

İsviçre Mahkeme İçtihatları

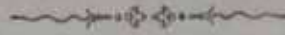
I

İSVİÇRE FEDERASYON MAHKEMESİ

(2^{ci} Hukuk Dairesi)

7 şubat 1929 celsesi

Reis : M. Rossel



NESEBİ RET DAVASI .— Evvelâ salâhiyetsiz hâkim huzurunda, bilâhara, üç aylık [1] müddetin geçmesinden sonra salâhiyetli hâkim huzurunda açılan dava .— Mazur görülebilir gecikme .— Davanın makbul ve mesmu sayılması.

İKM. m. 4, 253, 254, 257

TKM. m. 4, 242, 243, 246

1.— *Mazur görülebilir bir hukuki hata, İKM. m. 257 § 3 mucibince davanın açılmasındaki teahuru mazur gösterir bir «muhik sebep» teşkil edebilir.*

2.— *Hatanın sebebi zail olunca, tekrar üç aylık [2] yeni*

[1], [2] İKM. m. 253 e göre "nesebi ret." müddeti üç aydır. Vazı kanunumuz TKM. m. 242 de bu müddeti bir aya indirmiştir. TKM. m. 246 § 2 dahi böyledir. M. O.

bir müddet cereyana başlamaz. Dava, gecikmenin sebebi ortadan kalkar kalkmaz derhal ikame olunmalı; ve davacı, ahval ve şeraitin müsait olduğu bütün dikkat ve itinaı göstermelidir.

3.— Ret davasında, taraflar arasında cinsi münasebet ve mukarenet vuku bulunduğunu ispat etmek müddealeylh-lere düşmez; bilâkis bunun hilâfını ispat etmek müddeiye terettüp eder.

Romang Stadelmann kadın — Stadelmann davası

Vakıaların hulâsası

Müddei Emil Stadelmann, müddealeyh Sophie Romang ile 13 teşrinisani 1920 de evlenmişken izdivaç hayatları mes'ut olmamış ve evliler 1924 haziranda müşterek hayata veda etmişler. 1924 sonbaharındanberi, müddealeyh Alchenstorf'ta şimdiki kocasını evinde hizmetçilikle yerleşmiş ve müddei ise merkezi ve garbi İsviçrede uşaklık edip çalışmaktadır.

1925 mayısında, müddei boşanma davası açmış. 14 mayıs 1925 tarihinde Berthoud mahkemesi reisi huzurunda barıştırmaya duruşması yapılarak 17 mart 1926 da boşanmaya karar verilmiştir.

Evlenmenin infisahından evvel, 4 şubat 1926 tarihinde müddealeyh, Walther isminde ve ikinci müddealeyh olup nüfus siciline müddeinin nesebi sahih çocuğu olarak kaydolunan bir oğlan doğurmuştur. Berthoud mahkemesi reisi, 8 mayıs 1926 tarihli bir mektupla müddeiyi bu çocuğun doğumundan haberdar ederek, ilâveten: "Şayet bu çocuğu reddetmek niyetinde iseniz KM. m. 306 (TKM. m. 294) mucibince üç ay içinde Berthoud mahkemesinde ret davası açmanız muktazidir," diyordu.

7 ağustos 1926 da, müdeei, mezkûr mahkemeye bilmüraca ret davasını ikame etmiştir. 26 ağustos 1926 tarihli kararıyla Berne kantonu İstinaf mahkemesi, müddeinin talep ettiği meccani müzaheretini adliyeyi: "Yerleşmiş veya muvakkaten sakin

vatandaşların hukuku medeniye münasebetleri,, hakkındaki kanunun 8^{ci} maddesine nazaran, kantonlar arasındaki mevatta, şahısların halimedenilerine taallük eden meselelerde salahiyetli olan, alâkadarın menşe kantonunun mahkemesidir,, esbabı mucibesi ile nezetmiştir. Müddei Lucerne'li (Lucerne kantonu ahalisinden) olduğu için Berthoud mahkemesi salâhiyetli olamazdı.

Müddei, bunun üzerine, bu ret davasını kendisinin menşe kantonu olan Flühli (Lucerne) Sulh mahkemesinde ikame etmiş. 11 eylül 1926 tarihinde, talep, Entlebuch Bidayet mahkemesi kalemine gelmiş.

Mümeyyizler (temyiz müstedileri) dava hakkının müruruza- mana uğramış olduğunu ve diğer cihetten müddeinin şunu : kendisinin çocuğun babası olamayacağını ispat etmediğini ileri sürerek davanın matuf olduğu neticeitaleplerin reddolunmasını istemişlerdir.

Lucerne Kanton Mahkemesi, 25 eylül 1928 tarihli kararı ile Bidayet mahkemesinin kararını tasdik ve davayı kabul ve mesmu olabilmıştır.

Müddaaleyhler, bu karar aleyhinde Kanton Mahkemesinde dermeyan olunan mesrudat ve delilleri tekrar ederek müddeti içinde Federasyon Mahkemesine müracaat etmişler. Federasyon Mahkemesi bu temyiz talebini reddetmiştir.

ESBABI MUCİBE :

... 2. — Müddeinin dava hakkı müruruzamana uğramıştır yolundaki mülâhaza varit ve esaslı değildir.

Gerçi davayı hazıra İKM. m. 253 te derpiş olunan üç aylık müddetin inkızasından sonra ikame edilmiştir, bu doğrudur. Ancak, evvelâ Berthoud mahkemesinde açılmış olan dava nazarı itibara alınamaz; sebebi şudur ki bu makam, merci ve kazâ noktai nazarından salâhiyetli değildi. Binaenaleyh mesele, İKM. m. 257 § 3 manasında muhik sebeplerin vaki olan^e şu gecikmeyi mazur kılıp kılamiyacağında ve bu sebeplerin zevalinden sonra davanın vaktinde ikame edilmiş olup olmadığını bilmektedir.

a) Hadisede, teahhur, munhasıran davanın arzulunduğu mahkemenin salâhiyeti hakkında düşülen bir hatadan ileri gelmiştir; çünkü bu cihet bertaraf, müddi itirazını izhar için icap eden şeyleri vakit geçirmeden ve matlup usul ve şekil dairesinde tamamen yapmıştır.

Yukarıda zikri geçen kanun hükmü manasında muhik sebep olarak sadece hastalık, arzuhalin veya istidanın kaybolması, vesaire gibi sırf afakî mânileri mülâhaza etmemelidir.

Hâkim hal ve mevkiin icabına göre, mazur görülebilir bir hatayı da muhik sebep olarak telâkki ve öyle kabul edebilir. Evet, filhakika burada mevzuubahs olan hata bir " hukukî " hatadır, vakıalara müteallik bir hata değildir.

Böyle olmakla beraber, KM. m. 4 mucibince hâkim, dermeyan olunan mazereti takdir ederken hukuk ve hakkaniyet kaide-lerini tetkik ile mükelleftir; ve bunu takdir ederken mazur görülebilir bir hukukî hatayı da nazarı itibara almaktan kendisini hiçbirşey menedemez.

Şuhalde tavazzu eden yegâne mesele, hadisede hatanın mazur olup olmadığını bilmek keyfiyetidir. Bu vaziyette meseleyi müspet şekilde halletmek gerektir: Sabit olmuştur ki, müddei dayasını Berthoud mahkemesinde açmaya kendiliğinden karar vermiş değildir; buna, Berthoud mahkemesi reisinin davanın mercii hakkında gayet sarih ifadeli bir müzakeresi ile sürüklenmiştir. Müddei hukukçu olmamak haysiyetiyle kendisi, adli bir makamdan sâdır olan böyle bir tavsiye ve işarete itimat etmiş olduğundan dolayı hiçbirveçhile tahtie edilemez. Gerçi, bu müzekkede İKM. m. 253 yerine yanlış olarak m. 306ya gidilmiştir; maama-fih, " kendisinin bu hatayı farketmesi lâzım gelirdi " fikrinden hareket etmek müddeiden pek fazla mutalebekârlık olduktan başka, merci meselesi hakkındaki tebligatın sihhatini bu sebeple şüpheye düşürmek olur.

Müddeinin avukatının hatayı farketmemiş olması müvekkilini müteessir edemez: Bir avukata müracaat eden taraf, bu avukat

bir hata işlerse, eğer hatayı bizzat kendisi irtikâp etmiş olsaydı düşecek idiği vaziyetten daha fena bir vaziyete ilka olunmamalıdır.

b) Federasyon Mahkemesinin evvelce de karar vermiş olduğu üzere (Galli - Boscacci davasında sâdir olup neşredilmemiş olan 14 mayıs 1924 tarihli karar), hatanın sebebi zail olunca yeniden üç aylık bir müddet cereyana başlamaz. İKM. m. 257 § 2 de derpiş olunan ikinci üç aylık müddet ancak müddeinin dava ikamesinden hile ile menedilmiş olması haline mahsurdur, fakat, muhik sebeplerin geçikmeyi mazur gösterdiği hallere taallûk etmez. Gecikme, ancak sebep meycut olduğu müddetçe mazur telâkki olunabilir. Bu sebep ortadan kalkar kalkmaz, dava derhal açılmak iktiza eder; ve bu, ahvalin müsait olduğu bütün dikkat ve itinaya mürcaat olunarak yapılmak lâzımdır.

Hadisede, müddei hatasını Berne kantonu İstinaf Mahkemesinin 31 ağustos 1926 da gönderilen 26 ağustos 1929 tarihli kararı üzerine anlamıştır. Müddeinin bu ilâmı 1 eylül 1926 tarihinde aldığı kabul etmelidir. Davanın Fühli Sulh mahkemesinde açılma tarihi sabit değildir. Maahaza müddeaaaleyh, 5 eylül 1926 tarihinde Flühli sulh mahkemesine yazmış olup dosyada mevcut olan bir mektupta kendisine ondan evvel gönderilmiş olan celpnameden bahsetmektedir. Binaenailey müddei mezkûr celpnameyi en geç 4 eylülde almış olmak icap eder; bundan anlaşılıyor ki dava en geç 3 eylül 1926 tarihinde ikame edilmiştir. Bu şerait dairesinde, müddei, kanunun emrettiği müddete riayet etmiştir; ve dava vaktinde açılmış addolunmak icap eder.

3. — Davanın esasına gelince : kabul olunmak lâzımdır ki çocuk tarafların evlenmelerinden 180 günden fazla bir müddet geçtikten sonra doğmuştur ve gebe kalma zamanında evliler arasında mahkemece ayrılığa hükmolunmuş değildir. İ K M. m. 254 hükmüne göre, müddei davasını ancak kendisinin çocuğun babası olamayacağı (diğer bir ifade ile, çocuğun kendisinden olması ihtimali bulunmadığı) keyfiyetine istinat ettirebilir. Bu ispat, sairleri meyanında, kendisinin 10 nisandan 8 ağustos

1925 e kadar uzayan nazik devre esnasında müddeaaaleyh ile cinsî münasebette bulunmamış olduğunu ispat etmesinden tahas-sul edebilir.

Tarafların mahrem münasebette, bulunup bulunmadıklarını bilmek noktası bir vakıa meselesidir. İmdi, bidayet mahkemesi sarahaten kabul etmiştir ki (ve bu nokta dosya evrakına mu-bayin değildir) müddeaaaleyh 1924 senesindenberi şimdiki kocası Wyss'in nezdinde yaşamış ve onunla cinsî münasebetlerde bu-lunmuştur. Diğer taraftan müddei karısından çok uzakta yaşamış ve onu pek az ve ancak boşanma davasında barıştırma duruş-ması münasebetiyle görmüştür.

Binaenaleyh mesele, neticede, tarafların bir tek defa vaki olan bu görüşme esnasında cinsî mukarenette bulunup bulunma-dıklarını tesbite incirar eder.

Bidayet hâkimleri, tarafların bu esnada cinsî münasebette bulduklarının "asla ispat edilmemiş," olduğunu beyan etmekle anlaşılıyor ki, beyyine külfetini yanlış tevcih etmişlerdir: Hadi-sede müddeaaaleyhler cinsî münasebetin vukuunu ispat ile mü-kellef değildirler; belki bunun hilâfını ispat müddeiye terettüp eder. Maamafih mahkeme aynı cümleye devamla diyor ki " ah-val ve şeraite nazaran tarafların bu sırada cinsî muamelede bu-lunmuş olduklarını kabul etmeğe de imkân yoktur. Müspet şekil altında bu demektir ki : tarafların o zaman cinsî münasebette bulunmadıkları halden anlaşılıyor. Bu ise, dosya evrakına muhalif olmayan ve binnetice Federasyon Mahkemesini bağlayan bir vakıa tesbitidir.

Keza, bu beyanın müstenit olduğu delillerin federasyon mev-zuatına muhalif olarak takdir edilmiş olduğu da asla iddia oluna-maz. Bu şeraite göre, müddeinin nazik devre müddetince müd-dealeyh ile cinsî birleşmede bulunmadığı sabit olmuştur ; binaberin bu zat ikinci müddeaaaleyhin (çocuğun) babası olamaz.

2 inci Hukuk dairesi. — M , M . Rossel , Soldati , Jeager , Rambert , Strebel , Brodtbeck ve Leuch. — Vekiller : Berthoud

avukatlarından H. Paul Howald, ve Lucerne avukatlarından Dr. F. Emmenegger.

İhtar : Bu karardan zımnen sabit oluyor ki İ B K. m. 139 (T B K. m. 137) ile davanın fena ikame olunması haline dair tesis olunmuş "munzam müddet,, , İKM. m. 257 (TKM. m. 246) daki kat'i müddetler hakkında tatbik olunmaz. Federasyon Mahkemesi bunu, İ K M. m. 308 (T K M. m. 296) sadedinde olarak 27 mart 1929 tarihli "Brand — Kösermann,, kararında sarahaten söylemiştir. Bu kararın bir tercümesini aşağıya naklediyoruz.

II

İSVİÇRE FEDERASYON MAHKEMESİ

(2^{ci} Hukuk Dairesi)

27 mart 1929 celsesi

BABALIK DAVASI .— MUNZAM MÜDDET .— Usulsüz ikame edilmiş babalık davası.— Müddei, müruruzaman bahsinde İBK. m. 139 (TBK. m. 137) ile müesses mnuzam müddetden istifadeye hakkı olduğunu iddia etmiş.— Bu iddia reddolunmuştur.

İKM. m. 257, 308; İBK. m. 139

TKM. m. 246, 296; TBK.m. 137

Davanın fena açılmış olması takdirinde, müruruzaman bahsinde munzam bir müddet tesis etmekte olan İBK. m. 139, Kanunu medenide derpiş olunan davayı düşüren müddeiler hakkında kabilitatbik değildir.

İKM. m. 308 de babalık davasının açılması için muayyen mühlet, Federasyon Mahkemesinin birçok defalar tebyin ettiği üzere (Bakınız: RO. 42 II, s. 101 ve 333; 44 II, s. 461; 45 II, s. 237; J. d. T. 1919, s. 430 c. 2), müruruzaman değil davayı düşüren bir müddettir. Dava müddeti, inkızasından evvel, ancak kanunun bahşettiği davanın muteber surette ikame edilmesi suretiyle muhafaza edilmiş olur. Bu kazıyye, müddei davasını hâkim bakmağa mecbur olacak şekilde açtığı takdirde tahakkuk eder (RO. 41 III, s. 303). Binaenaleyh dava saiâhiyetli hâkim huzuruna götürülmelidir (RO. 44 II, s. 461).

Şayet, bir sene içinde dava usulüne muvafık tarzda açılmıyacak olursa sukut eder. Geç ikame olunmuş bir babalık davasının muhik sebeplere binaen mesmu addolunmasına imkân yoktur. İKM. m. 257 § 3, gerçi nesebi ret davasında bu kabîl bir teahhur mazereti derpiş ediyor. Lâkin 308^{ci} madde buna benzer bir hükmü muhtevi değildir. Böyle olunca, yegâne ihtimal şudur ki davanın sukutuna müstenit defî KM. m. 2 den istinbat olunan " replicatio „ ile taaruz eder (RO. 46 II, s. 92; 49 II, s. 321; J. d. T. 1924 s. 99).

Mezkûr 139^{cu} maddede yazılı munzam müddetin mahiyeti zatiyesi dahi bunun dava sukutu mevaddında tatbik olunmasına münafidir. Bu maddede mevzuubahs olan şey müruruzamana müteallik mahsusî bir hükümdür. Binaenaleyh ne genişletilerek tefsir ve ne de kıyas yoluyla tatbik olunamaz.