
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN
1934 - 1935 senesi
İÇTİHADININ NAZARİ BAKIMDAN ANALİZİ

BORÇLAR HUKUKU

I.— GAİPLER ARASINDA MUKAVELE AKDİ.

Gaipler arasında mukavele akdi meselesi bir hukukî mesele olup, Federal Mahkemesi (bizde Temyiz Mahkemesi) tarafından tekrar serbestçe tetkik edilebilir.

Bilâkis, mektuplar bir mukavelenin şifahen akdini ispat hususunda delil ve emare olarak dermeyan edilecek olursa, Kanton mahkemesinin (yani Bidayet mahkemesinin) bu (edis) lerdan istihraç edeceği neticeler filî müşahedeler olup Federal mahkemesi tarafından tekrar tetkik edilemez; ancak Kanton mahkemesinin istihraç ettiği neticeler dosyadaki vesaika veya beyyine hususundaki federal ahkâmına muhalif ise hüküm başka olur. (26 Şubat 1935 tarihli **Briner c/ Wirz** kararı) ¹⁾.

¹⁾ A.T.F. 61, II, 40. — J.d.T. 1935 sah. 556.

* * *

II.— GABIN.

32000 frank kıymetinde olan bir gayrimenkul bayiin hiffetinden istifade edilerek 65000 franga satılmıştır; bu beyi akdinin butlanı talep ediliyor (B.K. m. 21).

Gabinin objektif unsurunu teşkil eden tarafların ıvazları arasındaki açık nisbetsizliğin mevcudiyetini takdir etmek keyfiyeti mesaili hukukiyeden maduttur.

Gabinin sübjektif unsurlarından birini teşkil eden muzayaka²⁾ muhakkak surette iktisadi olmak lâzımgelmez; bu unsur zarurî şahsî ihtiyaçlardan da müteşekkil olabilir. Borçlar kanununun 21 ci maddesi mânasındaki tecrübesizlik ya işlerin tarzı cereyanından umumî surette ademi vukuf veya mevzuubahs meselede olduğu gibi, muayyen bir işi takdir etmek için umumiyetle icap eden hususî malûmata sahip olmamaktır. (5 Şubat 1935 tarihli **Stucki - Schnyder c/ Werthmüller** kararı³⁾).

Profesör E s m e i n 'in çok umumî tarifine göre « gabin bir kimsenin yapmış olduğu hukukî bir tasarrufun neticesi olarak düçar olduğu zarardır. İvazlı akidlerde gabin, bilhassa bir tarafını vermiş olduğu ıvaza mukabil daha dún bir ıvaz ahz eylemesidir »⁴⁾).

Vazı kanun bu neticenin hudusuna mâni olmak için müdahale edince, taraflar ıvazlarını tayin ederken hiç olmazsa bunların az çok müsavi olmasını temin etmek mülâhaza ve gayesile hareket eder. Muahhar tebeddüller ediş (ıvaz) talebine hakkı olan kimsenin menfaat veya zararınadır. (Mukayese için bakınız: **C.C.F.** m. 890, 1306, 1675; **B.C.B.** § 138; **C.O.** ve **B.K.** m. 21; **Avusturya M. K.** § 934) .⁵⁾

²⁾ Fransızcası: *gêne*, Almancası: *Notlage* dir.

³⁾ *A. T. F.* 61, II, 31. — *J.d.T.* 1935 sah. 492.

⁴⁾ Planiol, Ripert, Esmein: *Traité pratique de Droit Civil français* (c. IV, obligations, kısım I, sah. 275 No. 210) .

⁵⁾ Bak: İzmir Barosu Mec. sayı 6, sah. 179 ve mü.

Karşılıklı edişlerin ifası tehir edilip te, bu tehir anından ifa anına kadar yeni ve gayri melhuz hâdiseler dolayısıyla ıvazlardan birinin kıymeti gayri tabii ve fevkalâde bir nisbet dahilinde artacak olursa bunun devasını gabin hakkındaki kanuni hükümlerde değil, belki de « imprevision » nazariyesinde ⁶⁾, **clausula rebus sic stantibus** da ⁷⁾, mücbir sebepte, edişin imkânsız olması halinde (B.K. m. 119), açık ve ifratkâr bir istismarda ve hüsnü niyet kaidelerinde aramak icap eder.

Akdin in'ikadı zamanında mevcut bir gabnin o hukukî tasarrufun butlanını mucip olup olmadığı hususunda tatbik edilen kıstaslar muhtelif kanunlara göre değişir. Bazı kanunlar sübjektif kıstaslar kabul ettiler, meselâ, Alman Medeni kanunu (§138) ve ona uyan muaddel İsviçre Borçlar kanununda (madde 21) (ve dolayısıyla Türk Borçlar kanununda) aşağı yukarı aynı tâbirler kullanılarak « ıvazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde eğer mutazarrının muzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş ise » o akdin butlanının talep olunabileceği kabul edilmektedir.

Diğer bazı kanunlar objektif kıstasların kabulünü tercih etmişlerdir: Bir tarafın tediye ettiği şeyin kıymeti ile ahzylediği şeyin kıymeti arasında kanunun aradığı muaddelet bulunmayınca, âkit tarafların şahsî hal ve vaziyetleri nazarı itibara alınmaksızın müeyyide tatbik olunur. [Bu kıymetler arasındaki muaddelet Fransız Medeni kanununa göre on ikide yedi (madde 1674) ve Avusturya Memeni kanununa göre yarısıdır (madde 934)] ⁸⁾.

Bu muhtelif kanunların nazarı itibara aldıkları kıymet, muayyen bir yer ve zamanda umumiyetle cari olan fiat, eskilerin

⁶⁾ Planiol, op. cit, cilt IV, sah. 545 ve mü., No. 391 ve mü.

⁷⁾ Clausula rebus sic stantibus hakkında, bak. Thilo nun bir yazısı: Huk. Fak. Mecmuası, sene I. No. 3, sah. 346 ve bu yazı No. VII.

⁸⁾ Binaenaleyh gabnin mevcudiyetini isbat için müddei, kanunun tayin etmiş olduğu nisbetin aşılmış olduğunun göstermesi kâfi olup, yoksa uzlaşmanın sübjektif unsurlarını dermeyan etmesine lüzum yoktur. İsviçre kanununa göre beyyine daha külfetlidir. Müddei nisbetsizlikten gayri (objektif unsur) istismarı da (sübjektif unsur) isbat etmelidir.

Communis aestimatio tâbir ettikleri mefhum yani «umumî kıymet» veya Avusturya Medenî kanununun derpiş ettiği cari fiat (**der gemeine Wert**) dir. ⁹⁾

Bu kanunun 934 üncü maddesine göre, ıvazlı mukavelelerde âkit taraflardan birisi vermiş olduğu ıvazın umumî kıymetine nazaran yarısını bile almamış ise, bu suretle gabne düçar olur ve bu sebebe müsteniden mukavelenin butlanını ve eski halin iadesini talep etmek hakkını haiz bulunur. Kıymet, daha doğrusu kıymetler arasındaki fark mukavelenin in'ikadı anında tayin edilir ¹⁰⁾. Gabin ile malûl olan akit mutlak butlan ile batıl değildir; müddeaaaleyh gabne düçar olan tarafa umumî kıymet ile uyuşulan fiat arasındaki farkı ödemek suretile mukaveleyi muhafaza edebilir ¹¹⁾.

Maalesef İsviçre Borçlar kanununda vaziyet böyle değildir. Ya mukavele olduğu gibi muhafaza edilmekte veya butlanına hükm ile ortadan kaldırılmaktadır. Hâkim, gabne düçar olan tarafın edişini tenzil veya diğer tarafinkini tezyit ederek mukaveleyi değiştiremez ¹²⁾.

* * *

III. TEMSİL — Bilâhare taayyün edecek olan kimse için muamele. (B.K. m. 32 fık. 2) .

«Bilâhare taayyün edecek olan kimse hesabına yapılan muamele» ¹³⁾ bir mümessil tarafından objektif veya sübjektif bir

⁹⁾ von Tuhr, Partie Générale du C. O., cilt I, sah. 281 No. 1

¹⁰⁾ Fransız Medenî Kanunu 1675 inci maddesinde aynı hükmü beyan etmektedir.

¹¹⁾ Fransız Medenî kanunu 1681 inci maddesinde aynı hükmü vezetmektedir: «... müşteri muhayyerdir: dilerse ahzetmiş olduğu mebiî iade ile te-diye etmiş olduğu semeni geri alabilir, dilerse mebiî muhafaza fakat mecmu fiatın yüzde onunu tenzil ederek farkı fiatı öder...»

¹²⁾ Guhl, Das schweiz. O. R., sah. 35, § 7, in fine .

A. von Tuhr, Partie Générale du C. O., cilt I, sah. 218, II.

¹³⁾ Bu tâbirin *fransızcası*: «L'acte pour le compte de qui il appartient-

şekilde tayin edilmemiş temsil edilen kimse hesabına yapılan muameledir.

Bu hukukî müessese İsviçre hukukunda kabul edilebilen bir müessesedir, ancak şu şartla ki temsil edilen kimse muvakkat bir zaman için gayri muayyen ve gayri müşahhas olsun. (19 İkinci kânun 1934 tarihli **Allgemine Finanz gesellschaft et consorts c/ « Electra », Aktiengesellschaft für angewandte Elektrizitaet kararı**)¹⁴⁾.

Bu kararın aşağıdaki esbabı mucibelerini kaydediyoruz :

Nazariyatta, bilâhare taayyün edecek olan kimse namına muamelenin mevcudiyeti için, akdin in'ikadı zamanında âkit taraflardan birinin üçüncü bir şahıs olması ve objektif bir şekilde tayin edilmemiş veya hiç değilse diğer âkit tarafa bildirilmemiş olan bir müvekkil hesabına muameleye girişmiş bulunması lâzımdır. Müşteriyi tayin etmek hakkını muhafaza ederek birşey satın alan kimse, buna en esaslı bir misal teşkil eder. Üçüncü şahıs hesabına hareket eden kimse, diğer âkit tarafa kendi nam ve hesabına muameleye girişmek niyetinde olmadığını beyan eylemiş bulunduğundan, burada doğrudan doğruya temsilin hususî bir şekli mevcuttur denilebilir. Bu muameleyi alelâde temsilden tefrik eden nokta, burada temsil edilen kimsenin muvakkaten tayin edilmemiş olmasıdır. Cari hukukî rejim mezkûr temsil şeklini kabul ediyorsa, böyle bir hukukî muamele ile temsil edilen kimsenin doğrudan doğruya alacaklı veya borçlu olduğunu da kabul etmesi icap eder.

Alman hukukunda gayri muayyen ve gayri müşahhas bir kimse için muamele kayıtsız ve şartsız kabul edilmektedir¹⁵⁾.

dra» veya l'acte pour un nommable» ; *almancası da* : «Handeln für denjenigen, den es angeht» dir.

¹⁴⁾ A.T.F., 60, II, 492. — J.d.T. 1935 sah. 397.

¹⁵⁾ Bak: Rümelin, Das Handeln im fremden Namen, (Arch. f. ziv. Prax. cilt 93, sah. 199, 221 ve mü.) .

von Tuhr, Allg. Teil des B. G. B., cilt II, 2, sah. 343 ve mü.

Riezler, Staudinger'in eserinde, 9 cu tab', rem., 3 C ad. § 164;

Oertmann, 3 cü tab', n. 1 litt. b. ad § 164;

Buna müşabih neticeler tevhit eden Fransız hukukundaki «la déclaration de command» veya «l'élection d'ami» müessesesini zikredebiliriz ¹⁶⁾ ; keza İtalyan hukukunda da «la vendita per persona da nominarsi» müessesesi mevcuttur ¹⁷⁾ İngiliz hukuku hakkında Curti'nin eserine müracaat ¹⁸⁾ .

İsviçre hukukunda bu müessesenin kabulüne mâni hiç bir hüküm mevcut değildir. Aktin in'ikadı zamanında temsil edilen kimse objektif bir şekilde muayyen ve sübjektif bir şekilde gayri muayyen olsa yani, temsil edilen kimse muvakkaten diğer tarafça malûm olmasa bile akid muteber olur; esasen bu netice Borçlar kanununun 32 ci maddesinin 2 ci fıkrasından istihraç edilebilir. Bu maddeye göre akdi yaparken mümessil, sıfatını bildirmedigi takdirde akdin alacak ve borçları kendisine ait olur; şu kadar ki kendisile akdi yapan kimse mümessil veya temsil edildenden biri veya diğeri ile akit icrası kendisince farksız bulunur ise akidlerden doğacak hak ve borçlar temsil olunan kimseye ait olur. Mümessil açıktan açığa hareket edince, yani kendi nam ve hesabına değil de başkası için muameleye giriştiğini diğer âkit tarafa bildirmiş olunca, doğrudan doğruya münasebetlerin mevcudiyetini evleviyetle kabul etmek lâzımdır. Esasen mukaddem bir meselede Federal Mahkemesi bu yolda bir karar vermişti ¹⁹⁾.

Bunula beraber, akdin in'ikadı zamanında objektif olarak gayri muayyen olan bir taraf ile akdedilen mukavelelerin şayanı kabul olup olmaması hususunda umumî ve nazari bazı mutalealar serd edilebilir. **Apriori**, kabli olarak bu gibi mukaveleler gayri mümkün değildir ; esasen ecnebi hukukların bu hususta almış

Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, sah. 34 ve mü.

¹⁶⁾ Planiol - Ripert et Esmein, op. cit, cilt VI, No. 61 ;

Baudry - Lacantinerie, Précis, 12 ci tab', sah. 884.

¹⁷⁾ Pacifici - Mazzoni, Diritto civile, cilt II, 1, sah. 465 (Cohn'un eserinde zikredilmektedir : sah. 295) .

¹⁸⁾ Curti, Englands Privat - und Handelsrecht, cilt II sah. 36. (Bu eserin fransızca da vardır) .

¹⁹⁾ A.T.F. 28, II, 520, 4 No. 11 esbabı mucibe.

oldukları vaziyet bu düşünceyi teyit etmektedir. Beansart ki temsil edilen kimse muayyen vaziyette kabili tayin olsun; bu şahsın tayininin mümessilce, üçüncü bir şahsa veya harici herhangi bir hâdiseye bağlı olması hiç te haizi tesir değildir. Akitlerde serbesti prensibi kabul edilmiş bir esas olmasına ve bu nevi tasarruflar hakiki bir ihtiyacı karşılamakta bulunmasına mebni, bu hukuki müessesenin İsviçrede de kabul edilmesi icap eder. Bundan başka hukukumuz, esaslı unsurlarından biri muahhar bir beyana muallak olan birçok başka mukaveleler tanımaktadır; bu keyfiyet ise evvelki mutalâaya bir kat daha kuvvet vermektedir. Misal olarak Borçlar kanununun 71 ci maddesinin ²⁰⁾ derpiş ettiği terdidî bir borcun mevzuu ²¹⁾, beyaz ciroda son ciranta veya hâmilin vaziyeti ²²⁾, 111 ci maddedeki başkası lehine şart (stipulation pour autrui) ²³⁾ gösterilebilir. Bu muamelelerde gayri muayyen olan her ne kadar taraflardan birisi değilse de muhtevasının bir kısmıdır; şöyle ki: Alternatif borçta edişin nihai mevzuu, beyaz ciroda ve başkası lehine şartta ise istifade edecek olan kimseler gayri muayyendir. Âkit taraflardan birinin gayri muayyen olmasından doğacak olan güçlükler, meselâ 111 ci maddedeki başkası lehine şarttaki meşkûk vaziyetten doğacak olan güçlüklerden herhalde daha fazla değildir. Bunun içindir ki İsviçre hukuk edebiyatı umumiyet itibarile «gayri muayyen ve gayri müşahhas bir kimse için muamele» yi kabul etmektedir ²⁴⁾.

²⁰⁾ C. O. m. 72.

²¹⁾ *Terdidî borç* (obligation alternative) hakkında bakınız:

A. Samim, Borçlar Hukuku, İstanbul 1934, sah. 232.

²²⁾ Türk T.K. m. 538 fık. 2: «Ciroda hâmilin isim zikredilmemiş yahut ciranta çolıça veya alonj zahrına yalnız imzasını vaz ile iktifa etmiş olsa bile, ciro *sahih* ve *muteberdir*. (Beyaz ciro).

T.K. m. 539 fık. 2: «Ciro, beyaz ciro nevinden ise hâmilî:

[] O ciroyu ister kendi namına, ister bir şahsı ahar namına imlâ edebilir.

[]

[]

²³⁾ C. O. m. 112.

²⁴⁾ Oser - Schönemberger, Obligationenrecht, n. 9 ad art. 32.

Fakat hukukan müessir bir şekilde hareket edebilmek için temsil edilen kimsenin ancak **muvakkat bir zaman için** gayri muayyen ve gayri müşahhas olması zarurîdir. Bu kaide, müvekkilin objektif bir tarzda gayri muayyen bulunması halinden istihraç edilebilir, çünkü bu halde mukavelenin ifası için temsil edilen kimsenin tayin edilmiş olması icap eder. Müvekkilin sübjektif bir tarzda gayri muayyen bulunması halinden de yukardaki kaide çıkarılabilir; bu halde âkit taraf mukavelenin in'ikadı zamanında objektif bir tarzda muayyen olan müvekkilin şahsiyetinden malûmattar olmamalıdır. Taraflardan biri, akit in'ikat ederken, temsil edilen kimsenin tanınmamasında, ortaya çıkmamasında bir menfaat gözetebilir; işte bu gibi muameleler tahaddüs edebilecek bu gibi mahzurları ortadan kaldırmağa yarar. Bu sübjektif gayri muayyeniyet, prensip olarak, ancak geçici bir zaman için mevzuubahs olabilir; bunu devamlı bir vaziyete inkilâp ettirmek istemek müessesenin mahiyetine muhalif bir haletin vücut bulmasını talep etmek olur. Fazla olarak böyle bir hal âkit tarafa lâzım olan hukukî istikrarı ihlâl eder ve hukukî düzene mugayir olur. Şayet bu âkit tarafın indî ve keyfi muamelelere maruz kalmasının önüne geçilmek isteniyorsa, bütün işin seyri müddetince temsil edilen kimsenin arka safta kalmasına ve ancak menfaati iktiza ettiği zaman ortaya çıkmasına mâni olmak icap eder. Aksi halde birçok sui istimallere yol açılmış olur. Binaenaleyh, mütemadî bir surette gayri muayyen kalacak olan müvekkil namına aktedilen mukavele, icabı hal ve maslahata göre, âdab ve ahlâka mugayir bir mukavele olarak telâkki edilmelidir (B.K. m. 20) .

von Tuhr, Code fed. des obl., 2ci fransızca tab'ı, cilt I, sah. 311.
bilhassa no. 10.

Becker, Obligationenrecht n. 8 ad. art. 32.

Cohn, Op. cit, sah. 249 ve mü. Bilhassa İsviçre hukukunu tetkik eden bu müellif aynı neticeye varmaktadır.

* * *

IV.— HAKSIZ FİİLLER.

a) Cismanî zararlar

1° — Mağdurun meslek değiştirmeye mecbur kalması. (B. K. m. 41 ve müt.) .

Haksız fiil dolayısıyla mutazarrır olan kimse bu fiilin neticelerini tezyid edecek mahiyette her hangi bir hareket yapmaktan çekinmelidir; hattâ zararı tahfif edebilecek bilûmum tedbirlere tevessül etmelidir.

Bu tedbirler meyanında, cismanî zarara düçar olan kimse- nin meslek değiştirmeye mecbur kalması ve seçeceği faaliyetin eski mesleğine nispetle malûliyetini en az hissettirecek bir faaliyet olmasına dikkat etmesi, sayılabilir.

Mamafî bu mecburiyet mağdurun müşterek bir kusurunu veya zararı doğuran gayri melhuz hâdiselerin mevcudiyetini tazammun eder; bilmukabele, zarar münhasıran failin kusurundan neş'et etmiş ise mağdurun mesleğini değiştirmesi kendisinden talep edilemez.

On dört yaşında bir genç kız babasının çiftliğinde büyümüş ve mektep harici boş vakitlerini de mezkûr çiftlik işlerine hasr etmiş bulunduğundan, bu kızın zirai mesleğe kendini vakfettiği kabul edilebilir ve tedavisi gayri kabil olan kısmî malûliyetin neticelerini takdir etmek için de bu mesleğin göz önünde bulundurulması icap eder. (27 Haziran 1934 tarihli **Werner c/ Demoiselle Bühner et Jacob Bühner** kararı) ²⁵⁾ .

2° — Tıbbî tedavi. (B.K. m. 41, 44, 46)

Bir kaza neticesinde yaralanan bir kimse, prensip olarak, bu zararı imkân dairesinde azaltmak mecburiyetinde olduğundan

²⁵⁾ A.T.F. 60, II, 226. — J.d.T. 1935 sah. 23.

hekimin emrettiği tedaviye tâbi olması icap eder; maahaza iyileşme imkânlarını arttıracak olan uzun ve pahalı bir tedavi takip etmeğe mecbur değildir; fakat haksız fiil faili maddî ve manevî şart dahilinde bir tedavinin icap ettirdiği masarifi avans olarak tediye edeceğini teklif ederse, hüküm aksidir (2 Temmuz 1935 tarihli **Bochet c/ Castiglioni** kararı) ²⁶⁾.

3° — **Vefiyat cetveli. Faizlerin sermayeye zammı** (B. K. m. 41 ve müt.) .

İsviçrede (ve dolayısıyla memleketimizde) muhtelif mesleklere veya muhtelif meslek gruplarına ait cedvel vefiyat cedveleri (daha doğrusu faaliyet cedvelleri: tables d'activité) mevcut olmadıkça, bir kimsenin muhtemel hayat uzunluğu ile muhtemel iş görebilme müddetinin uzunluğu arasında farkı nazarı itibara almağa imkân yoktur.

«Faaliyet cedvelleri» hakkında Mösyö G. de Watteville'in bir etüdü ^{26a)} ile Federal Mahkemesinin 21 Mart 1934 tarihli **de Preux et Briand c/ Veuve Borloz et enfants Borloz** kararına ^{26b)} bakınız.

Bugünkü iktisadî vaziyette faizlerin % 4 hesabı ile sermayeye zammı dolayısıyla tazminatın irat yerine sermaye olarak tediye edilmiş olmasından fazla bir menfaat istihsal olunduğu bahane edilerek bu tazminat miktarı tenzil edilemez.

Buna mukabil, faizin yüzdesi nazarı itibara alınmaksızın hususî bir vaziyette sermaye olarak tediye edilmiş olan tazminat miktarının tenzili terviç edilebilir; o da, bu sermayenin mağdur tarafından iyi bir surette kullanılarak kendisine hakiki ve mühim bir menfaat temin ettiği haldir (3 c esbabı mucibe). (30 Birinci teşrin 1934 tarihli **Meier c/ Steffen** kararı) ²⁷⁾.

²⁶⁾ A.T.F. 61, II, 130.— J.d.T. 1935 sah. 504.

^{26 a)} J.d.T. 1934, sah. 386.

^{26 b)} J.d.T. 1934, sah. 300 ve Rev. Trim. de Dr. Civ. 1934, sah. 903 ve mü.

²⁷⁾ A.T.F. 60, II, 397; J.d.T. 1933, sah. 232.

b) Ölüm ile neticelenen kazalar

1° — Muinden mahrumiyet. Manevî zarar. (B. K. m. 41, 45, 47) .

Bir kaza neticesinde bir anne ölüyor.

Çocuklar muinden mahrumiyet sebebiyle tazminat talep edebilirler; ve bu tazminatın miktarı da şöyle hesaplanır: hayatlarını bizzat kazanabilecekleri yaşa kadar, annelerinin çocuklarına muhtemelen sarfedeceği nakdî meblâğdır. İçtimai muhite göre bu sin yirmi yaş olarak kabul edilebilir.

Kocanın karısının ölümü dolayısıyla tazminata hakkı olabilmek için, bu ölümün vaziyetine uygun olan tarzı hayatını nakden ihlâl etmiş olması icap eder.

Faizlerin sermayeye zammı, hali hazırda tercihan % 4 olarak tespit edilmelidir.

Bu meselede feci bir surette ölen annenin hiç bir kusuru olmadığı ve bilâkis ölüme sebebiyet veren otomobil şoförünün müteaddit ağır kusurlar irtikâp etmiş olduğu göz önünde bulundurulursa, kocaya 4000 frank ve her çocuğa ikişer bin frank takdir edilen manevî tazminat hiç te fahiş değildir. (26 Eylül 1934 tarihli *Blondey c/ Pellenda* kararı) ²⁶⁾ .

2° — Muinden mahrumiyet. Dul kadının tekrar evlenmesi.

Zarar dolayısıyla mesuliyeti müstelzim olan fiilin mezkûr zararın yegâne illeti olması icap etmez; zararı doğuran sebeplerden birisi, hâttâ ikinci derecede birisi, illetler zincirinin bir halkası olması kâfidir.

Lâlettayin bir hâdisse bir zararın illeti addedilebilmek için .

²⁶⁾ A.T.F. 60, II, 325. — J.d.T. 1935, sah. 98.

Ayrıca mukayese için bak:

21 mart 1934 tarihli *de Preux c/ Borloz* kararı (J.d.T. 1934 sah. 309, n. 5)

12 Şubat 1935 tarihli *Epoux Bouvin c/ Commune de Chernignon* kararı [aşağıda e)- 2 sah. 357].

o hâdisenin vakayii normal cereyanına ve hayat tecrübelerine göre husule gelen netice nev'inden bir netice husule getirmeğe kadir olması icap eder.

Muinden mahrumiyet dolayısıyla dul bir kadına bir tazminat takdir eden mahkeme, dulun tekrar evlenebilmek imkânlarını nazarı itibara alarak mezkûr tazminat miktarını tenzil edebilir. (13 İkinci teşrin 1934 tarihli **Dame Frey - Gloor c/ Epoux Frey - Wildi** kararı) ²⁹⁾ .

c) U m u m î y o l d a s e y r ü s e f e r

1° — Husule getirilen riskten dolayı mesuliyet.

Yoldan gayri bir yere bırakılması mümkün olmayan aydınlatılmamış büyük ve ağır bir köylü arabasile bir otomobil arasında gece karanlığında bir musademe vukua geliyor; bu hâdisenin başlıca mesulü otomobilin şoförüdür. (B.K. m. 41 ve mü., 58) ³⁰⁾.

Umumî yolların istimali münhasıran yayalar ve nakil vasıtalarına münhasır olmayıp, aynı zamanda bunlardan ağır hareket eden cesim arabalar da istifade eder; binaenaleyh bu yollardan geçenler, yol civarında bulunan inşaatın teşkil edebilecekleri manileri her zaman derpiş etmelidirler.

Bir bina veya bir inşaat sahibi, büyük masraflara girişip mesul olmadığı yeni vaziyete (meselâ, seyrüseferin artmış olması gibi...) inşaatını uydurmak mevburiyetinde değildir.

Bir nakil vasıtasını idare eden kimse, önünde serbest görüldüğü saha dahilinde durmamasına müsait bir süratten daha hızlı gitmemelidir.

Müştereken bir zarar ika eden iki şahsın mesuliyetini ve göstermeleri icap eden tedbirli hareketi gösterip göstermediklerini takdir için, her birisinin kullandığı alet veya nakil vasıtasının vücuda getirdiği hususî tehlikeyi mukayese etmek icap eder. (19

²⁹⁾ A.T.F. 60, II, 416. — J.d.T. 1935, sah. 331.

³⁰⁾ Ayrıca 15 Mart 1932 tarihli İsviçre otomobil seyrüsefer kanunu m. 27.

Haziran 1934 tarihli **Christen c/ Baurquin** kararı)³¹⁾ .

Seyrüsefer kaideleri ve ezcümle otomobillerin sür'ati ve doğurdukları hususî tehlikeler hakkında **Journal des Tribunaux** da intişar etmiş olan bazı notları hatırlatmayı faydadan hali görmüyoruz³²⁾ .

Zikri geçen ve hülâsa edilen **Christen c/ Baurquin** kararının ihtiva ettiği esbabı mucibelerden biri çok kat'î tefsirlere yol açabilir. Bu mucip sebep aynen şu mealdedir : « Her şeyden evvel bu iki nakil vasıtasının seyrüsefere arzettiği muhtelif tehlike derecelerini göz önünde bulundurmak lâzımdır. Otomobil büyük bir hareket kabiliyetine maliktir; binaenaleyh onu tedbirsizce idare eden kimse yolu istimal eden diğer kimseleri büyük bir tehlikeye maruz bırakır; buna mukabil büyük köylü arabası gayet ağır hareket eden bir vasıta olup bu itibarla üçüncü şahıslara karşı büyük bir tehlike menbaı teşkil etmez. »

Şüphesizdir ki, ve Federal Mahkemesi bu hususu evvelce beyan etmişti³³⁾ . yolu istimal eden muhtelif şahısların veya otomobil, araba, bisiklet vesaire gibi muhtelif vasıtaların kusurları takdir edilirken halkı maruz bıraktıkları az veya çok tehlike hesabına katılmalıdır (ve bunlardan aranılacak tedbir derecesi de doğurdukları tehlikeye mütenasip olmalıdır) . Ve şüphesizdir ki tedbirsiz ve acemi bir kimse tarafından idare edilen bir otomobilin doğurduğu seyrüsefer tehlikesi çok büyüktür; ve otomobilin sür'atine sıkleti de ilâve edilirse bu tehlikenin bir kat daha arttığı görülür. Fakat bu tehlikeyi hiç olmazsa bir dereceye kadar izale eden otomobilin başka vasıfları da vardır : Büyük bir hareket ve büyük bir idare ve kullanım kabiliyeti. Bu vasıfları sayesinde müdebbir bir kimse elinde otomobil yukarıda zikredilen tehlikeleri bir dereceye kadar izale eder. Mekanizmasında yapılan ye-

³¹⁾ A.T.F. 60, II, 277. — J.d.T. 1935, sah. 130.

³²⁾ Fazla sürat mefhumu: J.d.T. 1929, sah. 230.

Seyrüsefer mes'elesi: J.d.T. 1930 sah. 340 ve mü.

Otomobilcinin mes'uliyeti: J.d.T. 1931 sah. 354 ve mü.; 1932 sah. 66.

371; 1933 sah. 321, 403; 1934 sah. 318, 454, 607.

³³⁾ J.d.T. 1931. sah. 356. /

nilikler onu o derece mükemmel bir hale sokmuştur ki otomobili idare eden kimse sür'atini, gittiği ciheti, tenviratını vesaireyi değiştirerek bir anda yolun icabatına ve o anda zuhur eden vaziyete uydurabilir. Ağır bir köylü arabası bilâkis, kullanışı pek te seri olmaması hasebile bugünkü seyrüsefere ciddi bir mâni teşkil eder: ve bugünkü seyrüseferin sür'ati birkaç sene evvelkininkine nisbetle artmış bulunması bu mülâhazanın doğruluğunu bir kat daha tebarüz ettirir. Hayvanla çekme vasıtalarının motörlü vasıtalara yerlerini tedricen terk etmesile hali hazır seyrüseferin vasatî sür'ati günden güne artmaktadır. Bu itibarla yolda tevakkuf veya umumî seyrüseferin sür'atinden daha ağır bir sür'atle hareket eden her bir nakil vasıtası seyrüseferi sektedar ve bu sebeple bir tehlike tevlit eder. Binaenaleyh ağır bir köylü arabasının bugün hiç bir tehlike arz etmediğini ve bir risk doğurmadığını iddia etmek güç olur. Bundan başka bu arabanın gayri kâfi bir surette tenvir edildiği ve hattâ hiç te aydınlatılmadığı göz önünde bulundurulursa, bir yol dönemecinde veya bir dört yol ağzında büyük fenerlerini söndürmüş bir otomobil için ne derece bir tehlike arz ettiği izahı müstağnidir. Fazla olarak, **Christen** davasında, bu ağır araba yolda nizâmî yerinde bulunmayıp, yolu büsbütün kapatmakta idi. Kendinden gayrilerinin kullanılmasına tahsis edilen umumî yol kısmını muvakaaten istimal etmeğe mecbur kalan kimsenin normal yerini serian işgal etmesi ve geçidi serbest bırakması seyrüseferin iptidai kaidelerinden biridir ³⁴⁾. Fakat bu ağır arabanın hususiyetlerinden biri de seri olmamasıdır. Bu araba yolun ortasına bırakılacak olursa yolu nispeten uzunca bir zaman işgal edeceğinden ya seyrüseferin inkıtına veya gecikmesine sebebiyet verecektir. Böyle bir manevraya girişmezden evvel, bu arabayı idare eden kimsenin iki misli tedbirli davranması ve seri nakil vasıtalarının vaktinde kendilerini koruyabilmeleri için icap eden hususlara tevesül etmesi lâzımdır. Bu itibarla Federal Mahkemesi müddeaaleyh **Christen**'e bir kabahat atfetmekte haklı idi.

³⁴⁾ *J.d.T.* 1933, sah. 403; *A.T.F.* 58, II, 132; 52, II, 389. — *Hukuk Fak. mecmuası*, sayı 5, sah. 115, No. 4.

2° — Otomobili idare eden kimse mefhumu. Üçüncü bir şahsın müdahalesi.

Önünde giden bisikletleri, bir otomobil geçmeğe teşebbüs ediyor; otomobili idare edenin yanında oturan bir arkadaşı otomobilin bisikletlere çarpacağından korkarak direksiyonu kapıyor ve otomobili soluna inhiraf ettiriyor; fakat yolunu takiben aksi istikamette gelen bir kamyonla çarpışıyor.

Otomobili idare eden kimse, normal bir surette, direksiyonda oturan ve otomobilin yürümesi için icap eden makineleri harekete geçiren kimsedir. Mamefi bu mefhum pek dar olup seyri-seferin emniyetini temin etmeğe kâfi değildir. Bunun için daha geniş bir tarif kabul etmek icap eder.

Otomobili idare eden kimse, normal bir şekilde otomobilde bu kimseye tahsis edilen direksiyon yerini işgal etmese bile, idareye taallük eden herhangi bir fiili yapan adamdır.

Yolun hali ve makinenin harekette bulunması dolayısıyla direksiyonda vukua gelecek ufak tefek inhirafları izale edebilecek kadar metanetle bu direksiyonu kullanan kimseye, otomobiline hâkim bulunmuş nazarile bakmak lâzımdır. Arkadaşının ansızın direksiyonu kavrayarak otomobil üzerindeki hâkimiyetini kaybettirmeğe sebebiyet veren fi'linden dolayı, otomobili idare eden kimse mesul tutulamaz. (25 Haziran 1934 tarihli Zsrbl c/ Hirt et Ministère public du canton de Berne)²⁵⁾.

Hâkim, direksiyonu ansızın kapan Hirt'i fafetti. Mülâyetimi pek büyük görülebilir, ve bu karardan otomobilde yer alan kimselerin kendilerinin veya başkalarının tehlikeye maruz kaldıkları zannile otomobilin idaresine müdahale etmek hakkına haiz oldukları umumî kaidesini istidlâl etmek doğru olmaz. Heyecana ve tehlike korkusunun doğurduğu telâşa kapılan kimse, vakitsiz ve münasebetsiz, anî ve şiddetli olarak otomobilin idaresine müdahale edebilir ve bu suretle hem tehlikeyi artırır ve hem de otomobili idare edenin bu tehlikeyi önlemesine belki mâni olur. Direksiyonda oturan kimsenin münhasıran otomobili idare etmek

²⁵⁾ A.T.F. 60, I, 160. — J.d.T. 1934, sah. 600.

mecburiyetinde olduğu kaidesi ancak pek istisnai ahvalde nazarı itibara alınmamasına cevaz verebilir. (otomobili idare eden kimse acemi, aşikâr bir surette beceriksiz ve kabiliyetsizdir, bundan başka direksiyonda uyuyor veya fena idare ediyor ; yanındaki arkadaşı ise tecrübeli, becerikli ve kendisine olduğu kadar da otomobile hâkimdir. Yukardaki kaideye istisna teşkil edebilen bu hali misal olarak zikredebiliriz) . Bu kaideye sıkı surette riyeti temin etmiyen, müdahale edenin şayanı teessüf ve fena hesaplanmış hareketini fazla müsameha ile affeden hâkimin sui istimalere yol açabileceğinden korkulabilir. Motörlü nakil vasıtalarının seyrüseferi o kadar büyük tehlikeler tevlit eder, o kadar çok kimsenin hayatını tehlikeye koyar ki hâkim seyrüseferin esaslı kaidelerine riyeti en sıkı bir surette temin etmelidir. Ancak müteyakkız bir polis, ancak Ceza kanununun ve Medenî kanunun ciddi bir tatbiki intizamı temin edebilecek ve bu intizamdan da efradın selâmeti doğacaktır. ³⁶⁾

d) Şahsî menfaatlere tecavüz

1°) Bir şirketin yapmış olduğu ticarî reklâmı rakibi olan şirketin mümessili «Schwindel»³⁷⁾ kelimelerile tavsif etmiştir; tazminat talebi; talebin mahkeme tarafından reddi (B.K. m. 49) .

Reklâmında mübalâğalı ve yanlış tâbirler kullanan kimse, bir rakibin bu reklâmı «Schwindel» kelimesile tavsif etmiş olmasından dolayı şikâyet edemez (Schwindel'in burada ifade ettiği mâna mübalâğa, blöf olup yoksa aldatma kasdı değildir) . (2 Birinci teşrin 1934 tarihli Magasins « zum Globus » S. A. c/ Kleinert kararı) ³⁸⁾ .

2°) Matbuat serbestisi.

Siyasal bir parti üyesi muhalif bir parti gazetesi tarafından

³⁶⁾ Fransız içtihadının tekemmülü hak. bak. A. Buisson *L'automobile et la jurisprudence* (Revue des Deux-Mondes mecmuası 15 Eylül 1935 sah. 456).

³⁷⁾ Hakikî manası yalancı, aldatıcı, hilecidir.

³⁸⁾ A.T.F. 60, II, 326. — J.d.T. 1935, sah. 137.

hıyaneti vataniye cürmile itham ediliyor; bu itham alenen yersizdir; makalenin muharriri manevî tazminata mahkûm ediliyor. (Federal Es. Teş. ka. m. 55; M.K. m. 24; B.K. m. 49) ³⁹⁾.

Bir kimsenin şeref ve haysiyetine tecavüz eden gazeteci, gazetesinde bildirdiği hadiselerin hakikate uygun bulunmayacağı halini mahfuz tuttuğunu dermeyan ederek mesuliyetten kurtulamaz. Kezalik hâdiseleri istifhamî bir tarzda izah eden gazeteci de aynı vaziyettedir.

Bir gazete makalesinin bir kimsenin haysiyet ve şerefine tecavüz edip etmediğini takdir için mezkûr makalenin efkârı umumiye üzerine ve bilhassa vasat bir okuyucu üzerine ne gibi bir tesir yapabileceğini nazarı itibara almak icap eder.

Manevî tazminata hak veren kusurun «hususî ağırlığını» bir ihmal de teşkil edebilir. (6 İkinci kânun 1934 tarihli Schmid e/ Hölfinger kararı) ⁴⁰⁾.

3°) Matbuat serbestisi.

Bir gazete bir seri makale neşretmek suretile siyasi bir şahsiyete tecavüz ediyor; fakat bu tecavüz müsaade edilebilen tenkit hadlerini aşmıştır; tecavüze maruz kalan tazminat talebinde bulunuyor; müddeinin şahsi menfaatlerinin haleldar olmasile husule gelen zararın tazminine makaleler muharriri ve tâbi müteselsilen mahkûm edilmişlerdir. (Fed. Es. Teş. Ka. m. 55; B. K. m. 49, 50, 60; M. K. m. 23, 24, 48) ⁴¹⁾.

Matbuat serbestisine çizilen hudutlar değişir. Umumi idare, iktisadi ve siyasi organizasyona müteallik çok umumi meseleler hakkında serbest olarak fikir beyan edilebilir; bilmukabele, hususî bir şekilde himaye edilen bazı devlet menfaatlerine veya kanunen kabul edilmiş olan bir hususî hakka gayet nazik bir tarzda ve fevkalâde dikatle temas etmelidir.

Şahsî bir mutaleayı umumi bir tarzda ifade etmek serbesti-

³⁹⁾ C.C.S.m. 28; C.O. m.49

⁴⁰⁾ A.T.F. 60, II, 399. — J.d.T. 1935, sah. 290.

⁴¹⁾ C.O. aynı maddeler; C.C.S. m. 27, 28, 55.

sinden enfüsî fikirlerin ahar hakkında kıstas olarak tesis edilebilmesi neticesi çıkarılamaz. Tenkit âfakî kıstaslara dayanmalıdır.

Borçlar kanunu sisteminde zincirleme bir mesuliyet usulü (responsabilité par cascades) yoktur; müşterek bir kusur irtikâp eden müşterek mes'uller (co-responsables) zararı müteselsilen tazmine mecburdurlar; bu cümleden olarak bir makale muharriri ile bu matbuayı yayan nâşir müteselsilen mes'ul olurlar.

Manevî şahsiyeti haiz bir şirket bir risale neşrederse, bu iş organlarının bir fi'li olur, ve kendi kusuru imiş gibi organlarının kusurundan o şirket (veya cemiyet) mesul olur ⁴²⁾.

Bir gazetede intişar eden bir makale cezai bir cürüm teşkil eder ve ceza kanunundaki müruru zaman müddeti Borçlar kanununun 60 cı maddesinin birinci fıkrasındaki müruru zaman müddetinden uzun ise, daha uzun olan müddet nazarı itibara alınır.

Matbuata temin edilen serbestinin sui istimallerine müessir bir şekilde sed çekebilmek için hâkim bir vakitler hükmedilen gayet az miktardaki tazminatlardan uzaklaşmalıdır. (5 Mart 1935 tarihli X. S. A. et Y. c/ Z. kararı) ⁴³⁾.

4^o) Matbuat serbestisi.

Bir sanatkâr - ressam gazetelerde siyasi münakaşalarda bulunuyor ve bu hususa dair yazmış olduğu makaleleri diğer bir gazete tenkit ediyor; ressam mukabele ediyor; ikinci gazete de buna cevaben ressamın kabiliyetsiz olduğunu ileri sürüyor; ressam tazminat talebinde bulunuyorsa da mahkeme bu talebi red ediyor (B.K. m. 49) .

Güzel sanatlar hususunda takdir ve tenkit serbestisi prensip olarak hudutsuzdur. Bu serbestî, tenkit sahası olan artistin artistik kabiliyet ve eserlerinin tenkidi sahasını aşınca haksız bir fiile müncer olur ve bu suretle şahsi tenkit sahasına girerek kin ve intikam hisleriyle yapılan tecavüzleri örtmeğe alet olur.

Ezcümle bir sanatkârın ihtiyarladığını ve birçok kimselerin onu «bunamış» bulduğunu söylemek haksız bir fiil teşkil etmez.

⁴²⁾ Bak. A. Samim Gonensoy, Medeni Hukuk, 1936, cilt I, sah. 144-146.

⁴³⁾ J.d.T. 1935, sah. 363.

(11 Haziran 1935 tarihli X. c/ Y. kararı)⁴⁴⁾ .

İsviçre hukuku şahsiyeti çok umumî olarak himaye etmektedir (M.K. m. 23) ; Medenî kanununun 24 cü ve Borçlar kanununun 49 cu maddeleri bilâtefrik bilûmum meşru şahsî menfaatleri himaye etmekte⁴⁵⁾ ve binaenaleyh bir ressamın mesleki menfaatlerini koruduğu gibi şeref ve haysiyetini de korumaktadır. Hiç bir kimse haksız olarak aharın nam ve şöhretini kirletemez.

Fakat sanat sahasında, Federal Mahkemesinin de bir kararında mezkûr olduğu veçhile⁴⁶⁾, takdir ve tenkit serbestisi « prensip olarak hudutsuzdur. »

e) İnşaat sahibinin mesuliyeti

1°) Teleferik - « Kusurlu tesisat » mefhumu - Müteselsil mesuliyet - Bir çocuğun müşterek fiili.

Bir çocuk bir teleferik mekanizması tarafından yaralanıyor; inşaat müteahhidi ve sahibinden tazminat talep ediliyor; müteahhitle bir sulhname aktediliyorsa da dava olduğu gibi inşaat sahibi aleyhine bırakılıyor; müddei iddiasını korunma tedbirlerinin bulunmaması keyfiyetine istinat ettiriyor; müddeaaaleyh ise çocuğun tedbirsiz hareketini, ana babanın çocuklarını lâzımgeldiği gibi nezaretleri altında bulundurmadıklarını ve müteahhit ile akd edilen sulhnameyi tahallus beyyinesi olarak dermeyan ediyor; bu tahallus beyyineleri red edilerek inşaat sahibi mahkûm ediliyor; fakat müteahhidin ödemiş olduğu meblâğ mahsup ediliyor; müşterek mes'ullerin birbirlerine karşı olan rücu hakları mahfuz tutulmuştur. (M.K. m. 320; B.K. m. 51 ve 58)⁴⁷⁾ .

Bir teleferik Borçlar kanununun 58 ci maddesinin kasdettiği mânada « imal olunan bir şey » (ouvrage) mefhumuna girer.

⁴⁴⁾ J.d.T. 1935, sah. 462.

⁴⁵⁾ Karl Specker, *Die Persönlichkeitsrechte*, sah. 95 ve mü.

⁴⁶⁾ 20 Nisan 1907 tarihli Czerny c/ Frey kararı ; J.d.T. 1907, sah. 610; A.T.F. 33, II, 234 ve mü, bilhassa sah. 237 esbabı mucibe 3.

⁴⁷⁾ C.C.S. m. 333 ; C.O. m. 51 ve 58.

Vazı kanun bir «şeyin fena yapılması» (vice de construction) ⁴⁸⁾ mefhumile «kusurlu tesisatı» ⁴⁹⁾ da kasdetmiştir; meselâ inşaatın bizzat doğurduğu tehlikeleri önlemeye salih tedbirlerin alınmamış olması bu cümledendir. Hiç bir emniyet tedbiri alınmaksızın hattâ çocuklar tarafından bile kolayca binilebilen, işlek bir yol kenarına tesis edilen ve meskenler civarında bulunan bir teleferik buna güzel bir misal teşkil eder.

Borçlar kanununun 58 ci maddesinin ihdas ettiği mesuliyetten tahallus için, inşaatın mutad şekilde yapılmış, tesisatlandırılmış ve muhafaza edilmiş olduğunu ispat etmek kâfi olmayıp inşaat sahibi icabı hal ve maslahata göre normal imkânlar dahilinde görülen tehlikeleri, pek çok masraf ihtiyar etmeden, bertaraf etmeğe salih bilûmum tedbirleri almış bulunması lâzımdır; alınması icap eden bir tedbirin ihmali ve bu ihmalin örf ve âdetçe müsameha ile karşılanması inşaat sahibini mesuliyetten kurtarmaz.

Ufak yaşta bir çocuk, fiil ve hareketlerinin doğuracağı tehlikeleri idraaktan âcizdir, ve ancak hususî haller çocuğun tedbirsiz hareketinden dolayı tazminatın tenkisini muhik kılabilir.

Ana babanın nezaret vazifeleri mahallî ahval göz önünde bulundurulurak (meselâ dağ hayatının âdat ve ihtiyaçları göz önünde bulundurulmak suretile) takdir edilmek icap edip yoksa mücerret mefhum ve esaslardan istihraç edilmemelidir.

Malikin mutazarına karşı olan mesuliyeti, müşterek mesul üçüncü şahıs tarafından tazmin edilmemiş bulunan bilûmum zararlara şamildir; ve davada müddei ve müddeaaaleyh arasındaki münasebetlere gelince, müddeinin üçüncü şahıs ile bir sulhname akdetmiş olması ve müddeaaaleyhin bu aynı üçüncü şahsa karşı bir rücu hakkı bulunması hiç te haizi tesir ve ehemmiyet değildir. Sulhname - müddeaaaleyh bu akde yabancı kalmış ise - üçüncü şahsa karşı olan rücu hakkını hiç bir veçhile tahdit ve tenkis etmez. (26 Haziran 1934 tarihli *La Dixence S. A. c/ Dayer* kararı) ⁵⁰⁾ .

⁴⁸⁾ Bu tabirler, kanunumuzun kullandığı tabirlerdir.

⁴⁹⁾ Fransızcası: Installation défectueuse ; Almancası: Fehlerhafte Anlage.

⁵⁰⁾ *A.T.F.* 60, II, 218. — *J.d.T.* 1935, sah. 43.

Suahnamenin hüküm ve neticeleri hakkında Federal Mahkemesi İkinci Asliye dairesinin 1 Birinci teşrin 1931 tarihli G. c/ Assurance générale des eaux et accidents kararını hatırlatmak enteressan olur. ⁵¹⁾

2°) Yol inşası - Manevî zarar - Müstakbel muinden mahrumiyet. (B.K. m. 41, 44, 58) .

Bir göl boyunca uzanan ve seyrüseferi tatil edilmeyen bir yol genişletilmektedir. Fakat ameliye esnasında hiç bir koruyucu tedbir alınmamıştır; bu ihmal inşaat sahibinin mesuliyetini müstakbel muinden mahrumiyet dolayısıyla bir tazminata hükmeder. (M.K. m. 23; B.K. m. 58, 249) ⁵²⁾ .

On dört yaşındaki çocuğunu bisikletle bir göl kenarındaki bitmemiş, taşları silindirden geçirilmemiş, korkuluksuz ve her an bir düşme tehlikesi arzeden bir yolda bırakma keyfiyeti baba aleyhine bir kusur teşkil eder.

Genç bir çocuğun ölümü mevzuubahs olunca hâkim, müstakbel muinden mahrumiyet dolayısıyla bir tazminata hükmederken çok tedbirli hareket etmelidir; bilâkis manevî tazminata hükmedince bir parça geniş davranmalıdır. (12 Şubat 1935 tarihli Epoux Bonvin - Landon c/ Commune de Chermignon et consortage de l'Etang Long et du Bise de Roh kararı) ⁵³⁾ .

Temyiz kudreti, müstakbel muinden mahrumiyet ve ana babanın nezaret vazifeleri hakkındaki aşağıdaki nota bakınız ⁵⁴⁾ .

3°) İcar edilen gayrimenkul - Ademi mesuliyet şartı.

İcar edilen bir gayrimenkulün merdiveni gayri kâfi bir şekilde tenvir edilmiştir; müstecirlerden biri merdivenden düşüyor ve malik aleyhine tazminata hükmediliyor. (M.K. m. 23; B.K. m. 58, 249) ⁵⁵⁾ .

⁵¹⁾ A.T.F. 57, II, 588. — J.d.T. 1932, sah. 542 in fine (kısa hulâsa).

⁵²⁾ J.d.T. 1935, sah. 359.

⁵³⁾ Thilo, Jurisprudence du Tribunal Fédéral en 1931-1932; sah. 1181 ve mü., 1184 ve mü., 1193 ve mü.; Jurisprudence en 1932 et 1933, sah. 1278 ve mü., ve yukarıda zikri geçen Dixense S.A kararı (e, 1.)

⁵⁴⁾ C.C.S. m. 27; C.O. m. 58, 254.

İcar edilen bir şeyin ayıbından mutazarrır olduğundan bahisle tazminat talebinde bulunan müstecir bu talebini dilerse inşaat sahibinin kanunî mesuliyetine, dilerse âdi icar kaidelerine istinat ettirebilir. Bu kaidelerden biri de şudur : Mucir mecuru akitten maksud olan gayeye uygun bir tarzda bulundurağa mecburdur.

Kiralanan bir gayri menkul merdivenin tenviri bu gayri menkulün malike ait olan normal külfetlerinden maduttur.

Binaenaleyh, kendisine malûmat verilir verilmez tenvirat noksanını ikmal etmiyen malik, gayrimenkulünü bakımsız bir halde bırakmış ve bu yüzden husule gelecek olan zararlardan mesul olmuş olur.

Bir gayrimenkul muciri her an mecurun akitten maksud olan gayeye uygun bir tarzda bulunduğu nezaret etmekle mükellef değildir; husule gelen ayıplardan muciri haberdar etmek müstecirin cümlei vazaifindendir.

Evvelce tanzim edilen bir akit ile Borçlar kanununun 58 ci maddesindeki haklardan meşru ve muteber bir surette feragat etmek kabil ve caiz midir ? Bu mesele kararda hal edilmiş değildir; fakat A.T.F. de neşredilmeyen mukaddem bir karar bu suale müspet cevap vermektedir. (16 Birinci teşrin 1934 tarihli **Dame Décosterd c/ Dame Breisch David** kararı ⁵⁵).

Borçlar kanununun 58 ci maddesinin ihtiva ettiği haklardan akdi ve mukaddem bir şekilde feragat umumî olarak kabul edilmemektedir. v. **Tuhr** ⁵⁶) bunun kabil olacağını kayıtsız ve şartsız kabul ediyor ; **Oser - Schönerberger** ⁵⁷) bu feragatin ancak müsavi zararlar mevzuubahs olunca kabil olacağını söyleyorlar; zarar insan ölümü veya cismanî zarar ise mesele meşkûktür, çünkü bu gibi hallerde vukubulacak feragat Medeni kanunun 23 cü maddesinin 2 ci fıkrasile gayri kabili teliftir; bu fıkra şahsî hürriyetin geniş bir tarzda takyidini men etmektedir. Aynı noktai

⁵⁵) A.T.F. 60, II, 341. — J.d.T. 1935, sah. 238.

⁵⁶) A. von Tuhr, *Partie Générale du C.O.*, cilt I, sah. 361 ve mü.

⁵⁷) Oser, *Schönerberger*, *Kommentar* n. 17 ad ve B. K. m. 58.

nazar Böckli ⁵⁸⁾ ve Rothenhäuser ⁵⁹⁾ tarafından müdafaa edilmektedir.

Federal Mahkemesi A. T. F. de intişar etmiyen ⁶⁰⁾ 7 Şubat 1933 tarihli Buchwalder c/ Soci  t   immobili  re Chemin Furet kararında « demiryolları işletmeleri kanununun» 16 cı maddesile «bisiklet ve motörlü nakil vasıtalarının seyrüseferi hakkındaki Federal kanunun» 43 cü maddesinin 1 ci fıkrasına dayanarak aksi bir neticeye varmaktadır. Decosterd kararı şunu söylüyor: «Buradaki dava dolayısıyla verilen karar münazaünfih olan bu mesele- nin bir neticeye bağlanmasını icap ettirmez; bundan başka bu kararda beyan edilen mutalea ile de bağlanmak lâzım gelip gelmediği noktası da tetkike şayan değildir. »

f) Meslekî mesuliyet

1^o) Mimarın mesuliyeti.

Bir mimar iş sahibi hesabına bir villa inşasına memur ediyor; müteahhitler iş bedelini iş sahibinden talep ediyorlar; iş sahibi ise mimarın temsil salâhiyeti olmadığını def'an dermeyan ve mimarı kefil olarak davet ediyor; fakat mezkûr def'i şayanı kabul görülmeyerek iş sahibi müteahhitlere tediyatta bulunmağa ve mimar da müvekkiline tazminat vermeğe mahkûm ediliyor. (B.K. m. 313, 386, 388, 390) ⁶¹⁾ .

Umumî olarak iş sahibi ile mimar arasındaki münasebetler vekâlet münasebetleridir. istisnaen bu münasebetler ya iş akdi veya istisna akdi şeklinde de tecelli edebilir.

⁵⁸⁾ Böckli, Die Billigkeitshaftung des Artikels 58 Obl. Redt; Dok. Tezi Bern 1918, sah. 54 ve mü.

⁵⁹⁾ Rothenhäuser, Die Verantwortlichkeit des Gründ - und Werkeigentümers nach Schw. Zivilrecht; Dok. Tezi, Zurich 1919, sah. 62 ve mü.

⁶⁰⁾ Bu karar J.d.T. 1934, sah. 75 de hulâsa ve Sem. Jud. 1934, sah. 1 ve mü. de tamamilen neşredilmiştir.; Rev. Trim. de Dr. Civ., 1934., sah. 908.

⁶¹⁾ C.O. m. 319, 394, 396, 398.

Aksine mukavele bulunmadıkça ve bu mukavele üçüncü şahısların ittilama vaz edilmedikçe, mimarın salâhiyetleri vekâlet akdinin icrasının icap ettirdiği bilûmum hukukî muamelelere şâmilidir. Meselâ, müteahhitlerle, usta ve amelelerle akdettiği mukaveleler bu cümledendir.

Maliyet fiatlarının tayininde mimar affedilemeyecek bir şekilde hesaplarında yanlış ve muhammen inşaat fiatını pek fazla aşmış ise, bu fiili kendisini mesul kılar. (28 Mayıs 1935 tarihli **Arnold et X. c/ Vogel et Consorts** kararı) ⁽⁶²⁾ .

Yeni İsviçre Borçlar kanunu eskisine nisbetle vekâlet müessesesinin sahasını epiyce genişletmiştir. Mezkûr kanunun 386 cı maddesi 2 ci fıkrası hükmüne göre « diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur » . Aynı maddenin son fıkrası mucibince de « mukavele veya teamül varsa vekil ücrete müstahak olur. »

Binaenaleyh, Fransada iş mukavelesine veya mukavele harici münasebetlere (rapports extra - contractuels) ve Almanya da istisna akdine bağlanması muhtemel olan bazı mukaveleler İsviçrede vekâlet çerçevesi dahiline sokulmaktadır.

Arnold kararı ezcümle aşağıdaki mucip sebepleri ihtiva etmektedir :

Filhakika iş sahibi ile mimar arasındaki münasebetler ahval ve şeraite göre bir iş akdi veya istisna akdi şeklini alabilir. Fakat bu haller istisnaidir. Esas kaide olarak burada bir vekâlet akdi mevzuubahs olacaktır, çünkü mimar iş sahibine **muayyen hizmetler** vadetmiştir (B.K. m. 384 fık. 1) ; yoksa iş mukavelesinin karakteristik unsuru olan « muayyen veya gayri muayyen **bir zaman** » için bazı hizmetler görmeği tekabbül etmemiştir. (B.K. m. 313 fık. 1) .

Vazı kanun 386 cı maddeye ikinci fıkrayı ilâve etmekle vekâlet hükümlerinin tatbik sahasını genişletmek istemiştir. Ve Borçlar kanununun tadili esnasında 388 ci maddeye ilâve edilen 2 ci fıkra hükmüne göre de vekâlet, vekilin tekabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukukî tasarrufları ifa salâhiyetine şâmil dir.

⁽⁶²⁾ J.d.T. 1935, sah. 429.

Mevzuubahs davada müddeaaleyh mimarı «bir villa inşa-sına» memur etmiştir. Böyle bir vazife, icap eden mukaveleleri iş sahibi namına müteahhit ve amelelerle akdetmeği tazammun eder.

Binaenaleyh bunlar hesaplarının tesviyesi için müvekkile, yani iş sahibine (B.K. m. 32) müracaat edebilirler ve müddeaa-leyhin (yani iş sahibinin) vekili tarafından aldatılmış ve emni-yetinin sui istimal edilmiş olmasından dolayı mutazarrır olmaları da adalete muvafık değildir.

Müddeaaleyh bu yapılacak olan akitlerin ancak icazetile ta-mam olacağını mahfuz bulundurduğunu ve buna da baş müte-ahhidin muttali olduğunu def'i olarak dermeyan eylemesi asla mesmu değildir. Mahfuz tutulan bu hükme vâkıf bulunmayan ve binaenaleyh harici vekâlet akdinin vermiş olduğu salâhiyetlere istinat etmeğe hakkı olan ustalara bu hükmün hiç bir tesiri yok-tur⁶³⁾. Baş müteahhide gelince, bidayet hâkimi icazetin mukni fiillerle zimnen verilmiş olduğunu müşahede etmektedir: Ezcümle iş sahibinin inşaat işlerinde hazır bulunmuş olması, iti-razatta bulunmamış olması, kayıtsız ve şartsız avans vermiş ol-ması bu fiillerin başlıcalarıdır.

2^o) Dişcinin mesuliyeti - Radyografi.

Bir dişçi dişlerin dahili vaziyetini muayene edip bir kanaat edinmeden eski kuronlar yerine yeni kuronlar koymuş ve bu yüz-den köklerin ucu iltihaplanarak birer mikrop yuvası teşkil etmiş-lerdir. Bu mikroplar kemikleri kaplayan ince zarı tahriş etmiş-tir. Mutazarrır zararın tazminini talep etmiş ve dişcinin meslekî bir kusuru göülerek talep kabul edilmiştir. (B. K. m. 355, 359, 360, 386, 390)⁶⁴⁾.

Dişçi ile hasta arasında hukukî münasebetin mahiyeti yapı-lan işe bağlıdır. Bu iş teknik dişçiliğe ait bir iş ise (kuron koy-mak, köprü yapmak, ağızlık yapmak gibi) hukukî münasebet bir

⁶³⁾ A. von Tuhr, Partie Générale du Code des Obligations, 2 inci Fransız tabı, cilt I, sah. 288 ve mü.

⁶⁴⁾ C.Om. 363, 367, 368, 394, 398.

istisna akdi şeklinde tecelli eder; şayet iş bir tıbbî tedavi ise (köklerin tedavisi gibi) mukavle bilâkis bir vekâlet olur.

Kuronları iyice yerleştirmeyi ihmal eden dişçi gibi, kuronları vazetmeden dişlerin dahili vaziyetini tetkik etmiyerek kuron vaz eden dişçi mesul olur. (29 Mayıs 1935 tarihli **Dame Giron c/ Dr. X** kararı) ⁶⁵⁾.

Bu kararın bazı mucip sebeplerini kaydediyoruz :

Kuronları değişmesi icap eden dişlerin eski vaziyetleri hakkında dişçinin müteyakkız davranması ve kuronları değiştirmeden evvel dişleri muayene etmesi icap ederdi. Birkaç dişin evvelce düşmüş olması keyfiyeti bir iltihabın mevcudiyeti ihtimali üzerine nazarı dikkatini celbederek tedbirli hareket etmeğe davet edecek idi. Binaenaleyh «ancak iki şıktan biri ihtiyar edilebilirdi: ya başka bir dişçi tarafından konulmuş ve bilâhare düşmüş olan kuronların sedatlarını çıkarmak, köklerin vaziyeti hakkında bir fikir edinmek ve lüzumu halinde bunları tedavi etmek; veya dişlerin bir radyografisini yapmak veya yaptırmak ve badehu kuronları vazetmezden evvel dişleri icap eden şekilde tedavi etmek.

« Dişçi bu tedbilerin hiç birine baş vurmamıştır. Bu itibarla Borçlar kanununun 390 cı maddesi hükmünce dişçi bir ihmalden dolayı mesul olmuştur ve ehli vukuf raporuna göre de bu kusur müddeaaaleyhanın dişlerini « bariz bir şekilde eskisinden daha pek çok bozmuş olduğu » anlaşılmağa dişçinin tazminat te-diyesinde bulunması icap ettiği dergârdır. »

Doktorların muhalif reyleri karşısında, Federal Mahkemesi kuronların vaz'ından evvel tetkik ve muayene usulü olarak radyografiye muhakak surette ihtiyaç olduğunu prensip olarak beyan etmekten imtina eylemiştir. Fakat pratik olarak karar şu neticeye varmaktadır : Değilmi ki bir taraftan dişlerin evvelki vaziyeti hakkında tereddüdü mucip en ufak bir hâdise mevcut iken dişlerin vaziyeti tetkik edilip bir kanaat edinilmeden kuron vaz'ı herhalde kabul edilemeyecektir, bunun gibi diğer taraftan da radyografi, neticeten dişleri açarak belki de lüzumsuz

⁶⁵⁾ A.T.F. 1935, II, 106. — J.d.T. 1935, 432.

yere köklerini kazımdan daha basit ve daha ucuz bir usul olarak tecelli etmektedir ⁶⁶⁾ .

3^o) Ebelerin mesuliyeti - Kararın yeniden tetkiki.

Sanatını icra ederken kullanmağa mecbur olduğu ilâçların vaziyetini muayene ettirmeği ihmal eden ebe tazminatı müstelzim bir kusur irtikâp etmiş olur.

Borçlar kanununun 46 cı maddesi ikinci fıkrasındaki kararın iki sene zarfında yeniden tetkiki hakkındaki müddet temdit edilemez. (9 Temmuz 1935 tarihli Dame W. X. c/ Marthe Saurer kararı) ⁶⁷⁾ .

Nöşatel kantonunda, ebeler senede asgarî bir defa olmak üzere alât ve edevatlarını ve % 1 nisbetinde cehennem taşı ihtiva eden bir şişenin terkiibini kanton hekimi tarafından muayene ettirmek mecuriyetindedirler.

Kantonu terk ettikten bir kaç sene sonra avdet eden bir ebe alâkadar mercilere haber vermeksizin ve ebeler listesine kendisini tescil ettirmeksizin ve alât ve edevatını muayene ettirmeksizin arasına sanatını icra etmeğe koyulmuştu. Bu sırada ismi de ebeler listesinden de resen silinmişti.

Bir doğum esnasında ebe, mutat olduğu üzere, çocuğun her gözüne bir damla cehennem taşı mahlûlü damlatmış, fakat bu mahlûlü küçük portatif eczanesindeki eski ve mantar tapalı şişesinden almıştır. Fakat bu müddet zarfında haberi olmaksızın mezkûr mahlûlün kesafeti artmış (%10) ve aynı zamanda aşındırıcı vasfını iktisap etmişti.

Aynı günde çocuğun ebeveyni tarafından davet edilen bir hekim «küçüğün sağ gözünün tabakai münzamasında pek fazla mikdarda kanın toplandığını» müşahede etmişti. Kan damla damla sızıyordu.

⁶⁶⁾ Federal Mahkemesi içtihadı hakkında bakınız:

T h i l o, Responsabilite professionnelle du medecin, 2 inci tabı (İlâveli), Roth et Cie, Lozan; ve J.d.T. 1932, sah. 514 ve mü.

Fransız içtihadı hakkında da bakınız:

A. P e y t e l (Paris İstinaf Mahkemesi nezdinde avukat) La responsabilité medicale, Paris 1935.

⁶⁷⁾ J.d.T. 1935, sah. 553.

Bebek hastahanedede tedavi edilmiş ve cehennem taşı mah-lûlünün münzam tabakayı kıkırdağa kadar tahrip ettiği ve bir de damarı deldiği müşahede edilmiştir.

Yara kapanmış, fakat çocuğun görme kudretini azaltacak olan gözün harici tabakasında bazı sathî lekeler hasıl olmuş ve çeh-resinin şeklini değiştirecek bir ameliyata lüzum gösteren göz ka-pağında da bazı tahrişat husule gelmiştir.

Kanton hâkimi (yani asliye hâkimi) ebe aleyhine mukavele harici bir kusur kabul etmiştir. Fed. Mahkemesi ise, ebe aleyhine alât ve edevatını muayene ettirmeksizin gizlice icrayı sanat etmesi dolayısıyla ağır bir ihmal kaydetmektedir ; fakat hangi kanunî hükmü tatbik ettiğini söylememektedir. Fed.Mahkemesi içtihadına göre hekimlik sanatını icra edenlerin mesuliyeti vekilin akdî me-suliyetidir, bazan da bu mesuliyet müteahhidin mesuliyeti şeklin-de de tecellî eder. (Bu hususta Federal Mahkemesinin 29 Mayıs 1935 tarihli **Dame Giron c/ Dr. X.** kararına bakınız ⁶⁸⁾. Ebe me-selesinde Borçlar kanununun ister 390 cı maddesi, ister 41 ci maddesi tatbik edilmiş olsun davanın varacağı netice hep bir o-lur. Binaenaleyh bu meselede durmak lüzumsuz idi. Hâkim ta-rafından nazarı itibara alınan Borçlar kanununun 46 cı maddesine gelince aynı kanunun 98 ci maddesinin şu hükmünü hatırlatmak icap eder : « Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hü-kümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur. »

46 cı madde iki sene müddetle kararın tekrar tetkiki salâ-hiyetinin mahfuz tutulabileceğine cevaz vermektedir. Bu mesele-de çocuğun düçar olacağı zararın takdiri ancak okuyabilecek bir çağa gelince kabil olabileceğinden, mezkûr müddetin bu işe pek te uygun olmadığı barizdir ; fakat müddetin temdidine imkân yoktur. ⁶⁹⁾

⁶⁸⁾ A.T.F. 61, II, 106. — J.d.T. 1935, sah. 432.

⁶⁹⁾ A.T.F. 55, II, 322, mucib sebep. 5.

* * *

V. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ. — Ecnebi kambiyo. (B.K. m. 101, 102, 105) ⁷⁰⁾ .

Mütemerrit borçlu, vade günü hali acizde ve binaenaleyh alacaklılarına tediyede bulunmak hususunda fi'li ve hukukî imkânsızlık içinde olduğunu ispat etse bile, kendisini temerrüdün neticelerinden kurtaramaz. Fakat bizzat aczinin kendi kusurundan husule gelmediğini ispat ederse bu neticelerden beri tutulabilir.

Borçlar kanununun 105 ci maddesi hükmünce borçlunun tediye ile mükellef olduğu «münzam zararlar», ezcümle vade gününden itibaren ecnebi kambiyo üzerinde alacaklının düçar olduğu zararları ihtiva eder. (10 Birinci Teşrin 1934 tarihli *Masse concordataire de la Banque de Genève S.A. c/ Farman* kararı ⁷¹⁾ .

* * *

VI. — İKİ TARAFLI AKITLERİN İFASI. (B.K. m. 106) ⁷²⁾ .

Borçlar kanununun 106 cı maddesi 1 ci fıkrasının derpiş ettiği mehilin tayininden evvel aktin kayıtsız ve şartsız ifası talep edilebilir.

Bilmukabil - Borçlar kanununun 107 ci maddesinin tayin ettiği haller müstesna - mehilin tayini şu vaziyetlerde lüzumludur: Alacaklı akdin ifasından başka tehhür dolayısıyla tazminat talebinde bulunmak isterse, veya ifadan vazgeçip ademi ifa dolayısıyla tazminat talep edecekse veya akdi fesh etmek niyetinde ise ⁷³⁾ .

⁷⁰⁾ C.O.m. 102, 103, 106 ve ayrıca 657 fık. 3

⁷¹⁾ A.T.F., 60, II, 337. — J.d.T. 1935, sah. 382.

⁷²⁾ C.O.m. 107.

⁷³⁾ Aynı fikirde bulunan müellifler:

Becker, B. K. madde 107, rem. 18.

von Tuhr, Cilt II, sah. 548.

Oser-Schönenberger, madde 107, rem. 20.

Tayin edilen çok kısa mehile alacaklı bir gûna itirazda bulunmazsa bu mehilin kâfi olduğunu kabul etmek icap eder. ⁷⁴⁾ .

Alacaklı tarafından verilen çok kısa bir mehil hükümsüz değildir; şayet tayin edilen gayri kâfi mehil tebliğinin vürudundan itibaren barçlı münasip müddet zarfında borcunu ifa etmezse, mezkûr kısa mehil hüküm ifade etmeğe başlar. (7 Mayıs 1935 tarihli **Henri Baer et Cie c/ S.A. Ateliers des Charmilles** kararı) ⁷⁵⁾ .

* * *

VII.— CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS. ⁷⁶⁾

Diğer Avrupa hukukları gibi, İsviçre hukuku da mukavelelere sadakat prensibini kabul etmiştir; bu sadakat olmaksızın muamelâta istikrar olmaz. Eski Roma kaideleri olan Pacta sunt servanda, pactis standum est, Jura vigilantibus scripta kaideleri bu gün halâ kıymetlerini muhafaza etmektedirler. Tarafların serbestçe aralarında bağladıkları akdi bağları hâkim ancak kat'i zaruret halinde çözmek yoluna tevesül etmelidir. Akit tarafların kanunudur. Ne modern hukuk ilmi (doktrin) ne de modern içtihat

⁷⁴⁾ Becker, B. K. madde 107, rem. 12 i. f.

von Tuhr, Cilt II, sah 546.

Oser-Schönenberger, B. K. madde 107, rem. 15.

⁷⁵⁾ *J.d.T.* 1935, sah. 439; von Tuhr, Oser: İsmi geçen eserler.

⁷⁶⁾ Bu tabir Hukuku Düvelde kabul edilmiş olan bir esasın lâtince mütearef şeklidir; bundan analşılmak lâzım gelen mana ise şudur: Mukavele- nin devamı müddetince, inikat esnasındaki vaziyetin devamı lâzımdır. Bu vaziyet fevkalâde mühim surette değişirse mukavele- nin fesih veya tadilini istemek hakkı vardır. Hukuku Düvelde cari olan bu kaidenin hukuku hususiyedeki mevkii ayrıca tetkike şayan bir mevzudur. Bu noktaya dair bir tetkike Huk. Fak. Mec. sının 1927 tarihli ve 28 numaralı nüshasında tesadüf edebiliriz (Baro neşriyatı, *Mahkeme kararları*, İstanbul 1934, Cilt I, sah. 171, nota 3). —

A y r ı c a b a k: Huk. Fak. Mecmuası, yıl I, sayı 3, sah. 346 ve mü. (Thilo-B. Esen).

Bu aynı makale, no. XII Adı icar, sah. 374.

glosatör **Bartole**'ün istediği gibi « Clausula rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus » kaidesinin bilûmum mukavelelerde zımnen mevcut addedilmesini kabul edemez. Pandektist **Leyser** bu kaideyi şu baltalayıcı şekilde karakterize etmektedir: « Omne pactum rebus sic stantibus intelligendum est ». Bartolistlerin ve modern taraftarlarının nazariyesini tetkik ederken, Paris Hukuk Fakültesi profesörlerinden **G. Ripert** « Medenî borçlarda ahlâk kaidesi » ⁷⁷⁾ eserinde şunu yazıyor : « Rebus sic stantibus şartı zımnen mevcut addedilemez, çünkü bu şart mukavelenin iktisadî mahiyetine aykırıdır. Şayet ahval ve şerait değişmiyecek olsaydı, birbirini müteakıp ifalar için bir mukavele yapmak zahmetini ihtiyar etmeğe hacet kalmazdı... Alacaklının tahmin ettiği ve beklediği şey esasen ahval ve şeraitin değişeceği, ve şimdiden bir seri muameleler vasıtasile bağlanarak bu değişmenin mahzurlarına karşı kendisini emniyet altına almaktadır ». **Planiol**'un 1930 tarihli **Traité**'sinde Profesör **Esmein** ⁷⁸⁾, her iki taraf ta müstakbel münasebetlerinin şartlarını önceden tesbit etmekle, iş veya emtia piyasasının muhtemel değişmelerine karşı kendilerini emniyete almak istediklerine işaret ediyor. « Ahval ve şeraitin ciddi surette değişmesile mukaveleyi yok veya tadil etmek müsaadesi hâkime verilecek olsaydı, kendisine en çok ihtiyaç olduğu anda previzyonun faydası elden gitmiş bulunurdu. Düşüncesizce taahhüt altına girmemek ve taahhütlerini yerine getirmek için icap eden vasıtaları temin etmek herkesin bir borcudur.

Kezalik Hamburg Üniversitesi profesörlerinden Dr. **Hans Reichel** dahi **clausula**'nın belli başlı muarızlarından biridir. **Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände** (Berlin, 1933 sah. 3) ismindeki tetkikinde şu lisani kullanıyor : « Ohne Vertragstreue keine Verkehrssicherheit. Die Vertragsuntreue einzelner führt leicht zu einer allgemeinen geschäftlichen Disqualifizierung des ganzen Landes. Das Rücktrittsrecht darf keine Beloh-

⁷⁷⁾ G. Ripert: La Règle morale dans les obligations civiles, 2 inci basım, sah. 150.

⁷⁸⁾ Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de Droit Civil français, Cilt IV, sah. 552.

nung sein für denjenigen, der es unterliess, sich rechtzeitig vorzusehen. »⁷⁹⁾ .

Bununla beraber akitlerde sadakat prensipinin hududu hüsnüniyetin yüksek prensipinde kâindir. Bu hususu **von Tuhr**⁸⁰⁾ da işaret etmektedir : « Ahval ve şeraitin değişmesile borçlu vermiş olduğu ıvaza mukabil hiç bir ıvaz almaz veya aldığı ıvaz hiç mesabesinde ise, kendisine akdetmiş olduğu mukaveleden terettüp eden borçları bakî addetmek hüsnüniyete muhalif olur. »

Fransız mahkemeleri hâkimin herhangi bir müdahalesine katiyen aleyhtar kalmışlardır; bu mahkemeler tarafların muhtariyetine riayeti ifrata vardırırmaktadırlar. Fransız Medenî kanununun 1895 ci maddesine göre bir para karzı mevzuubahs olduğu ve meşrut kıymette bir tahavül husule geldiği zaman mukavelenin tekrar tetkikine imkân yoktur; tatbikat bu hal suretini bilûmum para borçlarına teşmil etmiştir⁸¹⁾ . **Ripert**'e göre de⁸²⁾ : « İvazlar arasındaki nisbetsizlik para kıymetinin umumî şekilde düşmüş olmasından ileri geliyorsa, mukavelenin tarafların kanunu olması prensibi muhafaza edilmelidir, çünkü bu vaziyette borçlu hususî bir haksızlığın kurbanı değil, memleket halkının müşterek taliine tâbi bulunmaktadır. »

Fakat buna karşı, Alman Temyiz mahkemesile İsviçre Federal mahkemesi bu prensiplerin mutlak kat'iyetini yumuşatmışlar ve hakaniyet ile ahlâk kaidesi muhakkak surette icap ettirdiği takdirde hâkime borçluyu borcundan tahallus etmek veya borcunu yeni hâdisata uydurmak salâhiyetini bahşetmişlerdir.

İtalya⁸³⁾ ve İngilterede⁸⁴⁾ vaziyet aynı merkezdedir.

⁷⁹⁾ Mukavelelere riayetsizlik münasebetlerde emniyeti ihlâl eder. Bazılarının sadakatsızlığı bütün memleketin umumî ticaret muamelelerini ifsat eder. Vaktinde tedbirlerini almağı ihmal etmiş olan kimsenin rücu hakkından istifade etmesi doğru bir keyfiyet değildir.

⁸⁰⁾ von Thur, *Partie Gén. du Code Féd. des Obl.*, Fransızca tercemesi 2 inci basım, 1934, sah. 565.

⁸¹⁾ Planiol, ismi geçen eser, sah. 556, fasıl 30.

⁸²⁾ G. Ripert. ismi geçen eser, sah. 110.

⁸³⁾ İtalyan içtihadı hakkında bak:

Ezcümle, önceden tahmin edilemiyen hâdiseler neticesinde ivaz ile mukabil-ıvaz arasındaki nisbet o derece derin bir surette değişmiş olur da borçlu mukavele ahkâmına mecbur tutulamıyacak, ve bilmukabele alacaklıya alacağından feragat etmesi talep edilebilecek gibi bir vaziyet tahaddüs ederse, Federal Mahkemesi iki taraflı bir mukavelenin feshine müsaade etmektedir. **Commune de Wädenswil c/ Schweiz. Südbahn** davası münasebetile Federal Mahkemesi 12 Temmuz 1933 tarihli yeni bir kararile eski içtihadını bir kere daha teyit etmiştir⁵⁵⁾; bu içtihada göre, prensip olarak taraflar ahval ve şeraitin muhtemel değişmesinden husule gelecek hasarları (risques) tekabbül ederler; fakat ahval ve şeraitin değişmesi şart edilen ivazın aktin in'ikadı zamanındaki mahiyetinden tamamen farklı bir mahiyet arzemesine sebebiyet veriyorsa ve bu ivazın ifası borçlunun mahiyetine âmil bulunuyorsa, ancak bu takdirde tarafların mukavelenin feshini veya yeniden tetkikini talep edebilirler.

Bu son şartın (ivazın ifası borçlunun mahiyetine âmil bulunması şartı) dayandığı esas Profesör R e i c h e l tarafından pek haklı olarak tenkit edilmiştir⁵⁶⁾. İptidaen bu şartın tahakkuku nu arayan Alman Temyiz Mahkemesi de sonradan vazgeçmiştir. Filhakika bu şart, bir taraftan hiç bir mukabil ivaz alamıyacağı halde akdi taahhüdünü ifa için kâfi vasıtalara malik bulunan paralı borçluyu himayesiz bırakmakla çok uzağa gitmekte; diğer taraftan, ödemek iktidarında olmayan borçlunun vaziyetini iyi-

Radounat, Du cas fortuit et de la force majeure, Paris 1920, sah. 84 ve mü.

S. Seibesco, Effets de la guerre sur l' exécution des contrats; Rev. Trim. de Dr. Civ. Paris 1917, Cilt XVI, sah. 349 ve mü.

⁵⁵⁾ İngiliz içtihadının «Frustration de l'aventure» mes'elesi hakkındaki içtihadı için bak:

H. Levy-Ullmann, L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit Anglais, Annales de droit commercial, 1921, sah. 279 ve 1932, sah. 41.

⁵⁶⁾ A.T.F. 59, II, 264 ve mü. — J.d.T. 1934, sah. 21 — Rev. Trim. Dr. Civ. 1934, sah. 922.

⁵⁷⁾ Reichel, ismi geçen eser, sah. 15.

leştirmekte ve şayet «exceptio deficientis pecuniae» def'inin dermeyanile hâkimin red edeceği hususu, «Clausula» kisvesi altında kendisine bahşelemektedir.

Binaenaleyh borçlunun «mahviyeti» şartını bir tarafa bırakacak olursak şu hususlar lüzumlu olarak telâkki edilebilir: İstisnâî ve önceden tahmin olunamıyan hâdiseler sebebiyle akdin ifa şartlarının derin ve zarar verici bir şekilde değişmesi ⁸⁶⁾, bir de tarafların mütekabil ivazları arasındaki muvazenenin o suretle bozulması ki borçlunun vecibelerinin ifası alacaklı tarafından vaki aşikâr bir istismar teşkil edecek derecede bulunması ⁸⁷⁾.

Şunu da kaydetmek icap eder ki, iktisadî buhran ve para temevvüçleri zamanlarında hâkimin müdahalesi fevkalâde müdebbirane, tamamen istisnâî bir şekilde olmalıdır; çünkü iktisadî muvazenenin istikrarsızlığı tarafların gayet müteyakkız, ihtiyatlı ve iyi görüşlü olmalarını istilzam etmektedir. Taraflar anî ve ağır tebeddüllere hazır bulunmaları ve bunlara karşı icap eden tedbirleri almış olmaları icap eder.

* * *

VIII. BORCUN NAKLİ. — KEFALET. — TECDİT. (B. K. m. 114, 176) ⁸⁸⁾.

Alacağın temliki yolile alacaklının değişmesi, veya borcun nakli yolile borçlunun değişmesi bir tecdit husule getirmez. Kezalik borcun mahiyeti değişmeksizin muhtevası değişmekle de (meselâ tediyeenin tehhürü veya borc miktarının arttırılması, ilh... gibi) bir tecdit husule gelmez.

Borcun nakli halinde, kefilin alacaklıya karşı bağlı kalması için

⁸⁶⁾ Empreviziyon, ancak tarafların iradesinin, üzerinde hiç bir tesiri olmadığı hâdiselere arız olabilir; burada nazarı itibare alınan ancak harici olan, tarafların iradesine bağlı olmayan, bilûmum hesapları boşa çıkaran ve akdin ekonomisini altüst eden hâdise ve vâkiadır.

⁸⁷⁾ Reichel, ismi geçen eser, sah. 19.

⁸⁸⁾ C.O.m. 116, 178.

borcun nakline muvafakat etmiş bulunması şarttır. Şayet borcun nakli esnasında veya naklinden evvel kefil bu nakle muvafakat etmezse kefalet sukut eder. Borcun naklinden sonraki muvafakat yeni bir kefalete tekabül eder ve bu itibarla kefalet için derpiş edilen şekle riayet etmek icap eder. (3 Birinci teşrin 1935 tarihli **Steiger c/ Glanzetermit A.G.** kararı ⁸⁹⁾ .

* * *

IX. ALACAĞIN TEMLİKİ. — TEMİNAT. (B.K. m. 196) ⁹⁰⁾ .

Alacağını temlik eden kimse borçlunun borcunu tediyeye muktedir olduğunu temin etmesi, kefalet ile hiç te alâkası olmayan müstakil bir tasarruftur.

Temlik eden kimse borçlunun borcunu tediyeye muktedir olduğunu temin etmiş ise, bu teminat borçlunun ancak nakil esnasındaki vaziyeti ve icabı hale göre, alacağın tediyesi alacağın temlikine muahhar ise borçlunun o zamandaki vaziyeti için mu-teberdir.

Borcun kabili tediye olması mukaddem bir ihbara muallak ise, temlik eden kimsenin zımanı için nazarı itibara alınacak olan lüzumu tediye anı, alacaklının alacağının tediyesi için yapabileceği ihbarın en yakın anıdır. (25 Mayıs 1935 tarihli **Meyer c/ Huwyler - Rey** kararı ⁹¹⁾ .

* * *

X. TAKSİTLE BEY'. — MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİ. (M. K. m. 685; B. K. m. 222, 223) ⁹²⁾ .

Bayi mebi üzerindeki mülkiyetini muhafaza etmiş ise, semenin ademi tediyesi halinde, ayrıca tasrihe lüzum kalmaksızın is-

⁸⁹⁾ A.T.F. 60, II, 332 — J.d.T. 1935, sah 168.

⁹⁰⁾ C.O. m. 171.

⁹¹⁾ A.T.F. 61, II, 102. — J.d.T. 1935, sah. 549.

⁹²⁾ C.C.S.m. 716, C.O.m. 226, 227.

tihkak davasının tabii bir neticesi olarak beyi mukavelesini fesh etmek salâhiyetini haizdir. ⁹³⁾

Müşteri mebiî iade, bayi de aldığı taksitleri geri verdiği takdirde, bayi bu taksitlerden bir taraftan «münasip bir icar bedeli» namile mebiin normal şekilde kullanılmasından veya vaktin geçmesi ve modanın değişmesi yüzünden husule gelen tenezzüle mukabil bir meblâğ, ve, diğer taraftan, «mahın kullanılmakla eskimesinden veya mebiin bozulmuş olmasından dolayı tazminat» namile mezkûr mebi'de husule gelen zararlar dolayısıyla ⁹⁴⁾ malın kıymetinin fevkalâde tenezülüne mukabil de ayrıca bir meblâğ zapt etmek hakkını haizdir. (6 İkinci Teşrin 1934 tarihli **Rideaux S.A. c/ Epoux Felder - Gassmann** kararı ⁹⁵⁾).

* * *

XI. GAYRİMENKUL BEY'İ. — MEBİİN AYIPLARINI TE-KEFFÜL.

Çatı altı kısmı apartmana tahvil edilen bir gayrimenkul satılıyor; fakat zabıta bu yerin mesken olarak kullanılmasını men ediyor; müşteri gayrimenkulün noksan kıymeti yüzünden tazminat talep ediyor; bayi bir vasfı vait ve taahhüt etmediğini dermeyan ederek bu talebi reddediyor; fakat talep kabul ediliyor. (B.K. m. 183, 194, 202, 216 ve 217) ⁹⁶⁾).

⁹³⁾ Mülkiyeti muhafaza mukavelesi bu son zamanlarda memleketimizde tetkik edilmeğe başlanmıştır.

Dr. Galip Gültekin, Mülkiyetin muhafazası mukavelesi, Huk. Fak. Mec., sayı 4, sah. 445, sayı 5, sah. 99...

Avukat Nafiz Zeki, Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi, İst. Baro Mecmuası, sene 9, Haz. — Tem. 1935, sayı 6-7, sah. 332-343.

İmzasız Mülkiyeti muhafaza akdinin memleketimizdeki vaz'ı hukuksî hakkında bir tetkik. Aynı mecuu, İkinciteşrin 1934 — Nisan 1935 sayısında (çok kısa bir tetkik).

⁹⁴⁾ Almancası «Beschädigung», Fransızcası «Endommagement» dir.

⁹⁵⁾ A.T.F. 60, II, 412. — J.d.T. 1935, sah. 51.

⁹⁶⁾ C.O.m. 185, 197, 205, 220 ve 221.

Meskene tahsis edilen bir gayrimenkulü satın alan kimse, tabii olarak mezkûr gayrimenkulün muhtelif dairelerinin bilfiil meskene salim olduğunu kabul edebilir. Bu keyfiyet, işlerin ve maslahatın icap ettirdiği ve bayiin de buna riayete mecbur olduğu bir telâkkidir. Binaenaleyh, müşteriye yabancı sebeplerden dolayı gayrimenkulün mesken olarak kullanılmasına imkân kalmaz ise bayi Borçlar kanununun 194 üncü maddesile 217 inci maddesine göre ayıpları tekeffüle mecburdur, çünkü 194 cü madde metnine göre bayiin tekeffülü yalnız vait ve zikr ettiği vasıflara münhasır olmayıp, aynı zamanda mebiin ya kıymetini veya maksut faidesini izale veya mühim miktarda tenkis eden maddi ve hukukî ayıplara da şamildir. « Hukukî ayıplar » meyanında zabıta inşaat talimatnamelerinin tahdidî hükümleri zikredilmelidir; meselâ : müddeaaleyh Brändle'in müddei Caroli'ye satmış olduğu evin çatı arasının mesken olarak kullanılmasına mani olan bir zabıta kararı bu cümledendir. Bu men edici ve tahdidî hükümlerin hususî hukuka değil de âmme hukukuna müteallik olmasının hiç bir ehemmiyeti yoktur. 194 cü madde bu yolda hiç bir tefrik yapmamaktadır. Federal Mahkemesinin bir kararına göre han olarak kullanılan bir gayrimenkul satıldığı zaman, mezkûr gayrimenkulde mevcut ayıplar dolayısıyla (gayrı sıhhi ve ilh... gibi) belediyenin yeni malike hancılık ruhsatı vermekten imtina etmesi 194 cü maddeye göre hukukî bir ayıp teşkil etmektedir⁹⁷⁾. 194 cü maddenin kabili tatbik olması için, kanunun derpiş ettiği « ehemmiyetli bir suretle » kaydından gayrı, hususî hukuk veya âmme hukuku kanunlarından neşet eden ayıpların, risklerin (nefi ve zararların) müşteriye geçer iken mevcut bulunmuş olması kâfidir. (B.K. m. 183 ve 216)⁹⁸⁾ (20 Birinci kânun 1934 tarihli Brändle c/ Caroli kararı ») .

⁹⁷⁾ A.T.F. 55, II, 188. — J.d.T. 1930. 86.

⁹⁸⁾ C.O.m. 185, 220.

⁹⁹⁾ A.T.F. 60, II, 436. J.d.T. 1935, sah. 507. — Ayrıca bak: A.T.F. 20 sah. 498, esbabı mucibe n. 4.

* * *

XII. ÂDİ İCAR.

1⁰) İcar müddetinin hitamından evvel mühim sebeplerden dolayı fesih.

Bir lokantanın işletilmesi için bir mahal kiralanmıştır; fakat iktisadî buhran dolayısıyla lokantanın işleri azalmış ve icar bedeli bu yüzden fazla ağır gelmeğe başlamıştır. Bunun üzerine müstecir mukavelelenin icar müddetinin hitamından evvel feshini talep ediyor ve bu talebi mahkemece kabul ediliyor (B.K.m. 264) ¹⁰⁰)

Müstecirin âdi icar mukavelesine hitam vermesi bir fesih hakkı olup mukaveleyi iptal hakkı değildir ¹⁰¹). Fesih mukaveleyi *ex nunc* hitame erdirir, yani mukavele mazi için hüküm ifade eder, iptal ise mukaveleyi *ab initio* hitame erdirir, yani mukaveleyi bilûmum neticelerile tâ bidayetinden yok eder.

Müstecirin icar mukavelesini hitamından evvel fesh için «mühim sebepler» dermeyan edebilmesi ancak mukavelelenin in'ikadı zamanında bu sebeplerin müstecir tarafından evelden tahmin edilememesi şartına muallaktır. Son seneler zarfında zuhur eden iktisadî buhranın işler üzerindeki fena tesirleri bu cümledendir.

Mühim sebepler dolayısıyla icar akdini hitamından evvel fesh eden müstecirin mucire tediye mecbur olduğu tazminat miktarı, akitlerin ademi ifası dolayısıyla tediye mecbur olunan tazminat kaidelerine göre hesaplanır. (29 Mayıs 1934 tarihli **Rogenmoser c/ Tiefengrund A. G.** kararı) ¹⁰²).

Bu karardan Federal Mahkemesinin «*rebus sic stantibus*» kaidesinin sıkı tatbikinden vaz geçtiği neticesi çıkarılmamalıdır ¹⁰³). **Rogen Moser** kararı ancak âdi icara kabili tatbik olan 264 cü

¹⁰⁰) C.O.m. 269.

¹⁰¹) F e s i h: Fransızcası «*Résiliation*», Almancası «*Kündigung*» dir.

İ p t a l: Fransızcası «*Résolution*», Almancası «*Rücktritt*» dir.

¹⁰²) A.T.F. 60, II, 205. — *J.d.T.* 1934, sah. 626.

¹⁰³) Bu kaidenin tatbiki hakkında bak:

A.T.F. 59, II, 264 ve mü.; *J.d.T.* 1934, sah. 21; *Rev. Trim. de Droit Civ.* 1934, sah. 922 ve bu mukavele n. VII. , sah. 366 ve mü.

maddenin tefsirine mütealliktir. Bir spekülâsyon meselesine müteallik olan bu karar, feshe salâhiyet veren «mühim sebeplerin» kabulünde pek fazla müsamehakâr davranmaktadır. Bu kararı Zürih hâkimi **Blass** tenkit etmektedir ¹⁰⁴⁾.

3^o) **Mühim sebepler dolayısıyla fesih - Mehil.** (B.K. m. 264)

Mühim sebepler dolayısıyla icar akdini fesheden mucir veya müstecir kanunun derpiş ettiği fesih mehillerine riayete mecburdur; mamafî gayrimuayyen müddetler için akdedilen icar mukavelelerin feshi bu müddetlere tâbi değildir; bunların tâbi oldukları fesih müddetini mahalli örf ve âdet tayin eder. (23 Birinci teşrin 1934 tarihli **Teifenhrund A.G. c/ Rogenmoser** kararı) ¹⁰⁵⁾

4^o) **Mecurun tamir masrafları - Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf.** (B.K. m. 97, 251, 363, 410, 414) ¹⁰⁶⁾.

Mucirin yapmağa mecbur olduğu ve fakat yapmadığı tamirata müstecir tevessül etmezden evvel hâkimden ancak masarifin mühim olduğu hallerde müsaade almalıdır. Vaziyet bu merkezde iken müstecir hâkimden izin istihsal etmeden tamirat yaptırmış ise, vekâleti olmadan başkası hesabına tam bir tasarrufta (gestion d'affaire parfaite) bulunduğunu iddia edip tamirat masrafını talep edemez; bu masarifin tediyesini talebe hakkı olabilmek için, mucirin ya vaktinde haberdar edilmesine imkân olmadığını veya haberdar edilmiş olsa bile müfit bir surette işe girişmeğe vakit bulamayacağını ispat etmek lâzımdır. Bu hâler hariç, müstecir ancak vekâleti olmadan başkası hesabına nakıs bir tasarruf (gestion d'affaire imparfaite) dermeyan edip, mucirin ancak mamelekinde husule gelen fazlalığın tediyesini talep edebilir.

Mucirin hiç bir menfaati olmayarak müstecirin satın aldığı ve sahibi bulunduğu bir ocağın bey'i keyfiyeti yukarıda işaret edi-

¹⁰⁴⁾ *Blätter für zürisch. Rechtsprechung*, 1934. Clit 33, n. 23-24, sah. 353, n. 165, sah. 369.

¹⁰⁵⁾ *A.T.F.* 60, II, 363. — *J.d.T.* 1935 sah. 245.

¹⁰⁶⁾ *C.O.m.* 98, 256, 371, 419, 423.

len hallerin hiç birine idhal edilemez. (12 Şubat 1935 tarihli **Dame Traphagen-Reussen c/ Domaine du Chanet S.A.** kararı) ¹⁰⁷⁾.

* * *

XIII. HİZMET AKDI.— (İş mukavelesi) .

1^o) Mukavelenin hitamından evvel fesih.

Bir anonim şirket memurlarından birile bir hizmet akdi yapıyor (B.K. m. 344, 345). İş mukavelesini akdeden taraflardan biri, muhik sebepler dolayısıyla akdi feshedince bir gûna kusuru olmasa dahi tazminat tediyebile mükelleftir. ¹⁰⁸⁾

Diğer taraftan mukavelenin hitamından evvel tard edilen işçi, bir gûna kusur irtikâp etmemiş olsa bile düçar olduğu zararın tamamen tazminini isteyemez, yeter ki diğer tarafın (iş verenin) de bir kusuru mevcut olmasın. Zarar her iki taraf arasında taksim edilmelidir, fakat zararın büyük kısmı, muhik sebeplerin kendisinde husule gelen veya akdin feshinde başlıca menfaattar olan tarafa tahmil edilmelidir.

Bir anonim şirketin hiç bir kusuru olmaksızın işletmesini likide etmek mecburiyetinde kalması keyfiyeti memurlarile akdetmiş olduğu mukaveleleri feshe cevaz veren muhik bir sebep teşkil eder. (13 Eylül 1934 tarihli **Bachert et Co. A.G. c/ Eisenmann** kararı) ¹⁰⁹⁾ .

2^o) Rekabet memnuiyeti.

Bir binicilik ustası bir manejde istihdam ediliyorken mukavele sona eriyor; mukavele hükümlerinden biri de bu ustanın aynı şehir dahilinde on sene müddetle icrayı sanat ederek rakabette bulunmayacağına dairdir; usta bu memnuiyetin ref'i veya hiç ol-

¹⁰⁷⁾ A.T.F. 61, II, 37, J.d.T. 1935, sah. 326.

¹⁰⁸⁾ Yeni «İş Kanunu» muz tazminata mütedair bazı maddeler ihtiva etmektedir: m. 13, fık. 5, 14 fık. 1.

¹⁰⁹⁾ A.T.F. 60, II, 286. — J.d.T. 1935, sah. 16.

mazsa müddetinin tenzili hakkında dava ikame ediyor; mukaveleye dercedilen bu şartın muteber olduğu kabul ediliyorsa da memnuiyet müddeti üç seneye indiriliyor (B.K. m. 348, 349)¹¹⁰⁾.

İstihdam olunduğu manejin müdürüne yardım ve lüzumu halinde onun yerine kaim olan binicilik ustası, manejin işlerine vakıf ve müşterilerini tanımakta olması dolayısıyla işini terk ettikten sonra bu bilgilerinden istifade ederek rekabeti sayesinde manej sahibine his olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilir. Binaenaleyh prensip olarak, rekabet memnuiyetine müteallik mukaveleye dercedilen hüküm tecviz edilmiş oluyor.

Bilmukabele, bir taraftan manej müdavimlerinin sık sık değişmesi ve hali hazır iktisadi konjonktürlerin gayri müstakar bulunması, ve diğer taraftan İsviçrede binicilik ustası memuriyetlerinin pek az olması ve ecnebi iş piyasasının kapalı bulunması dolayısıyla, rekabet memnuiyeti sahasını sıkı surette tahdit ve müddetini de kabil olduğu kadar tenzil etmek icap eder. (26 Mart 1935 tarihli **Zimmermann c/ Kuhn** kararı)¹¹¹⁾.

* * *

XIV. SATIŞ HAKKI MÜNHASIRAN KENDİSİNE AİT OLARAK TİCARİ TEMSİL.— Acente mukavelesi - Muhik sebeplerden dolayı fesih.

Bir fabrika sahibi bir tüccar ile bir mukavele aktederek mamulâtının satış hakkını münhasıran bu tüccara veriyor ve buna mukabil tüccar da muayyen zamanlarda muayyen bir miktar satın almayı taahhüt ediyor; muhik sebepler dolayısıyla hizmet akdine müteallik hükümler tatbik edilerek akit feshediliyor. (B.K. m. 344, 386 ve müt.)¹¹²⁾.

Münhasıran bir kişiye verilen satış hakkı bir beyi mukavelesinin mütemmim bir cüz'ü olabileceği gibi, temsil münase-

¹¹⁰⁾ C.O.m. 356, 357.

¹¹¹⁾ A.T.F. 61, II, 90. — J.d.T. 1935, sah. 497.

¹¹²⁾ C.O.m. 352, 394 ve mü.

betinin ve bilhassa acente mukavelesinin de mütemmim bir cüz'ü olabilir.

Acente mukavelesi (contrat d'agent) öyle bir mukaveledir ki, aralarında hiç bir hizmet akti olmayan iki taraftan biri diğeri hesabına muamelâta girişmeği veya yapacağı işlere vasıta olmayı taahhüt eder.

Acente mukavelesine pek çok benzeyen bir mukavele de, münhasıran satış hakkına malik olan mümessilin temsil ettiği şahıstan satın almış olduğu emtiayı kendi nam ve hesabına satmasıdır.

Acente mukavelesi ve buna benzeyen diğer hukukî münasebetler vekâlet ahkâmına tâbidirler, fakat hal ve vaziyet icap ettirirse diğer mukavelelere müteallik kaidelerde tatbik edilebilir.

Ezcümle, muhik sebeplere mebni feshe dair olan hizmet akdi kaideleri acente mukavelesine de tatbik edilir. (3 Birinci teşrin 1934 tarihli **Gummfabrik A.G. c/ Geyer** kararı) ¹¹³⁾.

* * *

XV. VEKÂLET. — Ticarî bir müessese satışı - Mahallî örf ve âdet - İlân yoluyla teklif.

Mahallî örfte uyarak ticarî bir müessesenin satış fiyatını ahz eyleyip tayin edilen müddet zarfında kendilerini birldirecek olan bayiin alacaklılarına tevzi ve muhtemel bakiyeyi bayie iade edeceğini ilân yoluyla umuma bildirip kabul eden kimse, ticarî müesseseyi satın alan müşteriye, onu satan bayie ve bu bayiin alacaklılarına karşı üç muhtelif vekâleti üzerine almış olur; ve alacaklılarının mutalebelerinin baliğ olduğu yekûnu tamamilen öğrenmeden semeni mebiin bir kısmını bayie verir ise, bunu kendi mesuliyeti altında yapmış olur. (4 Temmuz 1934 tarihli **Lecoultre c/ Boucherie Gaudet S.A.** kararı) ¹¹⁴⁾.

¹¹³⁾ A.T.F. 60, II, 355. — J.d.T. 1935, sah. 165.

¹¹⁴⁾ A.T.F. 60, II, 233. — J.d.T. 1935, sah. 226.

İsviçrede akdi ve Fransada mukavele harici olan mesleki mesuliyet hakkında, bu yazının **haksız fiillere** müteallik kısmının IV. f. numarasına bakınız (sah. 359 - 365) .

* * *

XVI. KEFALET.

1^o) **Tahallûs.**— Bir borca A, B, C ve D olmak üzere dört kişi müteselsilen kefil olmuşlardır; kefil A borcunu ödemekten âciz bir vaziyete gelmiş ve mezkûr borç, kefil B, C, ve D taraflarından tediye edilmiştir; kefil B, taahhüdünün feshi hakkında dava ikame ederek müddeasını, borca kefil olduğu zamanda A. nin âciz vaziyeti mevcut olup bu hususun kendisinden hileli bir surette ketmedildiği keyfiyetine istinat ettirmektedir ; dava kabul edilmiştir. (B.K. m. 488 fık. 3) ¹¹⁶⁾ .

Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin kendisile kefil olması şartile vaki olduğuna ve alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olup ta bu şart herhangi bir sebepten dolayı tahakkuk etmezse, kefil mesuliyetten beri olur.

Meselâ diğer kefillerin hakikaten taahhüt altına girmiş olmaları fakat bilâhare taahhütleri faraza hile sebebile, batıl addedilmiş olması gibi. (3 Temmuz 1934 tarihli **Banque Commerciale de Soleure c/ Walther et consorts** kararı) ¹¹⁷⁾ .

2^o) **Teselsül - Karz - Tatbik edilmesi icap eden kanun.**

Bir İsviçre müessesesi bir Alman müessesesine borç para veriyor; bu meblâğın faiz ve amortismanları İsviçrede tediye edilecektir; bu karza diğer bir İsviçre müessesesi müteselsil kefil oluyor; bu sırada Almanyada intişar eden bir kanun Alman borçlularının harice tediyede bulunmalarını men ediyor; alacaklı kefile karşı dava ikame diyor; kefil, asıl borçlunun borcundan kurtulmuş bulunması ve tediyeinin imkânsız olması keyfiyetlerini defi

¹¹⁶⁾ C.O.m. 497, fık. 3.

¹¹⁷⁾ A.T.F. 60, II, 231. — J.d.T. 1935, sah. 36.

olarak dermeyan ediyor ; dava kabul ediliyor. (B. K. m. 492, 497) ¹¹⁸⁾ .

Bir mukavelenin hükümleri, mukaveleyi akdederken tarafların tatbikini kabul ettikleri veya mantıkan tatbikini bekleyebildikleri veya beklemeleri icap ettiği kanuna tâbidir.

Borç veren bir İsviçreli ile borç alan bir Alman arasında aktedilen karz mukavelesine tatbik edilecek kanun, mukaveleye altın - mark esaslı vaz edilmiş, borç alanın Almanyadaki gayrimenkulleri ipotek olarak borca karşı teminat gösterilmiş, borç olarak alınan para Almanyada kullanılmak üzere alınmış ve taraflarca karz mukavelesinden doğacak ihtilâfları halle borç alanın ikametgâhı mahkemesinin salâhiyetli olacağı kabul edilmiş olduğu nazarı itibara alınır, bu kanunun Alman kanunu olduğu tezahür eder.

Kefalet akdine tatbik edilmesi icap eden kanun muhakkak surette asıl borca tatbik edilen kanunun olması icap etmez. Kefilin mesuliyeti asıl borca bağlı olduğu nispetteki haller müstesna, kefalet asıl borçtan ayrı ve müstakil bir kanuna tâbi olabilir.

İsviçrede ikamet eden iki kimse arasında aktedilen kefalet akdine tatbik edilecek kanun, tekeffül edilen borç Alman kanununa tâbi olsa bile, yine İsviçre kanunudur.

Kefil asıl borçluya ait defileri alacaklıya karşı dermeyan edebilir; fakat kefaletin gayesile kabili telif olmayan defileri kefil dermeyan edemez.

Kefaletin gayesi alacaklıya teminat bahşetmek olduğundan, müteselsil kefil yalnız asıl borçlunun malî vasıtalarının noksan olması dolayısıyla borcunu ödemekten âciz bulunduğu hallerde borcunu ödemekle mükellef değil, aynı zamanda borçlunun malî vaziyetinden hariç sebeplerin hudusile borcunu ödeyemediği veya ödemesi memnu olduğu hallerde de (meselâ Alman Döviz kanununa göre bir Alman borçlunun İsviçrede tediye yapmasını men ettiği haller gibi) bu borcu tediye ile mükellef tutulur.

İsviçreli bir müessesenin bir Alman müessesesine yapmış olduğu ikrazata 1925 senesinde kefil olan bir şahsın alacaklıya bahş

¹¹⁸⁾ C.O.m. 501, 506.

etmek istediği teminat, yalnız borçlunun borcunu ödemekten âciz bulunması ihtimaline karşı olmayıp, aynı zamanda ikrazatın yapıldığı senelerde Almanyada hüküm süren siyasî ve iktisadî istikrarsızlığın ecnebi alacaklıları maruz bırakabileceği tehlikelere karşı olduğu da farzedilebilir.

Bir Alman borçlusunun bir İsviçreli alacaklıya karşı olan borcunu ödemeği men eden Alman Döviz kanunu, İsviçre âmme intizamına mugayir olup hâkim tarafından nazarı itibara alınamaz. (18 Eylül 1934 tarihli **Nanthan Intitut A.G. c/ Schweizerische Bank für Kapitalanlagen** kararı) ¹¹⁹⁾ .

3⁰⁾ Teminat.

Bir banka kredisine mukabil, bir kefalet ve bir miktar emtiyanın teslimi ile rehnedilmesi (nantissement) suretile teminat irae edilmiştir; vadenin hulûlünde borç tamamilen ödenmemiştir; bakiye için kefillere müracaat edilmiş, fakat bunlar ikinci teminatın (yani nantissement) nin kıymetten düştüğünü iddia ederek borçtan kurtulmak itemişlerdir; mahkeme rehnin muteber bir şekilde tesis edilmediğini göz önünde bulundurarak kefillerin defini kabul etmemiştir. (B.K. m. 23, 496, 500; M.K. m. 853) ¹²⁰⁾ .

Borçlar kanununun 500 cü maddesindeki teminat mefhumu çok geniştir: Bu mefhum, alacaklıların «müşterek teminatını» teşkil eden borçlunun mameliki üzerindeki haklardan daha geniş olup alacaklıya ait bilûmum şahsî ve aynı teminatlara şamildir; muayyen bir alacaklıya kefaletli alacağının temini için hususi bir hakkın tanınmış olması lâzım ve kâfidir, şöyle ki bu hakkın istimali, alacaklının yerine halef olacak olan kefilin borçlunun yerine yapmış olduğu tediyattan asgari surette mutazarrır olmasını mümkün kılsın.

Bu vaziyet, satılması için borçlunun üçüncü bir şahsa tevdi eylediği bir stok malın (nantissement) i halinde tayyün etmemiştir, çünkü bu şekilde, kendisine «teminat» irae edilen alacaklı ne bu emtia üzerinde, ne bu emtiaya zilyed olanlara karşı ve ne

¹¹⁹⁾ A.T.F., 60, II, 294. — J.d.T. 1935, sah. 72.

¹²⁰⁾ C.O.m. 23, 505, 509; C.C.S. m. 884.

de müşterilere karşı bir hak iddia edemez ; zira borçlu semeni de müşterilere karşı bir hak iddia edemez; zira borçlar semeni mebiin alacaklıya verilmesini emtiaya zilyed olanları davetten başka bir şey taahhüt etmemiştir.

Taraflarca malûm olan böyle bir vaziyetin hatalı olarak hukukan takdiri, kefilin tehallüsü için dermeyan edebileceği esaslı bir hata teşkil etmez.

Kıymetsiz temiatın yok olması bizzat alacaklının kefillere karşı olan mesuliyetini istilzam etmez. (23 İkinci kânun 1935 tarihli **Union de Banques Suisses c/ Vivien et Henriod** kararı) ¹²¹⁾.

Bu karar münasebetile Federal Mahkemesi İcra ve İflâs dairesinin yeni bir içtihadını hatırlatmak gerektir: Üçüncü şahıslara tevdi edilmiş olan senetlerin (esham, tahvilât, bono vesaire) akitten doğan bir hakka istinaden teslimini talep etmek keyfiyeti bir haciz mevzuu olamaz. (8 Birinci kânun 1935 tarihli **Erben Spoturno genannt Coty** kararı) ¹²²⁾.

4⁰) Rücua kefil. ¹²³⁾

Rücua kefil olan bir kimse mesul olacağı meblâğın azamî miktarını tayin etmediğinden akdin butlanına karar verilmiştir. (B.K. m. 484, 489 fık. 2) ¹²⁴⁾.

Kefilin mesul olacağı muayyen meblâğın iraesî lüzumuna mütedair kefalettteki kaide rücua kefil müessesesinde de tatbik edilir.

Kefaletnamede kefilin mesul olacağı azamî meblâğın rakam ile gösterilmiş olmasına lüzum yoktur; yeter ki kefaletnamede

¹²¹⁾ J.d.T. 1935, sah. 264.

¹²²⁾ A.T.F. 60, III, 229 ve mü.

¹²³⁾ «Rücua kefil» ile «kefile kefil» müesseselerini karıştırmamak lâzımdır; birisi arrière caution) diğeri de (certificateur de caution) dur. (B.K. m. 489) Bak: *Borçlar Kanunu şerhi ve nazariyeleri* (Adliye Vekâleti tercemelerinden; hâkimlere mahsus); İstanbul 1927, sah. 740, no. 889.

¹²⁴⁾ C.O.m. 493, 498 fık. 2.

mevcut mutalar ile kefil mantıkî bir teselsül veya bir hesap amelîyesi ile mesul olacağı meblâğın azamî mikdarını tayin ve tesbit edebilsin.

Kefilin mesul olabileceği azamî meblâğı irae etmiyen kefaletname mutlak butlan ile batıldır, yani kefil kendince kararlaş-tırılmış olduğu meblâğ nisbetinde bile mesul tutulamaz. (21 Mayıs 1935 tarihli **Gasser c/ Bertsch** kararı ¹²⁵).

Yazan:

Dr. Emile Thilo

Avukat

İsviçre Federal Mahkemesi Grefyesi

Çeviren:

Ferit H. Saymen

İst. Üniv. Medeni Hukuk Aistanı

¹²⁵) A.T.F. 61, II, 99. — J.d.T. 1935, sah. 546.