi irade ve kararı ile yalnız belirli ölçüde hürriyetlerini sınırlayabilir, bu hürriyetlerin tahdidi kazanç sağlamak maksadı ile hukukî muamelelerin mevzuu olamazlar, bunlar üçüncü şahsın tesiri olmaksızın, şahsın serbest takdirine göre alınması gereken bir karar sonucu olmalıdırlar. Bu gibi kararlar başkasının vaat ettiği veya verdiği menfaatlerin tesiri altında alınmışsa, şahsa bağlı hak ve hürriyetler umumi âdâbâ aykırı olarak ihlâl edilmiş olurlar.

Şahsiyet haklarını ve hürriyetlerini umumi âdâba aykırı bir şekilde kayıt altına sokan şart ve mükellefiyetlere misal olarak, muayyen bir dini (5) veya devlet tâbiyetini kabul etmek veya bundan vaz geçmek, siyasi bir partiye girmek veya çıkmak, bir meslek seçmek, evlenmek veya boşanmak hususlarına ilişkin olarak konan şart ve mükellefiyetleri gösterebiliriz (6). Vasiyetçi ölüme bağlı tasarrufunda, mirasçı veya musalehin evlenmesini veya evlenmeme-

(2) Bunun dışında, zina bir boşanma sebebidir (MK. mad. 129), ayrıca aile hukukundan doğan mükellefiyetlerin ihlâli sebebi ile, bu mirastan iskat sebebi de teşkil edebilir (MK. mad. 457 bent: 2). Bu konuda tafsilât için bk., Türk Miras Hukuku adlı kitabımız, cilt: 1 (İst. 1960). sah. 396 ve müt.

(3) Bk., F. Eren, Türk Medeni Hukukunda ölüme bağlı tasarrufların iptali davası, doktora tezi, Ankara 1966, sah. 56.

(4) F. Eren, a. g. e., sah. 58.

(5) Vasiyetçinin evlât edinmiş olduğu bir kadının çocuğu lehine, bunun iyi bir katolik olarak yetişmesi suretile reşit olması şartına bağlı olarak yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık sebebi ile iptali konusunda bk, BGE 81, II, 22=Jdt., 1955, I, p. 584 et sv.

(6) Bk., F. Eren, a. g. e., sah. 58.

sini emretmiş olabilir. K. Oftinger'in dediği gibi (7), evlenme emri taliki bir şarttır, buna karşılık evlenme yasağı infisahi bir şarttır. Keza, evlenme veya evlenmeme emri kesin ve mutlak olarak verilmiş olabileceği gibi, yalnız muayyen bazı şahıslarla evlenmek veya evlenmemek zorunluluğunu koymak suretile nisbi bir mahiyet de arzedebilir. Miras bırakan, sağ kalan eşinin yeniden evlenmesini önlemek maksadı ile, evlenme yasağını buna da yükleyebilir. Böyle bir tasarrufa, doktrinde «dul kalma şartı» adı verilmektedir (8).

Evlenme yasağının ve genel olarak evlenmeye ilişkin olarak konan şart ve mükellefiyetlerin şahsiyet haklarına ve dolayısıyla ahlâka aykırı bulunup bulunmadıkları hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Bir kimsenin şahsiyet hakkının gerek üçüncü şahıslar ve gerek bizzat hak sahibi tarafından takyit olunamayacağı esassından hareket eden K. Oftinger'in bu gibi tasarrufların hükümsüz olduğunu savunan görüş tarzı, fikrimizce, mutlak olarak kabul edilemez (9). Bu prensip esasında doğru olmakla beraber, buna bazı istisnalar konması zaruridir. Her ne kadar şahsiyet haklarından feragat olunamaması veya bunun umumi âdâba aykırı bir tarzda takyidi caiz değilse de, bazı hâllerde muris objektif sebeplerle ve iyi düşüncelerle bu çeşit bir şart koymuş bulunuyorsa, bu muteber sayılabilir ve böyle bir tasarruf ahlâk telâkkileri ile bağdaşabilir (10). Çünkü muris bununla vukuu muhtemel kötülükleri önlemek gayesi gütmektedir. Bu konuda şöyle bir misal alabiliriz. Oğlunun veya kızının ahlâksız bir kimseye bağlılığını bilen murisin sırf bu şahsa ilişkin olarak koyduğu evlenme yasağı muteber telâkki olunabilir. Bunun gibi, miras bırakanın eşinin saf ve kolay aldatılabilir bir kadın olması hâlinde, buna bırakılan mallar tekrar evlenme hâlinde yeni koca tarafından tüketilebilir, bunu önlemek amacı ile, sağ kalan eş yeniden evlendiği takdirde tasarruf nisabına giren (mahfuz hisse dışındaki) malların geri verilmesi hakkında muris tarafından konan infisahi şart muteber sayılmak gerekir. Bu konuya ait bu gibi hâllerin dışındaki tasarruf, şart ve mükellefi-

(7) Bk., K. Oftinger, die Bedingungen hinsichtlich der Eheschliessung des Bedachten in einer Verfügung von Todes wegen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 71 (1935), s. 154.

(8) K. Oftinger, a. g. e., S. 154, 155; F. Eren a. g. e., sah. 59.

(9) K. Oftinger, a. g. e., S. 207 ff. Bu konuda keza bk., B. Herzer, erbrechtliche Auflagen und Bedingungen nach Art. 482 ZGB, Dissertation, Zürich 1942, S. 96 ff.

(10) Bk., Tuor, Kommentar zum Erbrecht, 2. Aufl. Bern 1952, Art. 482, Nr. 28 a; Escher, Kommentar zum Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 1959, Art. 482, Nr. 32 a; F. Eren, a. g. e., sah. 60.

yetler şahsiyet haklarına ve ahlâka aykırı ve bu sebeple hükümsüz sayılmak icap eder. Durumun takdiri hâkime aittir.

IV. — Muhtevalarını yukarıda belirttiğimiz iki Federal Mahkeme kararında, zina veya sadece evli bir kimsenin eşinden gayri bir şahısla evlilik hukukuna aykırı bir münasebeti ve bununla doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili ölüme bağlı teberrüleri bahis konusu olmaktadır.

Federal Mahkeme her iki kararında, bundan faydalanan şahsın vasiyetçi ile olan evlilik dışı münasebetinin, yapılmış olan vasiyetin yegâne saiki olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, yalnız saiki sebeble ölüme bağlı bir tasarrufun ahlâka aykırı olduğu söylenemez, bunun aksine bizatihi tasarruf ahlâka aykırı ise veyo vasiyetçi böyle bir ahlâka aykırı neticeyi istemişse (ahlâk ve âdâba aykırı gaye takip etmişse) veya hiç olmazsa bunu göz önünde tutarak tasvip etmişse, ancak bu takdirde, ahlâka aykırılık sebeble tasarrufun iptali bahis konusu olabilir. 1947 tarihli kararda, zina münasebetinin sâbit olmadığı gerekçesine dayanan Federal Mahkeme, 1954 tarihli kararında zina münasebetini kabul etmekte fakat bunun ölüme bağlı teberüün başlıca sebebi olmadığı, bilâkis karı-koca arasındaki geçimsizliğin ve ayrı yaşamının yıllardanberi devam ettiği, miras bırakanın S. K. ile yaşamasının yalnız cinsi münasebeti gerektiren bir serbest birleşme mahiyetinde olmayıp, kadının vasiyetçiye büyük bir bağlılık ve vefakârlık ile baktığı, hastalığında ona bir hasta bakıcı gibi ihtimam gösterdiği ve bu birlikte hayat sebeble işini bırakarak geleceğini tehlikeye koyan kadına karşı vasiyetçinin kendini borçlu hissettiği ve bu hâllerin de vasiyetnamenin tanziminde önemli tesiri bulunduğu kabul edilmektedir.

Bu İçtihat, İsviçrede P. Piotet tarafından tenkit olunmuştur. Bu hukukçuya göre, bütün bu gibi serbest birleşmelerde, cinsi istek ve ihtirasların yanında, diğer his ve saikler daima mevcut bulunacaktır (11). Diğer taraftan, 1959 tarihli kararında Federal Mahkemenin dayandığı, ölüme bağlı tasarrufun yapılmasının diğer bir saiki olan S. K. nın vasiyetçiye bir hasta bakıcı gibi ihtimam ve şefkatle baktığı hakkındaki gerekçesinin de kabulünün güç olduğuna işaret olunmuştur. Zira 1944 denberi devam eden müşterek hayatta, miras bırakanın hastalığı ve dolayısıyla S.K. nın hasta bakıcılığı 1956 yılında başlamıştır, ondan evvelki münasebet, serbest birleşme şeklinde karı-koca gibi bir yaşayıştır. Ayrıca, vasiyatna-

(11) P. Piotet, note de jurisprudence, Jdt., 1960, I, p. 202 - 203.



menin 1950 yılında tanzim olunduğu, bu esnada ise vasiyetçinin hasta bulunmadığı söylenmiştir (12).

Bu tenkitleri şu şekilde cevaplandırabiliriz. 1950 ve bunu takip eden yıllarda, vasiyetçiyi ölüme götüren hastalığı henüz başlamamış bulunsa bile, kendisinden çok yaşlı ihtiyar bir adamla birlikte yaşayan genç bir kadının, cinsî ilişkiye ilâveten, bu kimseye şefkatle bakmış olması, vasiyetnamenin tanziminin başlıca sebeplerinden biri olabilir. Bahusus meşru karısından boşanmak imkânını bulamayan ve onunla olan hayatı devamlı kavga ve kırgınlık teşkil eden ve bu sebeple huzurunu ve yaşama zevkini kaybeden vasiyetçinin, Madame S. K. nın yanında teselli bulmuş olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, Federal Mahkeme kararında açıklanan saik, değişik bir şekilde olsa bile, mevcut sayılabilir.

Fakat bu hususiyeti itibarı ile, 1959 tarihli karar, 1947 tarihli karardan ayrılmaktadır. 1947 tarihli kararda kabul olunan prensip, evli olmayan bir kimsenin zina teşkil etmeyen (cinsi münasebet ihtiva ettiği sâbit olmayan) bir bağlılığının saiki bulunduğu ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olmadığı merkezindedir. Bunun neticesi olarak, zina sâbit olduğu takdirde, tasarrufun ahlâka aykırılığı kabul edilmek icap edecektir. 1959 tarihli kararda ise, bu esastan inhiraf olunmuştur ve zinanın varlığına rağmen, bu konuda yapılan ölüme bağlı tasarrufun ahlâk ve âdâba aykırılık sebeble iptal edilememesi ihtimali de açıklanmıştır.

Bu iki karar arasındaki diğer önemli bir fark da şudur. 1947 tarihli kararda, lehine vasiyet yapılan kimsenin bu vasiyetten haberdar bulunması hâlinde, bunun evli şahısla olan evlilik dışı münasebetinin devamını sağlayacağı ve bu sebeple ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı sayılması gerektiği belirtilmiştir. Halbuki, 1959 tarihli kararda, S. K. nın kendisi lehine yapılan vasiyetten haberi bulunduğu görülmekte ve kadının kendisinden çok yaşlı olan bu şahısla olan zina münasebetini devam ettirmesinde bu ölüme bağlı teberrülerin tesir etmiş olması kuvvetle muhtemel bulunmaktadır.

Evli olmayan kadın ve erkeğin serbest birleşmeleri ve müşterek hayatları bugün Batı Avrupasında ve İsviçrede müsamaha ile karşılanmakta, ahlâka aykırı sayılmamaktadır. Buna karşılık, evli bir erkek veya kadının karı veya kocasından gayri bir kimse ile olan serbest birleşmelerinin ve buna ilişkin müşterek hayatlarının hukuka ve ahlâka aykırı bulunduğu hususunda bugün dahi tereddüt ve şüphe yoktur. Federal Mahkemenin esas olarak aldığımız

(12) B., P. Piotet, a. g. e., p. 202 - 203.

iki kararı da bunun aksine değildir. Zira, bilhassa zinanın varlığının kabul olunduğu ikinci Federal Mahkeme kararında, evli erkeklerle, evli olmayan kadın arasındaki münasebetin ölüme bağlı teberrünün tek sebebi olmadığı tasrih olunmakta, vasiyetin yapılmasında diğer sebep ve saiklerin de önemli rolü bulunduğu üzerinde ısrarla durulmaktadır.

Federal Mahkeme, bu durumda, müşahhas hâlin icaplarını göz önünde tutmak suretile, fikrimizce, isabetli ve hakkaniyete uygun bir sonuca varmıştır. Bununla, İsviçre Mahkemesi bu mevzudaki eski sert tutumunu terketmiş bulunmaktadır (13).

Federal Mahkemenin yeni içtihatlarına uygun olarak İsviçrenin Cenevre Kanton mahkemesi de, iki kararında bu meseleyi benzer şekilde sonuca bağlamıştır.

Bunlardan birincisinde (14), bir erkeğin bir kaç yıl müddetle, serbest birleşme hâlinde karı-koca gibi yaşadığı bir kadının geleceğini sağlamak amacı ile, onunla yaptığı bir kaydı hayatla irat mukavelesinin ahlâka aykırı olmadığı söylenmiştir. (Buna karşılık, böyle bir durumda, lehine hayatı boyunca irat mukavelesi yapılan kimsenin, başkası ile cinsî münasebette bulunmamayı taahhüt etmesinin ahlâka aykırılık sebeble hükümsüz olduğu açıklanmıştır. Bu sonuncu hâlde, şahsiyet haklarının ve hürriyetlerin umumi âdâba aykırı bir şekilde tahdidi bahis konusu olmaktadır. M.K. mad. 23, fık. 2).

Cenevre Kanton Mahkemesinin ikinci kararında (15), bir erkeğin kısa bir müddet serbest birleşme hâlinde, karı-koca gibi yaşadığı bir kadının geleceğini sağlamak maksadı ile yaptığı sözleşmenin muteber bulunduğu belirtildikten sonra, aralarındaki münasebetin kesilmesi hâlinde erkek tarafından yapılan altı bin frank ödenmesine ilişkin taahhüdün ahlâk ve âdaba aykırı olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu son karar ve bunun mevzuu olan olay incelenecek olursa, Cenevre Mahkemesinin bu kararının da hakkaniyete uygun olduğu görülür. Zira, burada, korunmaya lâyık olan kadındır, aldatılan ve zarar gören de odur.

Netice itibarı ile, İsviçre Federal Mahkemesinin 1947 tarihli kararı bu konuda, bazı ihtirazi kayıtlarla, oldukça önemli bir takım prensip kaideleri koymuştur. 1959 tarihli kararda bu hususta bazı

(13) Bk., BGE 20, II, 992=Jdt., 1914, p. 71 et sv. Bu kararda, evli bir adamın metresi lehine yaptığı karşılıksız bir borç ikrarının hükümsüz bulunduğu, bunun evlilik dışı münasebetin mükâfatı niteliği taşıdığı söylenmiştir.

(14) Genève Cour de Justice, Semaine Judiciaire, 1949, p. 497 et sv.

(15) Genève Cour de Justice, Semaine Judiciaire, 1960, p. 180 et sv.

değişiklikler yapılmış, bundan evvelki kararda başlanmış bulunan gelişme daha kesin ve ileri bir safhaya götürülmüştür. Bununla, vasiyetçinin son irade beyanlarının gerçekleşmeleri sağlandığı gibi, ayrıca, hâl ve vaziyetin icapları göz önünde tutulmak suretiyle, hakkaniyete uygun bir sonuca varılmıştır. Federal Mahkeme bu içtihadı ile, hâkimin hakkaniyete uygun olarak karar vermesi gerektiği hakkındaki MK. mad. 4 deki prensibin tatbikine ilişkin bir misal vermiş bulunmaktadır. İsviçre mahkeme içtihatlarında görülen bu gelişme, dikkat ve ilgi ile incelenecek değer ve niteliktedir.