

ÇEVİRİLER



**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN MEDENİ HUKUKA  
İLİŞKİN KARARLARI (1969)\***

**Asis. Dr. Mustafa DURAL**

**I**

**ŞAHSIN HUKUKU**

**Tüzel kişilerin, kişilik haklarının ihlâline ilişkin hükümlerden yararlanmaları - Basın yolu ile kişilik haklarının ihlâli**

BGE 95 II 481-503

O l a y : T. A. adlı bir gazetede "Club Medityrannis" başlığını taşıyan ve bir sahife büyüklüğünde çıkan siyasî bir karikatür üzerine, ana ortaklığı Paris'te, yavru ortaklığı ise Cenevre'de olan "Club Mediteranee" adlı bir turizm ortaklığı, kişilik hakkının ihlâl edildiği gerekçesi ile dâva açar. Dâvacı şu istemleri ileri sürmektedir :

1 — T. A.'nın haftalık sayısında yayımlanan "Clup Medityrannis" adlı karikatürün, dâvacının kişilik ve ad üzerindeki haklarını ihlâl ettiğinin tespiti.

2 — Dâvalının söz konusu karikatürü yeniden basmasının ya da her hangi başka bir şekilde kullanmasının yasaklanması.

3 — Kararın kesin hüküm niteliğini almasından itibaren bir ay içinde, dâvalının, karikatürün çıkmış olduğu birinci sahifeyi reklâm için dâvacıya tahsis etmeye ve 8 Temmuz 1967 den itibaren % 5 faizlenerek 2200 Franka mahkûm edilmesi.

4 — Dâvalının, Cenevredeki Milletlerarası Kızılhaç Derneğine 1000 Frank ödemeye mahkûm edilmesi.

\*) Kararlardan sadece Almanca olanlar özetlenerek çevrilmiştir.



5 — Dâvacıya, kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde, kararı, gazetenin ilk üç sahifesinde yayımlama yetkisinin verilmesi.

Ticaret mahkemesi, dâvayı şu gerekçeler ile reddeder :

1 — Adın korunmasına ilişkin ZGB 29 (MK. 25) in aradığı maddî şartlar olayda gerçekleşmemiştir. Dâvacının, ne “Club Mediteranée” adını kullanmaya hakkı olmadığı iddia edilmekte ne de adın gaspı söz konusu olmaktadır. Zira, söz konusu karikatürde sadece “club” kelimesinin bulunması, dâvacının adının başka bir şeyi ifade etmek üzere kullanılmış sayılmasını kabule yeterli değildir (s. 484-485).

2 — Tüzel kişi olan dâvacı, BGZ 28 (MK. 24) deki kişiliğin korunması hükümlerinden yararlanamaz. Zira, bir yandan ZGB 28 (MK. 24) in tarihi gelişimi, diğer yandan da sistematik yeri buna engeldir. Bunun yanında, özellikle, dâvacının sadece iktisadî çıkarlar gütmesi de, tüzel kişilerin, kişilik haklarından yararlanmasına ilişkin amaca da uygun değildir. Bir an için, doktrindeki aksi görüşlere katılınsa bile, söz konusu olayda dâvacının kişilik haklarının ihlâl edildiği ileri sürülemez. Zira, karikatürde ifade edilen olaylar, dâvacının faaliyetine ilişkin bir sataşma değildir. Son olarak, dâvacı bir zarara uğradığını da ispat edebilmiş değildir.

### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü ŧ ü

(1 ve 2 No. lu görüşler yetki meselesine ilişkindir.)

3 — Dâvacı, ZGB 29 (MK. 25) a dayanarak adının korunmasını istemektedir. Bu hak tüzel kişiler için de söz konusudur; ticaret ünvanının Borçlar Kanunundaki korunmasını tamamlayan bir hükümdür. Gerek uygulama gerek doktrin, ad üzerindeki hakkın kişilik haklarına dahil olduğu yanî kişiden ayrılamayacağı ve bir malvarlığı hakkı olmadığı üzerinde tamamen anlaşmış vaziyettedirler (krş. *Grossen*, *Das Recht der Einzelperson*, im schweizerischen Privatrecht Bd. 2, 1967, s. 339: BGE 80 II 281; 83 II 255; 92 II 270 ve 278 E 7). Konusundaki özellik nedeniyle, adın korunması, ZGB 27 ve 28 (MK. 23 ve 24) deki kişiliğin genel olarak korunmasından ayrı olarak ZGB 29 (MK. 25) da düzenlenmiştir (si-486)...

Ancak, ticaret mahkemesinin doğru olarak belirttiği gibi, söz konusu karikatür adın kullanılmasını çekişmeli hale getirmediği için, dâvacının ad üzerindeki hakkı ihlâl edilmiş değildir. Bu nedenle ZGB 29 (MK. 25) daki adın tespiti dâvasının yeri yoktur. Ancak ZGB 29/II (MK.



25/II) deki adın gaspının var olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir. Bu durum, bir kimsenin hakkı olmaksızın, başkasına ait bir adı kendisi için ya da bir eşyanın belirtilmesi için kullanması halinde söz konusu olur. Olayda ise böyle bir şey yoktur. Tabiidir ki, başka, yanıltacak şekildeki benzer bir adın kullanılması da ZGB 29/II (MK. 25/II) anlamında bir ihlâl sebeptir. Bu, uydurulmuş adın söz konusu kişi hakkında karışıklık yaratması ve bu nedenle onun çıkarlarını ağır şekilde etkilemesi halinde söz konusu olur (BGE 80 II 145 ve 284 E 3; 90 II 464). Olayda ise kullanılan ad ve karikatürün konusu, dâvacı yönünden bir karışıklık yaratmaz. Ancak, karikatürün "...iyi düzenlenmiş kaplarımızda.." şeklindeki alt başlığı, üst başlık ile açıkça dâvacının adı ile alay edildiğini göstermektedir. Fakat, dâvacının, bu yolla kötü duruma düşürülmesi, değiştirilmiş olan adı başka birisi (özellikle başka bir turizm işletmesi) için ya da başka birisi tarafından kullanılmasından ileri gelmemektedir. Burada ancak şu sorulabilir: bu durum, dâvacının ZGB 28 (MK. 24) de düzenlenen genel kişilik haklarının bir ihlalini teşkil eder mi? (s. 487-488).

4 — Ticaret mahkemesi, tüzel kişilerin, özellikle dâvacı gibi, sadece iktisadî amaç güden tüzel kişilerin, kişiliğin korunması hükümlerinden yararlanamayacağı sonucuna haksız olarak varmaktadır. ZGB 28 (MK. 24) in ne tarihi gelişmesi ne de yeri bunu haklı göstermez. Aksine, amacı yönünden, kişiliğin tüzel kişilerde de korunması gerekir. korunması gerekir.

Her ne kadar, İsviçre Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, tüzel kişilerin hak ehliyetinin malvarlığı haklarıyla sınırlı olduğu fikri yaygın idiyse de, bu görüş yeni kanunun yorumlanmasında esas olarak alınamaz. Önproje açıklamalarının (Erläuterungen zum Vorentwurf) ikinci basısında bile (Bemerkungen zu Art. 71), söz konusu kanun hükmünün, kişinin şerefine ihlâl edilmesi halinde duyacağı acının sınırlandırılmasının uygulamaya bırakıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle ZGB 53 (MK. 46) deki hak ehliyeti sınırları içinde kalarak, tüzel kişilerde de kişiliğin korunacağı kabul edilmektedir (Egger, N. 9-12; Hafter N. 7-9) (s. 488)...

Uygulama da aynı yönde gelişmiştir (ZGB'nin yürürlüğe girmesinden önce BGE 31 II 246; 32 II 374; yürürlüğe girmesinden sonra: BGE 46 II 425; 52 II 343 ve 383; 60 II 326; 64 II 21 E. 4; 86 II 376; 87 II 46 E 3; 92 II 309).

ZGB 53 (MK. 46) nin bu şekilde geniş yorumlanmasına, maddenin kanundaki yeri bir engel yaratmaz. "Bütün hak ve borçlara..." ehil ol-



dukları belirtilerek, genel olarak kişiliği koruyan (Art. 27 ve 28; MK. 23 ve 24) ve özel olarak adı koruyan hükümlerden tüzel kişilerin de yararlanacağı açıklanmıştır. Ancak, ZGB 53 (MK. 46) daki sınırlama saklıdır. Tabiidir ki, genel olarak kişiliği koruyan hükümlerin ne dereceye kadar gerçek kişilere özgü olduklarının incelenmesi gerekir (BGE 31 II 246 vd.). Böyle bir özgürlük söz konusu olmadıkça tüzel kişi, kişiliğin korunmasından yararlanır. Bu koruma özellikle, sosyal çevredeki meslekî şeref ve saygı yönünden söz konusudur. Dâvacının haklı olarak belirttiği gibi, tüzel kişinin, eğer çevresi içinde varlığını devam ettirmek istiyorsa, kişiliğine ve kamu önüne çıktığı resimlerine saygı gösterilmesini beklemeye hakkı vardır (s. 489).

5 — Ticaret mahkemesi, ZGB 28 (MK. 24) in kural olarak uygulanacağı kabul edilse bile, dâvada uygulanamayacağı fikrindedir. Zira mahkemeye göre, söz konusu resimde, dâvacıya zarar verecek bir şey yoktur. Okuyucu da, "Club Medityraunis" davacının adına çağrışım yapsa bile, konu yönünden (mevcut politik durumun tenkidi) bir yanlış anlama söz konusu olamaz.

Bu görüş, şekli ve tek yanlı olup, sadece resim ve onda anlatılanlara yönelmiştir. Dâvacının faaliyetini ima eden alt yazılar hiç göz önünde tutulmamaktadır. Gerçi, başlık bu alt yazılar olmadan konulsa idi dahi, yine okuyucularda, dâvacının adına çağrışım yapacaktı. Ancak bu son halde, dâvacının faaliyetine dokunmayan, adın sadece şaka olarak değiştirilmesi söz konusu olacaktı. Oysa bu alt yazılar, dâvacı ile, özellikle Akdenizde bulunan devletler arasında bir ilişki kurmaktadır. Bunun dışında, karikatürde kullanılan diğer deyimler de okuyucunun zihninde dâvacının faaliyetini uyandırmaktadır (s. 490-491).

Karikatür aynı zamanda, dâvacının bağımsız olmadığını, söz konusu dikta rejimi altındaki devletlerle iş birliği yaptığını ve bu sebeple o ülkelere gezi düzenlediğini ima edebilecek niteliktedir. Metindeki "döviz memnuniyetle kabul edilir" kelimeleri de okuyucuda, söz konusu klübün bu ülkelere mali destek temin ettiği fikrini uyandırmaya uygundur.

Bu suretle dâvacı kamu önünde kötü bir duruma düşürülmektedir. Karikatüristin böyle bir amaç gütmemesinin hiç bir önemi yoktur. Zira dâva esas olarak ZGB 28/I (MK. 24/I) e dayandırılmaktadır. Söz konusu madde ise kusuru aramayıp, sadece kişiliği objektif olarak ihlâl eden bir olayın varlığını yeterli bulur.

6 — Yerleşmiş olan uygulamaya göre, hukuka aykırı bir müdahaleye dayanan kişisel ilişkinin ihlali haksızdır. Buna göre ZGB 28 (MK.



24) deki “haksız” terimi doktrinin de kabul ettiği gibi (*Jaeggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, II s. 208a*), OR 41 (BK. 41) deki hukuka aykırı olma ile eş anlamdadır (BGE 71 II 191; 80 II 38; 91 II 405 E 3a). İhlâl edilmiş olan hakkın korunmasına ilişkin emir ve yasaklara aykırı olan bir tutum hukuka aykırıdır. Burada sadece yazılı olan hükümler değil, yazılı olmayan normlar da göz önünde tutulur (BGE 90 II 279; 91 II 405 E 3a). Özellikle kişilik hakları alanında, hukuk sisteminin uygulama ve doktrin yolu ile çok genişletilmesi gerekir; zira ZGB 28 (MK. 24) çok geniş olarak “kişisel ilişkilerin ihlâlinden” söz etmektedir (s. 491-402).

7 — Basında yapılan bir yayım söz konusu olunca, ZGB 28 (MK. 24) in uygulanmasında durumun özelliği ve basının görevinin göz önünde tutulması gerekir. BGE 37 I 388 e göre basının görevi şudur: “Okuyucuya, belirli, genel ilgiyi uyandıran olaylara ilişkin bilgiyi vermek; onu, politik, ekonomik, bilimsel, edebi ve sanat olayları hakkında bilgi sahibi yapmak; genel çıkarlara ilişkin problemler hakkında görüş mübadelesi yapmaya itmek; her hangi bir şekilde kamuyu ilgilendiren bir problem hakkında pratik çözüm yolları göstermek; devlet idaresi ve özellikle kamu parasının kullanılması için hesap sormak ve kötüye kullanılmış ise bunu açıklamak..” Federal Anayasasının 55. maddesi ile verilen basın hürriyeti, vatandaş ile devlet arasındaki ilişkileri ilgilendirir. Basında yapılan bir yayımın kişisel ilişkileri hukuka aykırı olarak ihlâl edip etmediği doğrudan doğruya ZGB 28 (MK. 24) ve buna bağlı olarak OR 41 (BK. 41) e göre çözümlenir. Basın, önemli bir neden olmaksızın kişilerin (bunlar tüzel kişi olsa bile) kişisel ilişkilerine karışamaz. Diğer yönden her kişi de, kamu çıkarının yeterli olarak haklı gösterdiği hallerde, özel ilişkilerine belirli derecede bir müdahaleye katlanmak zorundadır (s. 493-494).

8 — Metni ile birlikte karikatür, gazetenin okuyucularında, davacının önünde bir azaltma yapacak niteliktedir. BGE 71 II 193 ün de belirttiği gibi, basın bir kimsenin kişisel ilişkilerine iki yolla müdahale edebilir : ya ilişkileri ilgilendiren olayları açıklayarak ya da bunları değerlendirek... Söz konusu karikatür gerçekte dâvacı hakkında gerçek olmayan bir şey söylememektedir. Reklâmlar, ilânlar dâvacının faaliyetine giren ve onun söz konusu ülkelere geziler düzenlediği de bir gerçektir. Yine söz konusu ülkelerin hükûmetlerinin döviz istedikleri de genel olarak bilinen bir gerçektir. Ancak ne var ki, metin, dâvacıyı, bu ülkelere döviz temin etmek için faaliyet gösterdiğini ima edecek niteliktedir. Bu suretle dâvacı, söz konusu ülkelere döviz temin eden yegâne, hiç olmaz ise



en başta gelen bir ajan haline getirilmiştir. Bunun yanında dâvacı, bir gizli ad ile söz konusu ülkeler lehine propaganda yapar duruma da düşürülmüş ve bu suretle nahoş olan bir olaya karıştırılmıştır. Bunun sonucu olarak, okuyucuların bir kısmında, dâvacıya karşı bir küçümseme hattâ bir nefret hissi doğabilir.

Bu suretle karikatürün alt metni cevaz verileni aşmıştır. Dâvacının şöhretinin düşürülmesi için basın yolu ile korunması gereken bir kamu çıkarı söz konusu değildir (s. 495)... Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi söz konusu karikatür, dâvacının kişilik haklarını ihlâl etmektedir...

## II

### AİLE HUKUKU

#### 1 — Boşanma - Yan sonuçları

BGE 95 II 65-68

O l a y : Dâvacı, karısına karşı geçimsizlik sebebiyle boşanma dâvası açmıştır. Karısı, geçimsizliğe kocanın sebep olduğunu ve sonunda da kendisini evden kovduğunu iddia etmektedir. Asliye mahkemesi, dâvacının kusurunun daha fazla olduğunu iddia edilemeyeceğini, köklü sarsılmanın her iki tarafın da kusurundan doğduğunu söyleyerek boşanma kararı verir. Ancak mahkemeye göre, dâvalının mal rejiminden doğan istemlerini ayrı bir dâvada ileri sürmesi gerekmektedir. Dâvanın istinaf mahkemesi önüne getirilmesi üzerine, bu mahkeme boşanmaya ilişkin kararı onaylar. Ne var ki, dâvalının ilk defa istinaf mahkemesi önünde ileri sürdüğü, tazminat ve yoksulluk nafakası istemleri hakkında mahkeme şu gerekçe ile hiç bir karar vermez: dâvalı, asliye mahkemesinde açılan dâvanın sadece reddini istemiş, yoksa kabul edilmesi ihtimali için her hangi bir maddî istemde bulunmamıştır (s. 65-66).

#### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü ſ ü

İstinaf mahkemesi Luzern usul hukukuna göre, geç istendikleri gerekçesi ile, yan sonuçlara ilişkin istemleri kabul etmemiştir. Oysa, Federal Mahkemenin içtihatları, devamlı olarak bu sonucun aksinedir (BGE 77 II 19; 80 II 145). Evliliğin yargıç kararı ile sona erdirilmesiyle buna bağlı olan kişisel ve maddî ilişkilerin de yeni duruma uydurulacak şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu sebeple, boşanma dâvası iki yönlü bir



dava olarak kabul edilmektedir. Bunun anlamı şudur: dâvanın kabul edilmesi halinde —feragat etmemiş olması şartıyla—, dâvalıya bir karşı dâva açması gerekmeksizin belirli haklar tanınır (s. 67).

Federal Mahkeme kararlarına göre, bir boşanma dâvasında, dâvanın reddedilmesini istemekle yetinmiş olan dâvalıya, boşama kararı verilmeden önce, Federal Hukuk gereğince, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin istemlerde bulunması olanağı sağlanmalıdır. (Federal Mahkemenin, 19 Ekim 1962 ve 26 Mayıs 1967 tarihli yayımlanmamış kararları) (s. 67).

**2 — Zina - Özel boşanma sebebi - Dâva hakkı ne zaman kötüye kullanılmış sayılır?**

BGE 95 II 509-514

**O l a y :** Fiilen ayrı yaşamakta olan karı kocadan her ikisi de evlilik dışı ilişki kurmuşlardır. Karı, ZGB 137 (MK. 129) ve buna bağlı olarak ZGB 143'e dayanarak belirsiz süreli ayrılık dâvası açar. Koca ise, ZGB 137 (MK. 129) a dayanarak karşı dâva ile boşanmayı ister. Mahkeme belirsiz süreli ayrılığa karar verir ve karşı dâvayı reddeder. İstinaf mahkemesi de kararı onaylar (s. 520).

**F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü**

Federal Mahkeme de Şu gerekçeler ile dâvalının temyiz isteğini reddeder :

**3 —** Federal Mahkeme, bir kararı hariç (BGE 53 II 197), zinayı mutlak bir boşanma sebebi olarak görmektedir. Rıza ve af dışında, boşanma istemi, evliliğin zina sebebiyle sarsılmış olmasına bağlı değildir (BGE 47 II 429; 57 II 245; 69 II 210; SJZ 57, s. 371). Bu nedenle zinaya dayanılarak açılan boşanma dâvasında, evliliğin köklü sarsıldığıının ve evliliğe devamın bu nedenle diğer eşten beklenemeyecek duruma geldiğinin ispat edilmesi gerekli değildir (s. 511).

**4 —** Bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi, boşanma dâvasının açılması da ZGB 2 (MK. 2) deki hakkın kötüye kullanılması sınırları içinde mümkündür. Hattâ kanun, zina sebebiyle boşanma dâvasının açılmasında, hakkın kötüye kullanılmış sayılacağı iki durumu açık olarak belirtmiştir. ZGB 137 (MK. 129) zinaya razı olan, ya da af eden eşin bu sebeple dâva açmasını yasaklamaktadır. Ancak, bu iki durumun açık olarak belirtilmesi, diğer kötüye kullanma hallerinde, dâvanın açilabi-



leceği anlamına gelmez. Gerek Federal Mahkeme gerek doktrin ZGB 137 (MK. 129) ye dayanan dâvanın ZGB 2 (MK. 2) deki genel hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbi olduğu fikrindedir (s. 511).

Ne var ki, hakkın kötüye kullanılması kuralının uygulanmasında çok dikkatli olmak gerekir. ZGB 137 (MK. 129) nin istisnaen uygulanmaması için, çok özel durumların bulunması gerekir ki, söz konusu özel durumlar olayda vardır. Temyiz dâvalısı (karı) evlilik dışı ilişkiler kurmaya başladığı zaman, evlilik, zaten sırf temyiz dâvacısının (koca) kusuru yüzünden sarsılmıştı. Koca ve metresinin, karıyı küçük düşürecek şekildeki tutumları kadını zinaya itmştir .Bu zina, ne evliliğin köklü sarsılmasına sebep olmuş ne de barışma imkânını ortadan kaldırmıştır. Temyiz dâvacısı zaten evli kalma niyetini kaybetmişti ve karısının attığı yanlış adımlar onun işine geliyordu. Bu sebeple, kocanın, karının hareketlerinde yüksek ölçüde kusuru vardır ve ayrıca evlilik de daha önce onun kusuru ile sarsılmıştır. Bu suretle bidayet mahkemesinin, karşı dâvayı hakkın kötüye kullanılmasına dayanarak reddetmesi yerindedir (s. 512).

### III

#### MİRAS HUKUKU

##### 1 — El yazısı ile vasiyetname - Düzenleme yeri

BGE 95 II 1-6

Ol a y : E. G. öldüğü zaman “Halden, 28 Temmuz 1965” tarihli el yazısı ile vasiyetnamesi bulunur. Kanunî mirasçılarını şekil noksanı ve ehliyetsizlik nedeniyle iptal dâvası açarlar (s. 2).

##### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

1 — Vasiyetnameye konulan düzenleme yeri, şekil yönünden genel olarak belgelerde tarihle birlikte kullanılan yerin aynısıdır. Bu anlamda yer, oturulan yer kavramı ile aynıdır : “Halden” de bu şartı yerine getirmiştir.

Uygulamaya göre, yer — aynen tarih gibi — doğru olmalıdır. Sadece şeklen düzenleme yerinin bulunması ile yetinilmeyip, bunun doğru olmasını da aramak kanuna daha uygun düşer. (BGE 50 II 6; *Burckhardt ZBJV*, 72, s. 381; *F. von Hippel*, *Formalismus und Rechtsdogmatik*, s 41 vd.). Ancak gösterilen yerin doğruluğu karinedir. Şüphe halinde yan-



lılık için vasiyetname dışı olgular da ileri sürülebilir ve bunları yargıç değerlendirir (BGE 75 II 345; *Tuor*, 2. A., N. 21 a). Söz konusu vasiyetnamede ise böyle bir durum yoktur (s. 3).

2 — Vasiyetnamede düzenleme yerinin muhakkak surette coğrafi ya da idarî bölge olarak gösterilmesi gerekmez. Düzenleme yerini her hangi bir şekilde katî olarak tesbit ettirebilen ibareler yeterlidir (BGE 64 II 410; *Imobersteg*, *Das Datum im eigenhaendigen Testament*, s. 89). Bu sebeple dâvacıların düzenleme yerine ilişkin itirazları da yerinde değildir (s. 3-5).

Bunun gibi, aynı adı taşıyan birden fazla yerin bulunması halinde de gerçek düzenleme yeri açık olarak belli ya da tam olarak tespit edilebiliyor ise, ayrıca o yerin bağlı olduğu coğrafi ya da idarî bölgenin belirtilmesi gerekli değildir (s. 4-5).

## 2 — Mirasın paylaşılması - Tarımsal işletmenin tahsisi

BGE 95 II 394-396

O l a y : Mirasbırakanın mirasçılarında biri olan oğlu polistir. Söz konusu çocuk, terkede bulunan iki tarımsal işletmenin kendisine tahsis edilmesini ister. Diğer çocuklar buna itiraz ederler. Asliye mahkemesi tahsise karar verirken, istinaf mahkemesi tahsisi reddeder.

## F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

Federal Mahkeme Şu gerekçeler ile istinaf mahkemesinin kararını onaylar.

3 — Dâvacının tahsisi istemesi ile tahsis için gerekli olan sübjektif şart gerçekleşmiştir. Ancak istinaf mahkemesinin tespit ettiğine göre, dâvacı, tarımsal işletmeyi çalıştırmak istememektedir. Aksine, o söz konusu yerlerin tahsis gayesini değiştirmek istemektedir. Dâvacı, polislikten çekildikten sonra, söz konusu yerleri, yaşlılığında oturabileceği bir yer olarak garanti etmek için kullanacak, bunun yanında tarım ile ikinci derecede meşgul olacaktır. Ayrıca söz konusu yerleri 1974 yılına kadar kiraya vermeyi düşünmektedir. Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki, tahsis ZGB 620 (MK. 597) ye aykırı düşmektedir. Bu hükmün gayesi, verimli bir tarımsal işletmeyi ayakta tutmak ve tarımsal işletmelerin bölünmesini engellemektir (BGE 92 II 224; *Tuor - Picononi*, *Kommentar*, Art. 620 Vorbem. 12). Dâvacının gayesi ise tamamen bunun aksinedir. Bu sebeple tahsisin objektif gayesi gerçekleşmemiştir.



## IV

## EŞYA HUKUKU

## 1 — Bitişik yapı (Naeherbau) - Şartları

BGE 95 II 7-13

O l a y : Dâvalı arazi maliki, özel bir yaya geçidinin yerini, malikinden izin alarak, kendi oturduğu evin tam önünden geçmeyecek şekilde değiştirmeye başlar. Ancak, başlangıçta yapılmış olan plân, arazi durumundaki özellik nedeniyle değiştirilir ve yol dâvacının ikametgâhının tam önüne yapılır. Ayrıca yolun iki tarafına duvar yapılması gereği de doğar. Yapı devam ederken söz konusu yere gelen, yolun değiştirilmesine izin veren firmanın temsilcisi, duvarların yıkılmasını ve kanunen gerekli olan aranın bırakılmasını ister. Derece mahkemesi dâvayı reddedince, dâvacı kanton mahkemesine başvurur. Dâvalı ise, kanton mahkemesinde bir karşı dâva açarak ,uygun bir tazminat karşılığı kendisine bitişik yapı hakkı tanınmasını ister. Kanton mahkemesi belirli bir tazminat karşılığı bitişik yapı hakkının tanınmasına karar verir. Bunun üzerine dâvacı temyize başvurur (s. 7-10).

## F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

4 — Yapıya komşuluk hukuku hükümlerine aykırı düştüğü için, ZGB 685/II (MK. 662/II) ye göre taşkın inşaat hükümleri, yâni ZGB 674 (MK. 651) uygulanacaktır. Taşkın inşaat haksız ise, görülebilir hale gelmesine rağmen, hakkı ihlâl edilen kimse zamanında itiraz etmez ise, inşaatı yapanın iyi niyetli olması şartıyla ona uygun bir tazminat karşılığı ya taşkın inşaat üzerinde bir aynî hak tanınır, ya da arsa üzerinde mülkiyet hakkı verilir (ZGB 674/III; MK. 651). Sonraki karşı dâva ile dâvalı bu hükme dayanmıştır. Ancak durumun tabiatı icabı, burada söz konusu olan, bir aynî hak ya da mülkiyet hakkının tanınması söz konusu olmayıp, bir bitişik yapı hakkının tanınmasıdır...

Dâvacı, dâvalının kötü niyetini ispat edememiştir. Bu sebeple dâvacının, kendisine ihbar yapılınca kadar iyi niyetli olduğunun kabulü gerekir (s. 10).

Dâvalının iyi niyetinin, dâvacı zamanında ihbarda bulunmuş olsa idi kendisine hiç bir yararı olmazdı. Oysa dâvacı zamanında ihbarda bulunmamıştır. Dâvacının yapı yapılırken temsilcisinin orada olmadığını, daha sonra söz konusu yere gittiğini ve ilk imkân doğduğu zaman hare-



kete geçtiğini ve bu sebeple de ihbarın zamanında yapıldığını iddia etmesi kabul edilemez. Zira bu sübjektif bir çözüme götürür. Oysa, ZGB 674 (MK. 651) bir objektif çözüm getirmektedir. Hâkim fikre göre, madde, zamanında ihbar yapılmış sayılması için hak sahibinin öğrenmesini değil, objektif olarak yapının görülebilir hale gelmesini arar. Bu sebeple, ihbarın zamanında yapılmış sayılmasına imkân yoktur. Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz istemi reddedilmiştir (s. 11-12).

**2 — Mülkiyetin ihlali - Müşterek maliklerden her birinin tek başına mülkiyeti koruyan hükümlerden yararlanması - Müşterek mülkiyette tahsis amacının değiştirilmesi**

BGE 95 II 397-407

**O l a y :** Bir uçak şirketi, müşterek mülkiyete tâbi iki gayrimenkul üzerinde, maliklerden biri dışında diğerlerinin rızası ile uçuş pisti yapma ve bu araziler üzerinde uçma hakkını elde eder. Rızası alınmayan müşterek malik, söz konusu parsellerin uçak pisti olarak kullanılmasının haksız müdahale olduğu idiası ile uçak şirketi aleyhine dâva açar. Ayrıca dâvacı, söz konusu yerlerin insan ve eşya trafiğini tehlikeye sokacak her türlü kullanılmasının da yasaklanmasını istemektedir. Asliye mahkemesi dâvayı reddeder. İstinaf mahkemesi ise, dâvacının istemini kısmen kabul ederek, uçak şirketinin söz konusu olan yerleri uçuş pisti olarak kullanmasını yasaklar. Bunun dışındaki istemler ise reddedilir. Dâvacı Federal Mahkemeye baş vurur (s. 398-400).

**F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü ş ü**

2 — ZGB 641/II (MK. 618) ye göre, bir şeyin maliki, her türlü haksız müdahleyi önlemeye yetkilidir. Bir müdahale doğrudan doğruya ise ve bu hali ile de ZGB 928 (MK. 896) daki zilyetliğin ihlâlüne tekabül etmekte ise haksızdır, meğer ki, müdahale edenin bu müdahalesi bir kanun ya da bir sözleşme hükmüne ya da bir aynî hakka dayandığı için haklı görülebilsin (BGE 88 II 267; *Meier - Hayoz*, N. 63; *Haab*, N. 42; *Leemann*, Art. 641 N. 38). Uçakların pistte hareketleri ve alçak uçmaları zilyetliğin ihlâlidir. Dâvalı ise ne bir kanun hükmüne dayanmakta ne bir sözleşme ya da bir aynî hakka (s. 401)...

Dâvacının müşterek malik olması, ZGB 641/II (MK. 618) den yararlanmasına engel değildir. Her müşterek malik, sadece üçüncü kişilerin değil, diğer müşterek maliklerin müdahalelerine karşı bile dâva açabilir (*Meier - Hayoz*, Art. 641, N. 60 ve Art. 646 N. 64; *Haab*, Art. 648



N. 2). Bu sebeple söz konusu olayda diğer müşterek maliklerin müdahaleye rıza göstermiş, ya da müdahaleye karşı harekete geçmemiş olmalarının hiç bir önemi yoktur.

ZGB 648/I (MK. 625) deki hüküm de buna engel değildir. Zira pist olarak kullanma, dâvacının engelsiz olarak yararlanması ile bağdaşamaz. Nasıl, münferit müşterek maliklerin kurdukları intifa hakları diğerlerini bağlamaz ise, konu bakımından buna benzer sözleşmeler de dâvacı yönünden hükümsüzdür.

İncelenmesi gereken diğer bir nokta da, dâvacının müşterek mülkiyete ilişkin diğer hükümlere göre, dâvalının müdahalesine katlanmak zorunda olup olmadığıdır.

Müşterek maliklerin pay ve kişi çoğunluğu ile alacakları kararların diğer malikleri bağlayabilmesi için önemli bir idarî işlemin söz konusu olması gerekir. Bu işlemler, tüketici olmamakla beraber, tarım usulünün ya da kullanma usulünün değiştirilmesi ile kira ya da ürün kirası sözleşmesi yapılması ya da sona erdirilmesidir. Oysa olayda, sadece bir önemli işlem değil, gayrimenkulün tahsis gayesini değiştirilmesi söz konusudur ki, bu da ZGB 648/II (MK. 625) ye göre, aksi kararlaştırılmadıkça oy birliği ile yapılabilir (s. 402-403).



## İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN BORÇLAR HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARI (1969)\*

Asis. Dr. Mustafa DURAL

- 1 **Ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle bir vasiye yapılan rüşvet vaadinin kesin hükümsüzlüğü - İlk borçlunun borçlusu bulunan üçüncü kişilerin kesin hükümsüz olan borcu yüklenmeleri ve yerine getirmeleri - OR 66 (BK. 65) nin uygulanması**  
BGE 95 II 37-42

O l a y : Beş gayrimenkulün malikleri tarafından H ve S lehine söz konusu gayrimenkuller üzerinde alım hakkı kurulur. Gayrimenkullerden birinin maliki vesayet altındadır. H, söz konusu kimsenin vasisine “onu kendisine bağlamak için” 100.000 Fr. vaad eder. Daha sonra H ve S, bu alım haklarını 305.000Fr. karşılığı mimar BG ve EG kardeşlere devredip 50.000 Fr. mı peşin olarak alırlar. Resmî belgenin düzenlenmesinden hemen önce vasi, H'nın isteği üzerine kendisine verilecek “tazminatı” 55.000 Fr. indirmeye razı olur. Bunun üzerine H, G kardeşler ile vasiye verilecek tazminatın kendilerine ödenecek bedelden indirilmesi üzerinde anlaşılır. G kardeşler de 55.000 Fr. vasiye öderler. Daha sonra H ve S, G kardeşlere karşı bir dâva açarak, vasiye ödenmiş olan miktarın kendi alacaklarından indirilemeyeceğini ileri sürerler. Zira dâvacılara göre, burada hukuk ve ahlâka aykırı bir rüşvet söz konusudur. Federal Mahkeme bu görüşü reddeder (s. 38).

### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

1 — Vasi, Ceza Kanunu anlamında memur değildir. Vasi ne bir rüşvet almıştır, ne de bir “hediye”. Zira ne vasisi olduğu kimsenin gayrimenkulünü gayrimeşru bir şekilde satmak için H'nın kendisine bir para

\*) Kararlardan sadece Almanca olanlar özetlenerek çevrilmiştir.



vaadinde bulunmasını temin etmiş, ne de bu parayı söz konusu sonuç için almıştır. Aynı şekilde ne bu parayı taahhüt etmekle, H, ne de bu parayı ödemekle BG rüşvet verme suçunu işlemiş olurlar. Vaadin bu nedenle ceza hukuku normlarına aykırı olduğu iddiası ile hukuk ve ahlâka aykırılığı iddiası ileri sürülemez (s. 39).

2 — Medenî Hukuk, vasinin borçlarını yerine getirirken, özellikle vesayet altındaki kimsenin mallarını idare ederken özenli hareket etmesini emreder (ZGB 413/I; MK. 397/I). Buraya, vesayet altındaki kimsenin bir gayrimenkulünün satılmasında, vasinin bütün teklifleri dikkatle incelemesi ve kendi çıkarına bakmaksızın, vesayet altındaki kimse için en yararlı olanı seçmesi de girer. Keza, bütün yapılan teklifleri vesayet makamına da bildirmesi gerekir (ZGB 421/1; MK. 405/1). Hevesli bir alıcının kendisine teklif ettiği kişisel çıkar nedeniyle, diğer teklifleri incelemeyen ve bunları vesayet makamlarına da bildirmeyen vasi, bundan vesayet altındaki kimse bir zarara uğramasa bile, görevini ihmal etmiş olur. Maddî bir çıkar vaad, ya da temin ederek onu böyle bir tutuma iten kimse de ahlâka aykırı hareket etmiş olur (s. 39).

Dâvacı H bunu yapmıştır ve vasiye sağladığı maddî çıkar sonucu, vesayet altındaki kimsenin çıkarları nazara alınmaksızın kendisine öncelik tanınmasını temin etmiştir. Vesayet altındaki kimsenin bundan bir zarara uğramış olması, ya da olmamasının önemi yoktur. Bu sebeple bu vaad OR 20/I (BK. 20/I) e göre ahlâk ve adaba aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür (BK. 39 - 40).

3 — BG'nin H'ya onun vasiye olan 55.000 Fr. borcunu ödemeyi taahhüt etmesi borcun bir iç yüklenilmesidir. Bu iç yüklenme vasinin H'yi borçtan ibra etmesi ile yerine getirilmiştir. Bu son hal borcun dış yüklenilmesidir (OR. 176; BK. 174).

Dâvacılar, kesin hükümsüz bir borcun yüklenilemeyeceğini iddia etmektedirler. Yine iddialarına göre, taraflar kesin hükümsüzlüğü bilmektedirler. Borcun kesin hükümsüz olması ve dâvalıların da bunu bilmesinden çıkardıkları sonuç ise, dâvalıların bunu bilerek ödedikleri ve bu sebeple de dâvacılara rücu edemeyecekleridir (s. 40).

Dâvacıların yanıldıkları nokta, ahlâka aykırı borçların da belirli hukukî sonuçlar doğuracağıdır. İfade bulunan kişi taahhüt ettiği edim ile ahlâka ya da hukuka aykırı bir gaye gütmekte ise, verdiğini geri isteyemez (OR 66; BK. 65). Bu, alan kimsenin söz konusu sonucu isteyip istememesinden, ya da ahlâka veya hukuka aykırı sonucu fiilen elde edil-



miş olup olmamasından bağımsızdır. OR 66 (BK. 65) in gayesi, ifade bulunan kimsenin ahlâk ya da hukuka aykırı amacına karşı tedbir almak ve devleti kirli bir amaçla meydana gelen malvarlıkları arasındaki değişimin eski hale getirilmesine yardım etmekten kurtarmaktır. Bu sebeple dâvalılar vasiye vermiş olduklarını ne ondan, ne de bu arada ölmüş olduğu için mirasçılardan geri isteyebilirler (s. 41).

Taraflar arasındaki ilişkide ise, dâvacıların da ahlâka aykırı davranmalarından hareket etmek gerekir. Ahlâka aykırı işlemin kesin hükümsüz olduğuna dayanacakları yerde borçlarını dâvalılara devretmişlerdir ve onların gösterdikleri bu kolaylığa karşı da kendilerine ödenecek bedelden 55.000 Fr. indirmek suretiyle bir karşı edim vermişlerdir. Bu indirim anlaşması, ahlâka aykırı bir amaç gütmesi nedeniyle kesin olarak hükümsüzdür. Bu sebeple de, karşı edim olarak yapmış oldukları indirimin kendilerine ödenmesini isteyemezler. Aksini kabul, OR 66 (BK. 65) hükmüne aykırı düşerdi (s. 40-41).

**2 — Haksız fiil - Hukuka aykırılık - İstihdam edenin sorumluluğu - Vekâlet verenin sorumluluğu - Vekâletin zımni olarak genişletilmesi - Vekâletsiz iş görme.**

BGE 95 II 93 - 108

O l a y : Mimar S, V'nin evinin de dahil olduğu yedi ev yapmaktadır. V'nin evindeki marangozluk işleri bir marangozluk atelyesi olan F tarafından görülmektedir. F, kamyonu ile yük taşıyan B'ye kapı ve pencerelerin taşınması işini verir. F, kamyon ile birlikte P ve E adlı iki işçisini de yollar ve onlara, pencere ve kapıların, takılma yerine taşınma görevini yükler. Eve geldikleri zaman, B, P'nin ricası üzerine içeriye taşıma işlerine yardım ederken, havalandırma deliğinden bodruma düşüp, başından ağır yaralanır. Bu yeri duvarcı F kardeşler kalaslar ile kapatmışlardı. Kartonpiyerici M ise, kendi işlerini yapabilmek için kalasları çıkarmış ve sonra — kendi iddiasına göre — tekrar yerine koymuştur. Sonra, aynı kalaslar döşemeci tarafından kaldırılmıştır. Kaza günü ise, kalaslar yerinde yoktu ve ne zaman kaldırıldıkları ve yerine konmadıkları da tespit edilememiştir.

Zarar gören B, V, duvarcı kardeşler F, marangoz atelyesinin sahibi F ve mimar S aleyhine, bunları müteselsil sorumlu tutarak 200.000 Fr. lik dâva açar.

İstinaf mahkemesi, V, F kardeşler ve marangoz F'ye karşı olan dâvayı reddeder ve S'yi kazadan sorumlu tutar.



Gerek dâvalı S, gerek dâvacı B kararı temyiz ederler (s. 94-95).

### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

#### I

#### DÂVALININ TEMYİZ İTİRAZLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1 — Dâvacının zararının sebebini, havalandırma deliği ile bodrum arasındaki boşluğun geçici bir engel ile kapatılmamıő olmasının teşkil ettiği sabittir. Bitmemiş olan binanın bu durumu, orada çalışanlar ya da girip çıkanlar için bir tehlike yaratmaktadır. Başkaları için bu şekilde tehlike yaratan kişilerin, zararın doğmaması için gerekli tedbirleri alması zorunludur (BGE 82 II 28 ve orada anılan kararlar; BGE 93 II 92 E. 2) (s. 96).

2 — İstinaf mahkemesi asıl müteahhit olan S'nin, yapının idaresini oğluna bırakmıő olmasından hareketle, engel konulmamıő olmasından dolayı S'yi OR 55 (BK. 55) e göre sorumlu tutmaktadır.

Dâvalı ise buna karşı bu itirazda bulunmaktadır : oğlunun söz konusu durumu yarattığı ya da bu durumun doğmaması için gerekli tedbirleri almadığı ispat edilmiş değildir. Her hangi bir işçinin bunu yapmış olması mümkündür. Ayrıca mahkeme, ZGB 8 (MK. 6) daki ispat kuralını d aihlâl etmiştir. Zira bu hükme göre, dâvacının, haksız fiilin şartlarının bulunduğunu ispat etmesi gerekir; yoksa dâvalının bu şartların gerçektelemediğini değil...

ZGB 8 (MK. 6) ya göre, kanunun aksini belirtmediği hallerde, bir hakkın doğumunu iddia eden kimse bunun dayandığı olayları ispat etmelidir. Bu hüküm, dâvacıyı kazadan ne kadar önce ve kimin tarafından engellerin kaldırıldığını ispat zorunda bırakmaz. Kaza zamanında engellerin bulunmadığının ve dâvalının oğlunun da müstahdem olarak her hangi bir teşebbüste bulunmadığının ispat edilmesi yeterlidir. Zira, Federal Mahkemenin kararlarına göre, OR 55 (BK. 55) deki sorumluluğun doğabilmesi için müstahdem ya da işçinin kusuru şart değildir. Müstahdem — ister bir yapma, ister bir yapmama olsun — bir tutumu ile bir zarara sebep olması ya da birlikte kusurlu olması yeterlidir (BGE 56 II 287 vd.; 66 II 38 45; 88 II 135; 90 II 90). Bu şartlar olayda gerçekteleştirmiştir. Müstahdem tutumunun kusurlu olup olmadığı, dâvacının da zararda müterafik kusurunun bulunması halinde önem taşır. Zira bu halde müstahdem (ve iş sahibi olarak dâvalının) tutumunun kusur açısından



değerlendirilmesi adalet gereğidir. Dâvalının müstahdeminin ( ya da bizzat dâvalının) kusursuzluğu halinde OR 44/II (BK. 44/II) de belirtilen hallerin önemi daha fazla olur (BGE 41 II 500; 88 II 135) (s. 97).

## II

### DÂVACININ TEMYİZ İTİRAZLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1 — Dâvacının, marangoz F'nin kendisine vekâlet hükümlerine göre sorumlu tutulması gerektiği iddiasını istinaf mahkemesi şu gerekçe ile reddetmiştir : V'nin verdiği vekâlet kamyonla taşıma ile sınırlandırılmıştır. Eşyanın içeri taşınması bunun kapsamına girmez.

Buna karşılık dâvacı, taşımaya yardım etmekle vekâletin kapsamının zımnî olarak genişlediğini iddia etmiştir (s. 102).

Oysa, dâvacının, taşıma işini aşarak, diğer işçilere boşaltma ve içeriye taşıma işinde yardım etmesi, vekâlet yönünden dâvalıya yapılmış ne bir yeni icap sayılır, ne de vekâletin kapsamının genişletilmesi... Zira dâvalı orada yoktu ve dâvacının tutumunu da görememiştir...

2 — Dâvacı, F'ye karşı olan tazminat istemini ayrıca OR 522/I (BK 413/I) e dayandırmaktadır. Ona göre, getirilen eşyanın eve taşınması dâvacının çıkarı gereği idi... (s. 103).

Her yararlı iş OR 422/I (BK. 413/I) anlamında iş sahibinin çıkarları için yapılmış sayılamaz. Özellikle — olayda olduğu gibi — iş sahibinin bizzat gerekli tedbiri alması ve bununla işin kendi çıkarlarına uygun olarak nasıl yapılacağını belirtmiş olması halinde, iş sahibinin çıkarına hareketle vekâletsiz iş görme iddiası ileri sürülemez. Bu hallerde, ancak, durumun iş sahibinin beklediğinden farklı olması, çıkarlarının belirli bir zorunlukla talimatından ayrılmayı gerekli kılması durumunda vekâletsiz iş görmeden söz edilebilir (s. 104).

3 — Dâvacı, ayrıca F'nin haksız fiil ika ettiğini ileri sürmektedir. Zira, dâvacıya göre, dâvalının evde marangoz işleri yaptığı için, pencere ve kapıların içeriye taşınması için gerekli tedbirleri alması, özellikle gerekli olan engelleri koyması gerekirdi (s. 105).

Dâvacının bu görüşü kabul edilemez. Önce dâvalı, dâvacıya eşyayı içeriye taşıma görevi yüklememiştir. Bu sebeple dâvacının emniyeti için gerekli olan tedbirleri alma yükümü yoktur. Bunun yanında tehlikeli du-



rum, marangoz işlerinden değil, hava deliğinin bitmemiş ve gerekli tedbirin alınmamasından doğmaktadır.

Bütün bunların yanında, dâvacı eve taşıma işinde yardım etmek borcu altında değildir (s. 105).

4 — Dâvacı, dâvalıyı, onun müstahdemi kendisine zarar verdiği için OR 55 (BK. 55) e göre sorumlu tutmaktadır. Dâvacının taşımaya yardım etmesi, meydana gelen zararın müterafik sebebidir. Dâvalının müstahdemi, dâvacının yardımını kabul etmekle, zararın sebebini hazırlamış ve OR 55 (BK. 55) e uygun hareket etmiştir. Diğer bir deyişle, istihdam edenin talimatına aykırı hareket etmişlerdir. OR 55 (BK. 55) in amacı da istihdam edeni, müstahdemini işlerini yaparken verdikleri zarardan sorumlu tutmaktır (*Oftinger, Haftpflichtrecht, 2. bası, II, s. 146*) (s. 106-107).

Bütün bu açıklamalar karşısında, marangoz F'nin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

**3 — Arsa olarak satılan bir yer için inşaat izninin verilmemesi halinde satış sözleşmesinin bağlanmazlığı ileri sürülebilir mi?**

BGE 95 II 407-411

O l a y : R, M'ye bir arsa satar. Satım sözleşmesinin yapılmasından önce, satıcının kocası belediye meclisine baş vurarak söz konusu arsaya su verilmesini ister. Belediye meclisi, yine sözleşmenin kurulmasından önce verdiği kararda, verilecek su miktarının hesaplanabilmesi için inşaat plânının verilmesini ister. Satım sözleşmesinin yapılmasından sonra, alıcı M plânı verir. Belediye meclisi bu plânı, inşaatın çok büyük olduğu ve bulunduğu çevreye uymadığı gerekçesi ile reddeder. M, yeni bir plân yapar ve bu plân da geçit yerinin çok dar olduğu gerekçesi ile reddedilir. Bunun üzerine M, arsanın üzerinde inşaat yapılamayacağını ileri sürerek, bu arada ölmüş olan R'nin mirasçılara karşı dâva açar. Bu dâvada ödemiş olduğu semenin faizi ile birlikte iadesini ve söz konusu arsanın dâvalılar adına tescili için karar verilmesini ister. Bu isteklerin kabul edilmesi üzerine dâvalılar temyiz yoluna baş vururlar (s. 407-409).

### **F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü**

1 — Dâvalılar, dâvacının temel hatasına dayanmayacağını şu gerekçeler ile iddia etmektedirler. Dâvacının temel hatasına dayanabilmesi için, arsada inşaat yapılmasının onun için sözleşmenin zorunlu bir şartı olması ve bu şartın, iş hayatındaki dürüstlük kuralına göre de bu şekil-



de kabul edilmesi gerekir (BGE 87 II 138). Arsa üzerinde sözleşmenin yapılmasından sonra fiilî, ya da hukukî sebeplerle inşaatın yapılamaması halinde de bu hukukî yardımdan yararlanabilirler. Bu sonuç, temel hatasının, tarafların gerçekleşeceğini muhakkak olarak gördükleri, fakat fiilen gerçekleşmeyen müstakbel olaylara ilişkin olabileceğinden de çıkarılmaktadır (BGE 55 II 188 E. 5; 53 II 154). Olayda ise bu şartlardan hiçbiri gerçekleşmemiştir (s. 409).

Her ne kadar bidayet mahkemesi, dâvacının inşaat yapabilmesini sözleşmenin vaz geçilmez bir temeli saydığını açık olarak belirtmemekte ise de bu, iptal edilen sözleşmeye hiç şüphesiz temel olmuştur. Özellikle dâvacının yüksek bir semen ödemesi, inşaatın yapılmasının, objektif yönden de iş hayatındaki dürüslük kurallarına göre sözleşmenin vaz geçilmez bir şartı olduğunu açık olarak gösterir (krş. BGE 91 II 278 E. 7 a ve b). Aksi halde, dâvacı sırf bir tarımsal gayrimenkul için bu kadar yüksek bir semen ödemezdi (s. 409).

Ancak bu olay yönünden özellikle incelenmesi gereken nokta, tarafların arsa teriminden ne anladıklarıdır.

Söz konusu arsa ne inşaat yapılması yasak bir bölgede bulunmaktadı, ne de arazi durumu sebebiyle inşaata elverişsiz değildir. Bu sebeple kural olarak inşaata elverişlidir.

Ancak bu yerde, sözleşme kurulduğu zaman, kanalizasyon, su tesisatı ve yeterli geçit yolu yoktur. Bu sebeple de dar anlamda arsa olarak kabul edilemez. Buna göre, alıcıya inşaata salih bir arsa taahhüt edilmemiştir. Belediyenin ilk plânı çok büyük olması gerekçesi ile reddetmesi, değiştirilmiş olan bir proje için izin verilebileceğini ve söz konusu yerde sözleşme kurulduğu zaman inşaat yapılabileceğini gösterir.

İkinci proje ise, geçitin yetersiz olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. İlk plânın bu sebeple de reddedilmemesi, belediyenin imar kurallarını çiğneyerek izin vereceği şekilde bağlanmış olduğunu göstermez. Dâvacının, izni, her halde alacağına ilişkin yanlış tasavvuru, iş hayatındaki dürüstlük kurallarına göre sözleşmenin esaslı bir unsuru olarak kabul edilemez. Aksine burada, tarafların iradelerinden bağımsız ve bu sebeple de söz konusu hukukî işlemin dışında kalan imar kurallarının hukukî sonuçları hakkında yanlış bir tasavvur vardır. Hukukî duruma ilişkin hata bu yüzden esaslı değildir ve bu nedenle de sözleşmenin iptalinin istenmesi imkânsızdır. Eğer alıcı sözleşmenin geçerliğini inşaat izninin verilmesine bağlamak istiyor idiyse, bunu bir şart olarak senette belirtmeli idi (BGE 70 II 275 E. 5) (s. 410-411).



Bu sebeple, dâvalının temyiz istemi yerindedir.

4. Gayrimenkul satımı - Satım sözleşmesinin inşaat izninin verilmesi şartının saklı tutularak kurulduğuna ilişkin anlaşmanın hukuki niteliği ve kapsamı - Bir şartın askıda kalma müddetinin tesbiti - Şartın gerçekleşmemesinin sonuçları  
BGE 95 II 523-532

C l a y ; W, alıcı olarak, V, H, T, E ve J ile resmî senede bağlanan gayrimenkul satım sözleşmeleri yapar. Bütün bu satım sözleşmelerinde alıcı yönünden resmî makamların “mutad olan izni vermesi” şartı saklı tutulmuştur. İzin için dilekçeyi alıcı “derhal” verecektir ve mülkiyetin devri de saklı tutulan durumun gerçekleşmesinden hemen sonra yapılacaktır.

W, belediye reisinden, inşaaata, ancak bölge iskân plânlaması yapıldıktan sonra izin verileceğini öğrenince, şimdilik dilekçe vermekten vaz geçer. Bundan sonra W, satıcılara özel bir iskân plânı yapmayı teklif eder ve onlar da bunu kabul ederler. Ancak, bütün gayrimenkul malikleri kabul etmedikleri için, yapılan özel iskân plânının başarıya ulaşmadığı yapılan toplantıda tespit edilmiştir.

Beş satıcı alıcıya bir mektup yazarak, inşaat izni için derhal baş vurma mükellefiyetini yerine getirmediği için sözleşmeden döndüklerini bildirirler; yeni bir mühlet verilmesi gerekli değildir. Ancak, bu görüşlerinin kabul edilmemesi ihtimali için ona bir aylık bir mehil verirler. Ayrıca sözleşmenin hile, hiç olmaz ise hata sebebiyle bağlayıcı olmadığını da açıklarlar (s. 524).

Alıcı W ise, yazdığı bir mektupla, sözleşmenin hâlâ bağlayıcı olduğunu açıklar.

Satıcılar görüşlerinde ısrar ederek bir aylık müddetin bitiminde sözleşmeden döndüklerini açıklarlar.

Bundan sonra, satıcılardan H gayrimenkulünü yeniden satar. T, E ve J ise üçüncü bir kişiye alım hakkı tanır. Alım hakkı sahibi bu hakkını bir müddet sonra kullanır.

Bu arada resmî iskân plânı da yapılmıştır. Bunun üzerine alıcı W, sözleşmenin yerine getirilmesini istediğini ve bir ay içinde inşaat izni için baş vuracağını bildirir. Satıcılar ise satım sözleşmesinin sona erdiğini iddia ederler. Alıcı, bir dâva açarak mülkiyetin kendisine ait oldu-



ğuna ve uğradığı zararın yargıcın takdir ederek tazminine karar verilmesini ister.

Dâvanın reddi üzerine dâvacı temyiz yoluna baş vurur (s. 525).

### F e d e r a l M a h k e m e n i n G ö r ü Ő ü

1 — Dâvacıya göre, yetkili makamların izin verme halinin saklı tutulması, bir geciktirici şart değil de eceldir. Zira taraflar, sözleşme yapıldığı sırada, dürüstlük kuralına göre inşaat izninin muhakkak verileceğinden fakat izin zamanının belirsiz olduğundan hareket etmişlerdir, hareket etmek zorundaydılar. Bu sebeple dâvalılar sözleşme ile bağlanmışlardır.

Dâvacı bununla izin ne kadar geç verilirse verilsin, dâvalıların sözleşme ile bağlı olma iradesine sahip olduklarını açıklamaktadır.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bir sözleşmenin sınırsız olarak askıda kalabilmesi için, sözleşmede özel tutanak noktalarının bulunması gerekir (BGE 72 II 35-36). Derhal baş vurma şartından, alıcının, dürüstlük kuralına göre, satıcıların, durumun bir an önce aydınlığa kavuşmasını istediklerini anlamak zorundadırlar. Bunun aynında, askıda durumun sınırsız bir zaman için devam etmesi, gayrimenkulün değerini de etkiler. Bu sebeple de taraflardan hiç biri, diğerinin belirsiz bir müddet için bağlı kalacağını tasavvur edemez. Özellikle dâvacı, dâvalıların karşı edimden yararlanmaksızın yıllarca bağlı kalacaklarını bekleyemez. Ayrıca "saklı tutma" sözcüğü de, sadece sözleşmenin ifasının ileriye atıldığını değil de, aksine, sözleşme ile bağlılığın, gerçekleşeceği şüpheli bir olaya dayandırıldığını göstermektedir (s. 527-528).

2 — İnşaat izninin söz konusu olan zamanda elde edilemeyeceğinin tespit edildiği anda satım sözleşmeleri geçersiz hale gelmiş ve alıcının gayrimenkuller üzerindeki bekleme (Anwartschaft) sona ermiştir. Bu nedenle, dâvalıların borçlarından kurtulmaları için hataya dayanmaları gerekmez. Onlar ancak, şartın sözleşmeyi askıda bıraktığı müddet, iskân plânının yürürlüğe girmesine kadar *kendiliğinden* uzayacak olsa idi hatayı ileri sürebilirlerdi. Olayda ise bu durum gerçekleşmemiştir. (s. 528-529).

3 — Gayrimenkule ilişkin satım sözleşmeleri resmî şekilde yapılır (OR 216/I; BK. 213). Bu kural, kıyasen uygulanan OR 12 (BK. 12) ye göre —esas sözleşme ile çelişki doğurmayan yan edimler istisna olmak üzere—, sözleşmenin değiştirilmesinde de uygulanır (*Oser/Schönenberger*, Art. 12 N. 9; *Becker*, Art. 12 N. 5). Buna göre, satıcıların, özel iskân



plânını yapılmasına razı olmaları ile kararlaştırılan askıda kalma müddetini zımnî olarak uzatabilip uzatamayacakları problemi ortaya çıkar. Zira bununla dâvalıların taahhütleri genişletilmektedir. Ancak bu kararda söz konusu mesele üzerinde durulmayacaktır. Ancak muhakkak olan şudur ki, bu durum, geçerli kabul edilse bile, askıda kalma müddetini, sadece özel iskân plânının yapılmasına ilişkin müddet için uzatır, yoksa dâvacının iddia ettiği gibi, resmî plânın yapılmasına kadar değil (s. 529-530).

4 — Dâvacı söz konusu saklı tutmanın kendi lehine olduğunu, bu sebeple bundan feragat edebileceğini ve inşaat izni verilme bile sözleşmenin ifasını isteyebileceğini iddia etmektedir. Bu görüşe göre, dâvacı, askıda durum devam ederken hattâ şartın gerçekleşmemesinden sonra da kendi edimini yerine getirerek ifayı isteyebilecektir. Yâni sonuçta sınırsız bir alım hakkına sahip olduğunu iddia etmektedir. Ancak, sözleşmedeki, inşaat izni için derhal başvurulması ve mülkiyetin devrinin de ancak izin verilmesinden sonra yapılacağına ilişkin şartlar, bu görüşün kabulüne engeldir. Dâvacı bu hükümler karşısında dürüstlük kuralına göre, dâvalıların gerekli olan zaman içinde ifa edip etmeme hakkında aydınlığa kavuşmak istediklerini bilmelidir. Dâvacının, saklı tutulan husustan feragat hakkı olduğu kabul edilse bile, ferafatını bu müddet içinde açıklamalı idi. Ayrıca dâvacı askıda durum müddeti içinde izin verilmesine bağlı olmaksızın mülkiyeti kazanmak istediğini gösteren hiç bir harekette bulunmamıştır (s. 530-531).

5 — Dâvacı, dönme beyanı ile birlikte son bir mehil verilmesinin açık olarak dürüstlük kuralına aykırı olduğunu bu sebeple de hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiğini açıklamaktadır. Oysa dâvalıların borçlarından kurtulmaları için ne bir son mehil vermeleri gerekmektedir ne de dönme beyanında bulunmaları. Müddeti içinde şartın gerçekleşmemesi, sözleşmenin kanun gereği etkisiz kalması sonucunu doğurur. Bu sebeple son mehil verilmesi gerçi gereksizdir; ancak bu gereksizlik nedeniyle hakkın kötüye kullanılması iddiası ileri sürülemez.

**5 — Temsil - Temsilcinin kendi kendisi ile sözleşme yapması - Taraflardan birinin temsilcisinin aynı zamanda karşı tarafın da temsilcisi, organı ya da birlikte temsilcilerinden biri olması halinde hukukî işlem kural olarak geçersizdir.**

BGE 95 II 617-623.

Federal Mahkeme kararlarına göre temsilci kendi kendisi ile sözleşme yapamaz ve yapsa dahî bu hukukî işlem geçersizdir meğer ki, tem-



sil, temsil edilenin bunda bir zarara uğrama tehlikesi bulunmasın ya da temsil edilen buna açık olarak yetki versin ya da sonradan icazetini açıklasın. Aynı kural bir kimsenin, her iki tarafın da temsilcisi ya da organı olarak sözleşme yapması halinde yürür (BGE 39 II 561; 50 II 168; 57 II 560; 63 II 174 vd.; 82 II 393; 98 II 321; 93 II 481; 95 II 453). Birlikte temsil halinde de birlikte temsilcilerden birinin her iki tarafın adına da sözleşme yapması halinde aynı sonuca varmak gerekir.