

İSVİÇRE İÇTİHATLARI

I

İsviçre Federasyon Mahkemesi

II'ci Hukuk Dairesi

11 Temmuz 1929 Celsesi

Reis: M. Rossel



Rothenfluh boşanma davası

BOŞANMA VEYA AYRILIK. — Boşanmaya dair açılan dava. — Mahkemece ayrılığa hüküm verilmesi. — Barışma muhtemel görünmüyor. — Mezkûr karar aleyhine temyize müracaat. — Bu talebin kabulü.

I K M. m. 142, 146 § 3

T K M. m. 134, 138 § 3

Dava boşanmaya matuf olduğta, ayrılığa ancak karı koca arasındaki münasebet inkıtanın kal'i olmadığına zannettirecek vazih ve mücessem hadiseler mevcut ise hükmolunabilir. Tamamen farazi basit bir tekrar barışma ihtimali kâfi değildir.

Vakıaların hulâsası

19 mart 1929 tarihinde Baden Bidayet Mahkemesi I K M. m. 142 ve 146 § 3 mucibince karı koca (Anton ve Rosa Rothenfluh - Irniger) arasında gayrimuayyen bir müddetle ayrılığa hükmeder. Bu hüküm Argovie Kanton Mahkemesinin 17 mayıs 1929 tarihli kararı ile tasdik olunur.

Rothenfluh kadını, bu karar aleyhine Federasyon Mahkemesine müracaat ederek, evvelce Bidayet mahkemesi huzurunda serdeylediği neticeî taleplere tevfikân boşanmaya karar verilmesini, veyahut ta bu olmazsa ayrılığın bir sene olarak tahdit edilmesini ister.

Esbabı mucibe :

Kanton mahkemelerinin her iki derecesinde de hâkimler müttefikân kabul etmişler — ve keyfiyet dosya evrakından da kat'î bir surette müsteban olmaktadır — ki evlilik rabıtası İ K M. m. 142 mucibince derin bir surette haleldar olmuştur, ve bunda kusurlu olan kocadır. İmdi tavazzu eden mesele şundan ibarettir : Bu vaziyette boşanmaya mı hükmetmeli, yoksa İ K M. m. 146 § 3 dairesinde sadece ayrılığa mı karar vermeli ? Bidayet hâkimi, müddeaaaleyhin dava esnasındaki vaziyeti ile tekrar normal ve salim bir yuva kurmayı denemek arzusunu izhar etmiş olmasına binaen ikinci suretihalli tecviz etmiştir. Mahkemenin kanaatine göre buna şimdiden gayrımümkündür denemez ; elverir ki müddeaaaleyh tavır ve mişvarını değiştirmek hususundaki arzusunu kuvveden fiile çıkarsın, ve bunu devamlı bir surette yapmağa muktedir olduğunu göstere.

İkame olunan delillerden anlaşılıyor ki müddeaaaleyh son zamanlarda daha ciddi olmuştur ; öyle ki buna bakarak mumaileyhin daha şerefli bir hayat sürmeğe cehtettiği görülebilir. Binaenaleyh, Bidayet hâkimine göre, müddeaaaleyhe kendisinden davacı olan karısının tekrar teveccühünü kazanması için fırsat ve imkân vermelidir. Hassaten bir taraftan yaşları ve diğer taraftan müşterek çocukları bulunması keyfiyetleri nazarı dikkate alınacak olursa . . . Mahkeme, mezkûr evlilerin tekrar normal bir müşterek hayata avdet etmelerinin asla imkânsız olmadığını kabul etmiştir.

Bu istidlâl tarzı kat'iyet ifade etmez. İ K M. m. 146 § 3 e nazaran, dava boşanmaya dair oldukça — ki hadisede böyledir — ayrılığa, ancak karı kocanın barışmaları muhtemel görünmekte ise hükmolunabilir. Müphem ve belirsiz bir ihtimal — ki bu hemen de daima mevcuttur — kâfi değildir. Ortada, karı koca arasındaki bozuşma ve inkitân daha henüz kat'î olmadığı hususunda hâkime kanaat verecek vazih ve müşahhas hadiseler mevcut olmak lâzımdır (İsviçre Federasyon Mahkemesi Resmî karar Mecmuası 41 III s. 201 ; Journal des Tribunaux mahkeme içtihatları mecmuası 1916 I s. 107).

İmdi, burada bu nevi hadiseler mefkuttur. Şunlar sabittir ki müddeaaaleyh ayyaşın biridir, iki defa bu sebeple yerinden çıkarılmıştır, işinde ve aile vazifelerinde ağır ihmal'leri vardır, davacıya (karısına) kaba muamele etmiştir, ve onu, bilâkis kendisi Huber namında bir kadınla mahremiyet tesis etmiş iken, zevciyete sadakatsizlikle ittiham etmiştir. Bu şerait dahilinde, şahit Fischer'in ifadesine nazaran — ki Bidayet hâkiminin İKM. m. 146 § 3 üncü hadisede tatbikini muhik göstermek üzere ihticaç ettiği yegâne delildir — sadece müddeaaaleyhin Groix - Bleue müessesesine girdi gireli son zamanlarda işinde iyi hareket ve ikdam göstermiş olması mahza bu keyfiyet, kanunun aradığı « karı kocanın barışmaları ihtimali » ni ispata kâfi değildir. Müddeaaaleyh bizzat kendisi itiraf etmiştir ki, Croix - Blene'ye intisap etmesine rağmen gene iki defa sarhoşluk etmiş. Müddeaaaleyhin senelerdenberi inhimak ettiği, ve hiç şüphesiz evlilik rabitasının kopmasına başlıca sebep teşkil eden bu maraz ve ayıptan nefsinin kat'iyen tenzih ve teşfiye edeceğini zannettirecek hiçbir kat'i hadise ve emmare mevcut değildir.

Bu şerait içinde, ve davacı kadının kocasına karşı beslediği infial ve nefret gözönünde tutulursa, taraflar arasında hertürlü barışma ümidi münselip ve bertaraf olmuş görünüyor. Görünüşe nazaran, davaya bakan Kanton mahkemelerinin fikri de budur. Fakat onlar, müddeaaaleyhe iddia ettiği gibi tavruhareketinin salâh bulmuş olduğunu ispat fırsatını vermek lâzım gelir mütaleasındadır. Maahaza, hadisede, belki bir salâh hasıl olacaktır gibi ancak nazari bir ihtimal mevcut olan bu hadisede, mezkûr noktainazar kabul olunamaz.

İlci Hukuk Dairesi.— M. M. Rossel, Soldati, Rambert, Strebel, Leuch, Hablützel ve Blocher. — Tarafların vekilleri: Baden avukatlarından hukuk doktoru M. Lewin ile M. Senn.

Vaud Kanton Mahkemesi

2 nisan 1930 celsesi

(Scheppard - Gervaix) davası

Poliçalar ve emre muharrer senetler ve çekler hakkında takip. Bu bahiste şayanıkabul defiler. — Borçlusuna, borçlunun kardeşlerinin emrine olmak üzere poliça keşide eden alacaklı . — Banka nezdinde iskonto. — Borçlunun ödememesi. — Kardeşleri tarafından borcun bankaya tediyesi. — Bunların keşideciye rücuu. — İtiraz. — İtirazın Bidayet mahkemesince gayrimesmu addi. — Keşidecinin istinaf teşebbüsü. — Bu talebin Kanton Mahkemesi tarafından reddi.

I B K. m. 23, 28, 811 ; I lc. ve If K. m. 182, 185.

T B K. m. 23, 28 ; T Tic. K. m.

T lc. ve If K. m. 164, 167

1. — Bedeli ödenmeyerek tedahülde kalmış bir poliçanın tecdidi sırasında muhatabın kardeşlerinin yeni poliçanın alıcısı «veya hâmil» (preneur) sıfatıyla müdahale ve bilâhara bu poliçayı bankaya ciro etmiş olmalarına istinat ederek alacaklı bundan mezkûr şahısların, kendisine karşı dahi kardeşlerine kefil olmayı murat ettikleri neticesini çıkaramaz.

2 — Herhalde, alıcılar tarafından bankaya ödenen poliça mucibince takibe maruz kalan keşideci bu yoldaki bir iddiası ile, ticarî senetler hukukunda şayanı kabul ve takibe itirazını mesmu kılacak olan bir defa dermeyan etmiş olmaz.

Vakıaların hulâsası

Tacir Louis Gervaix emtaa bedelinden Henri Scheppard'e olan 12025 fr. 80 miktarındaki borcu için 4 temmuz 1929 tarihinde, Henri Scheppard

tarafından çekilip vadesi 4 eylül 1929 da gelen bir poliçayı kabul eder. Henri Scheppard bu poliçayı İsviçre Bankası Şirketine iskonto ettirir.

Louis Gervaix bu senedi vadesinde ödeyemediğinden, kardeşleri Albert ve Henri Gervaix onu sıyaneten işe karışır; ve 7 teşrinievvel 1929 tarihinde İsviçre Bankası şirketinde 7 kânunusani 1930 vadeli 10527 franklık yeni bir poliça ihdas olunur. İsviçre Bankası Şirketinin bir memuru tarafından tanzim olunan bu poliça Henri Scheppard tarafından Albert ve Henri Gervaix emirlerine keşide ve Louis Gervaix tarafından kabul, ve hâmil Albert ve Henri Gervaix tarafından İsviçre Bankası şirketine ciro edilmişti.

Bilâhara Louis Gervaix bir konkordato mehli (sursi concordataire) istihsal ettiğinden, Henri ve Albert Gervaix poliça bedelini anapara, faiz, iade masrafı (frais de retour), protesto ve kumüsyon hepsi için 10613 frank vererek ve menaleyhilhakka karşı halefiyet iktisap ederek İsviçre Bankası Şirketine eda ederler.

Henri Scheppard tarafından Tyon'da mukim Albert Gervaix ile Rolle' de mukim Henri Gervaix emirlerine 7 teşrinievvel 1929 tarihinde keşide olunup Lausanne'da mukim Louis Gervaix tarafından kabul, Henri Scheppard tarafından İsviçre Bankası Şirketinde iskonto, ve cıranca Albert ve Henri Gervaix taraflarından 30 kânunusani 1930 tarihinde bedeli masraf ve faizi ile beraber tediye olan 7 kânunusani vadeli poliça mucibince icra takibi başlar. Albert ve Henri Gervaix'nin bubaptaki ödeme emri (Poliça ve emre muharrer senetler ve çekler hakkında takip usulü dairesinde) 10 şubat 930 da müddealeyhe tebliğ olunur. Henri Scheppard, 45147 numaralı, ve 10613 frangın 30 kânunusani 1930 dan itibaren yüzde 6 faizi ile birlikte tesviyesine mütedair olan bu ödeme emrine itiraz eder. Bu itiraz, Lausanne İflâs dairesince 10 şubat 930 tarihli bir mektupla Mahkeme reisine iblâğ olunur.

Ödeme emrinden maada muhtelif evrak ve hassaten mevzuubahs (yeni ve eskisi) iki poliça da ibraz ve tevdi olunmuştur.

İşi tetkik eden Lausanne Mahkemesi reisi 22 şubat 1930 tarihli kararında itirazın reddi ile masrafların borçluya tahmiline hükmeder.

Henri Scheppard kanunî müddeti içinde bu kararı istinaf eder.

Müstenif bubaptaki lâyihasında: 7 kânunusani 930 vadeli 10527 franklık poliçayı hataen imzaladığını, ve Albert ve Henri Gervaix'nin hilesine kurban olduğunu iddia ile İBK. m. 811, 23, 28 i ityan eyler. Mumaileyh,

müstenefünaleyhlerin kardeşleri Louis'nin iflâsı arifesinde müdahalelerinden maksatları bu şahsa (kardeşleri Louis'ye) kefil olmaktı. Onların müstenifin kendilerine hiçbir borcu olmadığını muhakkak surette bildikleri halde kendi emirlerine bir poliça elde etmeğe muvaffak olmaları hilelerini teşkil eder (müstenif böyle iddia ediyor); müstenefünaleyhler şimdi gerçi ödedikleri fakat müstenifin kendilerine hiçbirzaman borçlu olmadığı bir parayı talep etmekte bulunuyorlar; halbuki Albert ve Henri Gervaix'nin mezkûr meblâğı kendi kardeşleri hesabına ve ona rücu etmek üzere ödemeleri lâzımdı. Nihayet müstenif bu hadiselerden dolayı Lausanne Tahkikat hâkimine istida verdiğini ve bu bapta cezaî tahkikat açıldığını dermeyen eylemiştir.

Müstenefünaleyhler istinaf talebinin reddi ile muhakeme masraflarının müstenife tahmiline karar verilmesini talep ederler.

Kanton Mahkemesi istinaf talebini ret ile evvelki kararı tasdik eylemiştir.

Esbabı mucibe

Müstenif, poliçanın şekil itibariyle muteberliğini inkâr etmeyip sadece defi olarak kendi hatası ile müstenefünaleyhlerin hilesini dermeyen ve itirazını buna istinat ettirmektedir.

Maamafih mumaileyh bu mesrudatını ispat sadedinde birinci poliçadan başka hiçbir vesika ibraz etmemiştir; ve bu şahsa göre mezkûr vesika kendisinin müstenefünaleyhlerin borçlusu olmadığını ispat etmektedir.

Maamafih mumaileyh bu mesrudatını ispat sadedinde birinci poliçadan başka hiçbir vesika ibraz etmemiştir; ve bu şahsa göre mezkûr vesika kendisinin müstenefünaleyhlerin borçlusu olmadığını ispat etmektedir.

Müstenifin, müstenefünaleyhlerin biraderlerinin kefilî sıfatıyla müdahalede bulduklarına mütedair iddiası, dosya evrakına nazaran şayanı kabul değildir.

Filhakika eğer ikinci poliçanın ihdası zamanında müstenefünaleyhlerin kast ve niyetleri bu olmuş olsa bile mezkûr senede verdikleri şeklin manası anlaşılabilir.

Herhalde müstenif, müstenefünaleyhlerin tedahülde kalmış olan birinci poliçayı kendi aralarında müteselsilen temin, ve müstenifi keşidecilik

borçlarından ibra etmek istemiş oldukları iddiasını doğru gösterebilecek hiçbir delil irae etmemiştir.

Böyle bir muamelenin yapılması için hiçdeğilse İsviçre Bankası Şirketinin rızasının lâhik olması iktıza ederdi. Halbuki dosyada bu rızaya delâlet eder hiçbir iz yoktur.

Mezkûr bankanın Louis Gervaix'nin iflâsına mütedair talebini ancak yeni bir teminat ile, yani ikinci poliçanın ihdası sayesinde geri almağa razı olmuş olması daha ziyade doğru gibi görünüyor.

Diğer taraftan, müstenifin poliçanın takip esnasındaki avakibini güya bilmediği yolundaki iddiası bir beraet sebebi olarak telâkki olunamaz; zira burada hukukî bir hata mevzuubahstir; öyle bir hata ki, sabit olsa bile BK. m. 23 dairesinde esaslı hata diye dermeyanı kabil değildir.

Müstenefünaleyhlerin hakikaten kendi kardeşlerinin yerine tediye bulunmağı murat ettiklerini, tahkikat evrakına nazaran, hakikate yakın ve doğru gibi telâkki etmeğe imkân olamaz.

Bununla daha ziyade, müteselsil kefil olarak değil belki bankadan bir ödeme mehli (tecil) elde etmek gayesiyle biraderlerinin iflâsının önünü almak için müdahale etmiş gibi görünüyorlar.

Müstenifin eğer müstenefünaleyhlere hiçbir borcu olmadığı — poliçadan doğan borç meselesi tabii mahfuz — doğru ise şu da daha az aşikâr değildir ki müstenefünaleyhler de kardeşleri Louis Gervaix'ye hiçbir şey borçlu değildirler.

Bundan başka şunu da mülâhaza etmek lâzımdır ki şayet müstenefünaleyhler ikinci poliçayı imzalayarak müdahale etmemiş olsalardı Louis Gervaix'nin iflâsına gene karar verilecekti.

Diğer cihetten, poliçanın ihdas ve imza olunduğu ahval ve şerait müstenefünaleyhlerin hüsnüniyetlerinden şüpheye mahal bırakmamaktadır; zira bu senet müstenefünaleyhlerin hiçbir manevra ve hud'ası olmaksızın İsviçre bankası Şirkete acentasının memuru tarafından hazırlanmış ve yazılmıştır.

Üstelik, birinci poliçenin yerine ikincisinin kaim olmasından müstenifin vaziyeti müteessir olmuş, ağırlaşmış gibi görünmüyür.

Filhakika, bankanın icra takibatına devamı halinde müstenefünaleyhlerin birinci poliçayı ödeyecek idiklerini gösterir hiçbir emmare mevcut değildir.

Bu suretle, yeni poliçanın ihdası ile, müstenefünaleyhler Louis Gervaix'

nin olduğu kadar aynı zamanda müstenifin de lehinde bir müdahalede bulunmuşlar demektir.

Herhalükârda müstenifin, Louis Gervaix tarafından imzalanan senedin şekli ne olursa olsun, müstenefünaleyhlerin müstenif aleyhindeki rücu haklarından feragat ettiklerini, çünkü onların sadece kardeşleri için müstenif Scheppard'a karşı kefil olmayı murat ettikleri yolundaki iddiasını varit gösterebilecek bir delil ve işaret mevcut değildir.

Diğer taraftan, cezai bir şikâyet ve istidada bulunmuş olmak keyfiyeti müstenefünaleyhlerin hilesini doğru gösterebilmek için kâfi addolunamaz.

Nihayet, hadisede, alacaklıdan teminat göstermesini talep için sebep yoktur.

Bütün bu sebeplere binaen, Bidayet Mahkemesinin müstenifin itirazını bihakkın reddetmiş olduğuna karar verildi.

Vaud Kanton Mahkemesi

2 Nisan 1930 Celsesi

(Maye — Marsa A. Ş.) davası

Muvakkat refi . Kümülâtif veya birlikte naklideyn (Reprise de dette cumulative). Adî kefalet. — Bir üçüncü şahsın deynini ödeme zımında imzalanan bir taahhüt . — İmzalıyan aleyhinde takip . — Evveli emirde üçüncüşahsın takip edilmesi talebine müstenit defi . — Bu itiraz mukabelesinde Bidayet Mahkemesince verilen muvakkat refi kararı . — Bunun istinafı . — Kanton Mahkemesince istinaf talebinin reddi.

İ. İc ve İf. K. m. 82; İ. B. K. m. 495

T. » » » » » 61; T. B. K. m. 486

Bir üçüncü şahsın (borçlunun) yerine bir tediyei tekeffül ve takabül taahhüdü, adî kefalet olmayıp başlıbaşına bir ödeme borcu teşkil edeer. Binaenaleyh imza sahibi, evvelâ borçlunun takip olunmasını isteyemez.

Vakıaların hulâsası

Lausanne İcra ve İflâs dairesince 21 teşrinisani 1929 tarihinde teblig olunan 39053 numaralı ödeme emri ile (Marsa) A. Ş. , Camille Maye'den « 16 temmuz 1929 tarihli beyan ve taahhütname » mucibince 2800 frangın 16 eylül 1929 dan itibaren yüzde 6 faizi ile birlikte tesviyesini ister.

Camille Maye külliyei itiraz ettiğinden, müddei şirket ödeme emri ile arada cereyan etmiş muhaberattan maada, metni aşağıda yazılı olan beyan ve taahhüt vesikasını da ibraz ederek bu itirazın ref'ini talep eder:

« Aşağıda imzası konan, Lauzanne'da « Unic » Ziraî makineler A. Ş. idare meclisinden M. Camille Maye, işbu senet ile : Friburg'da « Marsa » Ziraî makineler A. Ş. tarafından Lausanne'da « Unic » A. Şirketine teslim olunacak (Welzer) markalı bir demet makinesi bedeli olan 2800 frangı

mezkûr «Unic» Anonim Şirketi yerine tekeffül ettiğini beyan eyler. Unic A. Ş. mezkûr meblağı vadesinde yani 15 eylül 1929 tarihinde ödemediği takdirde imza sahibi ben bu parayı Friburg'daki Marsa A. Şirketine tesviye etmeği, ve bu şirketin muhtemel bir ödeme emrine karşı hiçbir itirazda bulunmamağı taahhüt eylerim. »

Lauzanns mahkemesi reisi 15 şubat 1930 tarihli kararında: 2800 frank ile 16 eylül 1929 dan itibaren yüzde 5 faizi (zira yüzde 6 faiz mukavele olduğu ispat olunamamıştır) hakkında itirazın ref'ine ve masrafların borçluya tahmiline hükmeyler.

Camille Maye kanunî müddeti içinde bu kararı istinaf eder.

Mumaileyh matalibini şu yolda teyit ederek, adi bir kefalette bulunmuş olduğunu ve binaenaleyh asıl borçlu iflâs etmiş veya bunun aleyhindeki takip semeresiz kalmış olmadıkça kendisinin takip olunamayacağını iddia eder.

Kanton Mahkemesi bu istinaf talebini nazara almamıştır.

Esbabı mucibe

Müstenefünaleyh alacaklı istidasını, müstenif tarafından 16 temmuz 1929 tarihinde imzalanan beyannameye istinat ettirmektedir. Bu beyannameye nazaran müstenif, 15 eylül 1929 tarihine kadar Unic A. Ş. 2800 frangı ödemediği takdirde kendisi tediye edeceğini taahhüt etmiştir.

Müstenif itirazına mesnet olarak, kendisinin adi kefil sıfatıyla taahhüde girdiğini ve binaberin kendisinin ancak - asıl borçlunun - yani Unic A. Ş. nin - aczi halinde takip olunabileceğini, ve kenüz böyle bir aczin tahakkuk etmediğini ileri sürmektedir.

Bu suretle tavazzu eden yegâne mesele, 16 temmuz tarihli senedin bir kefalet teşkil edip etmediğini halletmekten ibarettir.

Bu senette mevzuubahs tasarrufun hukukî mahiyeti hususunda tereddüt mümkün ise de, herhalde bunun adi bir kefalet olmadığı muhakkaktır.

Müstenif bu tasarrufuyla, Unic A. Ş. yerine olarak müdahale etmek ve borç muayyenn vadesinde ödenmediği takdirde kendisinin bu şirkete halef olmak hususlarındaki niyetini izhar ediyor, ve mukarrer meblağı doğrudandogruya (Marsa A. Ş.) ne tesviye etmeği taahhüt ediyordu.

Böyle olunca, müstenifin kefil olacak yerde (Unic A. Ş.) nin borcunu asaleten ve doğrudandogruya üzerine almış olduğu kabul olunabilir. (Ba-

kınız: İsv. Fed. Mahkemesinin « Dumas - Lilla » davasında verdiği 13 temmuz 1916 tarihli karar; İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecmu. 42 II 260, ve o kararda zikrolunan içtihat).

İster bir « Constituum debiti alieni » olsun, ister şarta bağlı bir naklideyn olsun, herhalde muhakkak olan şudur ki bu bir kefalet değildir.

Diğer taraftan senette yazılı « tekeffül » tabirine tutunup kalarak buna büyük bir ehemmiyet atfetmeğe mahal yoktur ; zira müstenif tarafından bu senette izhar olunan kast ve niyetin, (Unic A. Ş.) nin borcu ödeyememesi halinde kendisinin muayyen bir tarihte müstenefünaleyh şirketin borçlusu olacağından ibaret olduğuna bakılırsa, kullanılan bu tabirin ehemmiyeti kalmaz.

Bütün bu sebeplere binaen, ve hassaten muayyen bir meblağın ödenmesi mevzuubahs olmasına ve alacağın muaccel bulunmasına mebni, Bida-yet Mahkemesinin 16 temmuz 1929 tarihli beyannameyi İcra ve İflâs kanunu m. 82 manasında bir borç ikrarı mahiyetinde addile itirazın ref'ine karar vermiş olması muhik ve beca görüldüğünden istinaf talebinin reddi ile taarruz olunan evvelki hükmün tasdikine karar verildi.