
İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 1931 - 1932 SENESİ İÇTİHADININ NAZARİ BAKIMDAN ANALİZİ

Aynen tercüme ettiğimiz bu makalede kabil olduğu kadar Türk hukuku çerçevesi dahilinde kalmağa gayret ettik ve bunun için Medenî hukukumuzla ilgisi olmıyan bazı meseleleri (Sicilli ticaret, alâmeti farika, komandit şirketler, kooperatif şirketler gibi) bertaraf ettikten başka yazıda Türk kanunları maddelerini de işaret ettik. Mukabil İsviçre kanunları maddeleri not olarak gösterilmiştir. Bundan başka makalenin aslında olmıyan bazı türkçe ve fransızca bibliyografya da ilâve edildi.

Kullanılan remizlerin mânâları şunlardır :

M. K. : Türk Medenî kanunu

B. K. : Türk Borçlar "

C. C. : Fransız Medenî "

C. O. : İsviçre Borçlar "

C. C. S. : İsviçre Medenî "

İ. İ. : Türk İcra İflâs "

B. G. B. : Alman Medenî "

J. d. T. : İsviçre neşriyatından "Journal des Tribunaux,"

A. T. F. : "Arrêts du Tribunal Fédéral," = Federal mahkemesi kararları külliyatı. (Bu remizi takip eden birinci rakam cilt Nu. sıntı, ikincisi o cildin kısmını, üçüncüsü de sayfasını gösterir.)

m. : Madde.

c/ : Contra (karşı). [Müddeiye karşı Mü. aleyh].

I. HAKSIZ FİLLER :

A) Sıhhati ihlâl etmek, diplomasız hekim.

Efradın sağlığını koruma gayesile vazedilmiş bir zabıta kanununa muhalif her hangi bir hareket, bir kimsenin uzvî temamiyetine tecavüz ederse, bu hareket haksız bir fiil teşkil eder. Meselâ, hiç bir diploması olmıyan ve hekim sıfatını takıyan bir şahsın, zabıta kanunlarına muhalif olarak bir hastaya tesirsiz ve tehlikeli bir ilâç verip hastalığın vahametini artırması keyfiyeti haksız bir fiil teşkil eder. Fakat mağdur duçar olduğu hastalığın ehemmiyetine ve kendisine emniyet ettiği hekimin diplomasız bir hekim olduğuna vakıf olması büyük bir tedbirsizlik teşkil edip zararın husulüne müessir olur. (*Widmer c. Vuille, 4 ikinci teşrin 1930, A. T. F. 56. II. 371; J. d. T. 1931 sah. 598*)

B) Otomobil idare edenin mes'uliyeti ve yaya gidenin vazifeleri (*B. K. m. 41 ve müt.*)

1^o — 8 birinci kânun 1928 gecesi N. Dufour, F. Faivre'in otomobili tarafından devredilmiştir. Kuş başı kar yağıyordu. Otomobilin ön camında da kar vardı. Büyük fenerlerin yanmış olmasına rağmen F. yolunu güçlkle görüyordu. Kendi tarafında bulunan kapının camını açmış ve ara sıra bu açıklıktan dışarı bakarak otomobili idare ediyordu. Vasat bir süratle ilerliyordu.

D. Yolun sağ tarafında yürüyordu. Sokağı sağdan sola katetmek istedi. Bu sırada otomobilin sol çamurluğuna çarptı. F. D. yi ancak üç metrelik bir mesafeden görebilmişti. Aynı dakikada korna çalıp firene basmıştı.

Ağır surette yaralanan D. F. e karşı 17.000 franklık bir dava ikame etti. 24 ikinci teşrin 1931 tarihli federal mahkemesi kararıyla ancak 13.000 Frank alabilmiştir. Bu kararın en önemli mucip sebepleri şunlardır : Burada bahsa mevzu olan

mesele müddei aleyhin zabıta ve belediye kanunlarına göre bir kabahat irtikâp edip etmediği değil, belki de haksız olarak başkasının hayatını tehlikeye koymayı meneden genel kaideye uymayarak hareket etmiş olduğu, yani başka bir söyleyişle, gece vakti bir kar fırtınası altında bir otomobil istimal etmenin husule getirdiği tehlikeden doğması muhtemel kazaları önleyecek hal ve vaziyetin icabettirdiği bütün tedbirleri ittihaz edip etmediğidir.

F. in otomobile vereceği sürat öyle bir sürat olmalı idi ki önüne ansızın çıkabilecek her hangi bir maniaya çarpmadan otomobili durdurmağa muvaffak olsun. F. D. yi üç metre mesafede gördüğünü iddia ediyor. Şayet âzamî görebileceği mesafe üç metre idiyse otomobile vereceği sürat bu üç metre mesafeyi aşmadan durmayı mümkün kılan bir sürat olmalı idi. Müddei aleyh bu sürati aşmakla bir kusur irtikâp etmiştir, çünkü halin icap ettirdiği mutedil süratle ilerliyecek olsaydı yaya giden kimselerin maruz kaldıkları tehlikeyi bertaraf etmiş olmasa bile asgarî hadde indirmiş olacaktı. (Federal mahkemesi kararı 57, II, sahife 311). Tedbirli hareketin icap ettirdiği bir husus ta, F. nin ilerlemekete olduğunu ısrarla işaret etmesidir; filen, F. ancak Dufour'u gördüğü zaman korna çalmıştır.

Evvelce de federal mahkemenin hükmettiği gibi (*Lenoir c/ Arnold kararı, 16 haziran 1931; J. d. T. 1931 sah. 358*) otomobili idare eden kimse bütün yolu gözlemekle mükellef olup bir kısmını gözlemesi kâfi değildir; filhakika sağdan olduğu gibi soldanda bir mania zuhur edebilir ve bu hâdisenin belediye ve zabıta nizamnamelerine muhalif olup olmayışı asla hâzi ehemmiyet değildir. Mahaza bazı ahvalde bu nizamnamelerin ihlâli borçlar kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasının tatbikını istilzam edebilir.

Bu hâdisede müddei D. nin de bir kusuru vardır. Bir tarafından diğer tarafına geçmek istediği büyük çaddenin gece vakti, kışın ve fena havalarda bile otomobiller tarafından kat' edildiğini göz önünde bulundurarak ancak yolun serbest bulunduğuna emin olduktan sonradır ki karşı tarafa geçmeğe teşebbüs edecekti.

Hekim ve hastahane masrafları: Haksız fiili işleyen kimse ödemeğe mecbur olduğu hastahane masraflarından müddeinin şayet hastahaneye girmese idi şahsına yapacağı mutat masrafları tenzil etmeğe mezundur. — Bu hususta içtihat kat'î ve sabittir. —

Hastanın esaslı olarak ancak müddeinin ağır ve haksız fiile esaslı surette *müessir* olacak bir kusuru ile bertaraf edilebilir. Müddei hastahanedeki bulunduğu müddetçe çekmiş olduğu maddî ıztıraplara mukabil talep ettiği 1000 frank tazminatın tamamına istihkak kesp etmiştir.

Faizlere gelince, bunların zararın vukuu anından, yani *kaza* gününden itibaren hesaplanması adalete muvafık bir harekettir. Bu hüküm daimî malûliyetlere ve sakatlıklara tatbik olunduğu gibi manevî zararlara da tatbik olunur. (*Faivre c/ Dufour, 24 İkinci teşrin 1931; J. d. T. 1932 sah. 66*).

2° Durmakta olan tramvayların önüne geçmek. — a) Otomobili idare eden müddeialayh durmakta olan bir tramvayın önüne geçmekle Belediye ve Zabita nizamnamelerine [1] muhalif hareket etmiştir. Bu kaideye sık sık muhalefet ettiğii iddiası meşmu değildir. Bu husus ispat edilse bile bir hükmü hukukisi yoktur, çünkü *haksız bir fiilin sık sık irtikâbı onu hakka ve kanuna muhalif olmaktan asla kurtarmaz*. Bundan başka, sarîh kanunî bir hüküm olmasa bile, dar ve her tarafı görmek müşkül olan yerlerde (meselâ tramvay arabasının durak yerindeki vaziyette olduğu gibi), otomobil idare eden kimsenin önünde duran vasıtanın önüne geçmemesi seyrüseferin iptidai kaidelerinden biridir.

Yaya giden kimsenin tarzı hareketi. — b) Otomobiller tarafından kat'edilen bir yolun serbest olduğunu anlamadan, hiç olmazsa diğer tarafa geçmeğe müsait vaktin bulunduğunu kestirmeden yola koşarak atılmak ve bilhassa durmakta olan bir tramvay arabasının arkasından ansızın çıkıvermek muhakkak ki tedbirsiz bir harekettir (*Epoux Hegelbach c/ Reutter, 5 Temmuz 1932; J. d. T. 1932 sah. 482*).

3° Şoförün gayet yorgun bulunması hali. İstihdam edenin mesuliyeti. —

Otomobilie mniyetle idare edemeyecek derecede yorgun bulunarak yola çıkan kamyon şoförü bir kusur irtikâp etmiş olur; âmirinin emredebileceği yeni seferleri kabul etmemekle mükelleftir.

[1] Bu hususu laviçrede kanton kanunları müstakillen halleder.

İstihdam eden müstahdimin vazifesi başında, hattâ kusuru olmadan, ika ettiği zarardan mesuldür ; bu mesuliyetten kurtulmak için ancak Borçlar kanununun 55 inci maddesinin mahfuz tuttuğu hususî beyyineyi irad etmek mecburiyetindedir.

Şoförün bütün gün otomobili idare etmiş olup artık emniyetle idare edemeyecek kadar yorgun ve asabî olduğunu bilen âmir, bu şoföre kendi kamyonile tekrar sefere göndermiş olması aleyhine bir kusur teşkil eder.

Kamyonun frenlerinin bozuk olması dolayısıyla vukua gelen zarardan "istihdam eden kimse", sıfatile (B. K. m. 55) mesul olmıyan kamyon maliki, Borçlar kanununun 41 inci maddesine müsteniden takip edilebilir (58inci maddenin burada tatbiki mevzuubahs değildir.) (*Dietrich c/ Gobbi et Tribo, 3 Şubat 1932; A. T. F., 58. II. 29; J. d. T. 1932 sah. 359*).

a) Bir otomobil şoförünün otomobili emniyetle idare edemeyecek bir halde yorgun bulunması dolayısıyla idareden imtina etmek mecburiyetinde bulunması hususunda verilen *Dietrich* kararile 23 mart 1932 tarihinde verilen *Sydler c/ Sydler* kararının esbabı mucibesini mukayese etmek lâzımdır. " *Büyük bir yorgunluk* hissedilerek uykuya mukavemet edemeyeceğini tahmin ettiği halde otomobil direksiyonuna oturan kimse tedbirsizce hareket etmiş olur. Otomobil idare ederek kendi hayatından gayrı başkalarının hayatını da elleri arasında tutan kimsenin uyumağa hakkı yoktur, çünkü başkasını tehlikeye maruz bırakmamak yolunda bir emir ihtiva eden seyrüsefer esas kaidesini ihlâl etmiş olur. Uykuya mukavemet edemeyeceğine emin olan şoför otomobili idare etmekten imtina edecektir. "

Müstahdimin pek fazla çalışmış olmasına (surmenage) geline 27 eylül 1930 tarihli *Dame Dornbierer c/ Meyer et Guttmann et Gacon* (*A. T. F., 56, II, 298 ve mü.*) kararı, istihdam edenin 55inci maddedeki istisnâî halden aşla istifade edemeyeceğini beyan ediyor, çünkü sabah 7 de işe başlayan şoföre bir de gece işi tahmil etmek bir kusur teşkil eder. Bu suretle şoförünü pek fazla çalıştırmış olduğu ve binaenaleyh sabahın saat üçünde işini biran evvel bitirmek arzusunda bulunan şoförün yola kâfi derece dikkat sarfetmeyüp iptidâî tedbirin icabettirdiği ihtimamı göstermiyerek fazla süratle yol alması ve bu yüzden bir kazaya sebebiyet vermiş olması kabul edilebilir.

b) Esbabı mucibenin kamyon malikinden bahsetmesi hu-

susundan, istihdam eden kimsenin Borçlar kanununun 58inci maddesine göre mesul olacağı neticesi çıkarılmamalıdır. Bu mesuliyet ancak Borçlar kanununun 41inci maddesindeki umumî kaideye dayanır. Çünkü frenlerin bozuk olması, bu meselede, nakil vasıtası sahibinin bir *kusur* undan ileri gelmektedir. Borçlar kanununun 58inci maddesi ancak binaya ve bina ile bir müşabehet arzeden yapılara veya binanın mütemmim cüzülerine veya arza merbut veya mahdut bir zaman için olsa bile muayyen bir yerde istimal edilen şeylere (meselâ bir harman makinesi gibi) tatbik edilir. Nakil vasıtaları gayelerine uygun bir tarzda istimal edildikleri müddetçe 58inci maddedeki bina mefhumu çerçevesine giremezler [1].

4^o Normal bir şekilde diğer nakil vasıtalarına tahsis edilmiş yolun bir kısmının muvakkaten kullanılması.—

Umumî yolun normal bir şekilde aksi istikamette giden nakil vasıtalarına tahsis edilmiş olan kısmını kullanmak istira- rında bulunan kimse, bu kısmı ancak ihtiyacı olduğu müddetçe kullanabilir.

Mahkemenin karar verdiği hâdisede, ana caddeye müerredit bir tarzda dahil eden ve sağ taraftaki normal yerine gelinceye kadar bütün yolun sol tarafını gayet yavaş kat' eden şoförü federal mahkeme mesul tutmuştur. Bundan başka mezkûr mahkeme otomobilin müteredit halini görerek süratini kesmiyen ve son dakikada nizamnameye muğayir bir istikamete sapan ve otomobilin şademesine maruz kalan motosiklet idare eden kimsenin de müşterek bir kusuru olduğu hakkında karar vermiştir. (*Nicolet c/ Zbinden 9 mart 1932, A. T. F. 58. II. 130*).

5^o Bugün yaya giden kimse yolda fazla bir dikkat ve ihtimam göstermelidir.—

Caddeyi kat' etmekte iken bir tramvay arabası tarafından devrilen bir kimse tramvay şirketinden zarar ziyan talep etmiştir. Her ne kadar demiryolları işletmelerinin mesuliyeti kusur nazariyesine dayanmayıp illiyet nazariyesine dayanmakta ise de müddeinin davası ret edilmiştir. Fakat bu meselede hâkim zararın ancak müddeinin tedbirde hatâ etmiş olmasından ileri

[1] A. von Tuhr, Parite général du C. O., § 50, I, 1, sah. 360.

geldiğini kabul etmişti. Kararın dayandığı esaslar hülâsaten şunlardır : Bir demiryolunu katetmek isteyen ve yaya giden kimse, yolu katetmeden evvel sağa ve sola bakarak yolun serbest olduğunu ve hiç bir katarın o istikamette gelmediğini tesbit etmelidir.

Bu iptidai tedbiri ittihaz etmiyen kimse kaza vukuunda demiryolu işletmesinin medenî mesuliyetini iddia edemez, çünkü kusurunun ağırlığına nispetle demiryolu işletmesinin mahiyeten doğurduğu hasar tehlikesi, vukua gelen kazada müşterek bir kusur olarak telâkki edilemez. (*Dame Neeracher - Hensser c/ Canton de Bâle - Ville, 17 Birinci kânun 1931, A.T.F. 57, I, 585 - J.d.T. 1932, sah. 499*).

Bu karar, ideali sürat olan asrımızı güzel bir surette temsil etmektedir. Günden güne sıklaşan ve serileşen seyrüsefer, yolu istimal edenlerden —yaya gidenler veya bir nakil vasıtası idare edenler olsun— daha bir misli dikkat ve ihtimam göstermelerini icap ettirmektedir. Ve bu dikkat ve ihtimam, bu tedbirli hareket bir sevki tabii şekline girmelidir. *Neeracher* kararı illiyet prensibine dayanan demiryolları işletmelerinin mesuliyetini makul bir tarzda tahdit etmektedir [1]. Fakat bugün yaya gidenlere karşı daha şiddetli davranmak icabediyorsa, geçen asırda payton, talika ve buna mümasil nakil vasıtaları idare edenlere nisbetle bugün otomobil veya motosiklet idare edenlerden de daha seri ve emin hareketler, daha büyük bir maharet ve soğuk kanlılık talep etmek doğru ve mantıkî olur.

6^o Umumî yolda çocukların makul bir tarzda hareket etmek iktidarı.—

a) 5 temmuz 1932 tarihli *Helgebach c/ Reutter* kararı (*J. d. T. 1932 sah. 487*) şöyle bir esbabı mucibe ihtiva etmektedir :

“On yaşında, zeki bir erkek çocuk umumî yolda makul bir surette hareket etmekten muhakkak surette mahrum değildir. Fakat bittabi çocuğun bulunduğu ahval ve şerait te kendisine

[1] Bu hususu derinleştirmek için aşağıdaki eserlere müracaat :

Peterman : *L'assurance et l'accident de la circulation*, J. d. T. 1930 sah. 299.

Jean Tauzin : *Responsabilité des propriétaires des choses dangereuses*, Paris 1929.

tehlike mefhumunu tagyir veya dikkat kabiliyetini tenakus ettirecek mahiyette olmamalı. „

Bu esbabı mucibe çocuğun ehliyetini takdir hususunda yeni bir temayüle yol açmaktadır. 3 İkinci teşrin 1927 tarihli *Tramways électriques Zurich - Oerlikon c/ Huber (J. d. T. 1928 sah. 183 ve müt.)* kararı vesilesile şu mülâhazayı beyan etmiştik (sahife 187): Haksız bir fiilden dolayı mutazarrır olan kimseye bir kusur tahmil etmek için bulunması şart olan temyiz kudreti, Medenî kanununun 13 üncü maddesinde [1] mezkûr bulunan *makul bir surette hareket etmek iktidarı* olup yoksa aynı kanununun 9 ve 10 uncu maddelerindeki [2] ehliyet şartları veya cezaî mesuliyet şartları değildir. Bu iktidarın rüşet yaşile alâkası olmadığı gibi hacır ile de münasebeti yoktur. Medenî kanununun 16 ıncı maddesinin 3 cü fıkrası [3] mucibince mümeyyiz bulunan küçükler ve mahcurlar “haksız fiillerinden mütevellit zarardan mesuldürler,„. (*A. T. F. 49. II. 440 — J. d. T. 1924 sah. 105*). Hâkime arzedilen meselenin mahiyetine göre aynı kimse 13 üncü maddeye [1] göre mümeyyiz veya gayrı mümeyyiz ad ve itibar edilecektir. Meşale tamamiyle filî bir meseledir, çünkü bir kimşenin harekât ve tasarrufatının ehemmiyet ve tesirini takdir için malik olması icabeden fikrî tekâmül, hâdiseden hâdiseye değişir [4]. Bir kimseyi Medenî kanuna göre mesul addedebilmek için, şu hareketinin veya bu içtinabının doğurduğu tehlikeyi, mücerret bir surette takdir etmesi kâfi olmayıp, şu veya bu vaziyette makul bir surette *hareket* etmesi, yani makul telâkki ettiği şeye harekâtını uydurması da icabeder.

Federal mahkemesi bu tefriki umumi yol tehlikelerine tatbik ederek 21 eylül 1927 tarihli *Epoux Blum - Gurtner c/ Gallay* kararında (*J. d. T. 1928 sah. 187*) şunu söylemiştir :

“ Makul bir surette hareket etmek iktidarı, bir kimsenin tehlikeleri takdir etmesi — ve bilhassa otomobillerin seyreylediği bir yolu kat' etmekteki tehlikeyi tefrik etmesi — kâfi olmayıp belki de o anda hareketini düşüncesine uydurmak kudretine malik olması icabeder. (*Bak: A. T. F., 43, II, sah. 207 ve*

[1] C. C. S. madde : 16

[2] „ „ „ 12, 13

[3] „ „ „ 19, fık. 3

[4] Bakınız : A. von. Tuhr, “ Parite Générale du C. O. „, sah. 342, III; keza : “ J. d. T. „ 1928 sah. 292.

mü. ; *J. d. T. 1917 sah. 562*). Binaenaleyh hâkim bir çocuğun tedbirsiz bir surette yolu kat' etmiş olmasını bir kusur sayabilmek için " on iki yaşında zeki bir erkek çocuğun tehlikeyi tefrik etmek iktidarında olduğunu tayin etmek kâfi olmayıp, bundan başka çocuğun küçüklüğü göz önünde bulundurularak, orta yaşta bir kimse gibi kendini tehlikeden korumak itiyadını edinmiş veya edinmesi icabetmiş olduğunu da araştırmak gerektir. Fakat bu noktanın menfi bir tarzda halledilmesi icabettiğini hâdisat ispat ediyor. „

6 Mart 1928 tarihli *Arrigoni c/ Zarifi* kararı *Blum - Gurtner* kararının esbabı mucibesini harfiyen tekrar ederek (*J. d. T. 1928 sah. 290 ve mü.)* ilâve ediyor (sah. 292): " Küçük Arrigoni'nin açık göz bir çocuk olmasına rağmen, dokuz yaşında bir kimse-nin sokaktaki tehlikelere karşı müessir tedbirler alamıyacağını hayat tecrübeleri ispat etmektedir. „

3 Şubat 1932 tarihli *Dietrich - Walder c/ Gobbi et Tribo* kararı (*A.T.F. 58. II. 29—J.d.T. 1932 sah. 359 ve 366*) " iki çocuğun küçük yaşları (biri sekiz, diğeri beş) göz önünde bulundurulacak olursa kaza vukuunda bunların müşterek kusurundan bahsetmenin mümkün olamayacağı „ mutalâasındadır.

5 Temmuz 1932 tarihli *Helgebach c/ Reutter* kararında ifadenin değişmiş olduğu görünüyor. Hâhim her ne kadar yukarda hatırlatılan kararlardan rücu etmiyorsa da, mezkûr kararları tamamilen kabul etmediği ve yeni bir takdir şekli tesis etmek arzusunda bulunduğu da hissedilmektedir. Bugün otomobil ve motosikletlerin seyrüseferi kesif ve seridir. Bugünkü gençlik on beş yirmi veya yirmi beş sene evvel bilinmeyen tehlikeler arasında büyüyor. On yaşında bir çocuk elli yaşına varmış olan bir kimseden daha iyi bir surette kendini korumayı veya arabalar arasından sıyrılmayı bilir. Mahaza on yaşında bir çocuğun kusurunu takdir ederken çok dikkatli davranmak ve bu yaşta icabeden bütün tedbirleri ittihaz muktedir olduğu esasını vazetmekten çekinmek icabeder. Kendini ihata eden ve her gün kendini koruması icabeden muhtelif ve müteaddit tehlikelere rağmen, çocuk tedbirsiz, düşüncesiz, hoppa, asabî, hareketlerinin neticesini tamamilen ölçmeyen bir mahlûk şeklini muhafaza etmiştir. Bu mülâhazaya dayanarak, Federal Mahkemesi içtihadına biraz farklı bir çığır vermekle beraber gayet tedbirli hareket edip şunu da ilâve etmektedir: " On yaşında zeki

bir erkek çocuk umumî yolda makul bir şekilde hareket etmekten *muhakkak surette* mahrum değildir. „

b) Küçük yaşta bir çocuk bir otomobil tarafından çiğnen-
diğinde, şoför çocuğun seyrüsefer ahkâmı hilâfına hareket etmiş
olduğunu beyan edemez, mahaza çocuğun bu tarzı hareketi
Borçlar kanununun 44 üncü maddesine göre değil de 43 üncü
maddesine göre tazminat miktarını tayin etmek hususunda
nazarı itibara alınabilir. (3 Şubat 1932 Dietrich c/ Gobbi et Tribo
kararı)[1].

Federal Mahkeme 43 ve 44 üncü maddeler arasında izahı
icabeden bir tefrik yapmaktadır. *Arrigoni c/ Zarifi* [2] kararı
mağdur olan kimsenin makul bir tarzda hareket etmeğe iktidarı
yoksa (M. K. m. 13) Borçlar kanununun 44 üncü maddesinin
1 inci fıkrası burada tatbik edilemez, diyor ; çünkü bu madde
ancak mağdur olan kimsenin "mesul,, olduğu filleri kasdetmek-
tedir [3]. Buna mukabil hâkim 43 üncü maddenin 1 inci fıkrası-
nı tatbik edebilir ; bu madde yalnız zarar failinin kusurunu
değil fakat umumî bir şekilde bilûmum "hâdisatı ,, kanunun
lâfzına göre " hal ve mevkiin icabatını,, nazarı itibara almasını
emretmektedir [4]. İşte tazminatın şumulüne ve binaenaleyh
tenkisine müessir olacak hâdisat meyanına küçük çocuğun
mesul olmadığı, fakat zararın ihdasına veya tezayüdüne yardım
ettiği tedbirsiz, düşüncesiz hareketi ithal edilebilir.

Burada mevzuubahs husus, müşterek bir kusur, veya mağdu-
run mesul olduğu bir hal değil, belki de zarar ziyanın şumulünü
tayin etmek için hâkimin 43 üncü maddenin birinci fıkrasına
göre nazarı itibare alması icabeden hâdiselerden biridir. 43 üncü
madde umumî bir kaide vaz ve nazarı itibara alınması icabe-

[1] Bak. sah. 118.

Fransız hukuku için : Demogue, Obligations, Cilt IV, Nu. 802.

[2] Bak. sah. 118.

[3] İsviçre borçlar kanununun almanca metni " ... für die er einsteher
muss. „ ibaresini Türk borçlar kanunu noksan olarak " ... kendisinin fiili zara-
rın ihdasına yardım ettiği ... „ şeklinde ifade etmiştir. Tam bir terceme şöyle
olmalı idi : " Kendisinin mes'ul olduğu fiiller zararın ihdasına... „

[4] Borçlar kanununun 43 üncü ve 49 uncu maddeleri mühim bir terceme
hatası ihtiva etmektedir. Meczkûr maddelerde fransızca "faute,, kelimesi "hatâ,,
olarak terceme edilmiştir ki bu kelime "erreur ,, mukabilidir. " Faute ,, ise
hukuk lisanımızda " kusur ,, olarak kullanılır. Bak. B. K. 99, 102 fık. 2, 205
son fık. , 250 son fıkra, v. s. ...

den haller meyanında bilhassa mühim bir âmil kaydediyor : zarar failinin kusuru. 44 üncü madde daha hususî bir kaide vaz ve tazminatın tenkisi için hâkimin 43 üncü maddedeki hâdisat (hal ve mevki) mefhumunun hudutlarını tayin ederken göz önünde bulundurması icabeden bazı âmilleri işaret etmektedir[1]. *A. von Tuhr*[2] ise 43 üncü maddeye tercihan 44 ve 54 üncü maddelerin tatbikine taraftardır. 44 üncü maddeyi tetkik ederken diyor ki : " Mağdur olan kimsenin temyiz kudretini haiz olması prensip olarak müşterek kusurun şeraitinden biridir. Fakat 54 üncü maddeye teşbihen ve tazmin mecburiyetini hakkaniyete göre yumuşatmak mülâhazasile temyiz kudretini haiz olmayan mağdurun tarzı hareketini de göz önünde bulundurmak lâzımdır. „ Oser de aynı fikirdedir. [3]

23 İkinci teşrin 1925 tarihli *Bahler c/ Hermann* kararı (*A. T. F. 51, II, 523 — J. d. T. 1926 sah. 332 ve 335*) Oser in fikrini tekrar ele almıştır. Görülüyor ki Federal Mahkemesi düşünüş tarzını değiştirmiştir. Bize göre bugünkü muhakemesi daha hukukî ve daha doğrudur.

C) Yardımına muhtaç olunan kimseden mahrum kalmak (*Yeni bir temayül*).

(B. K. madde 45)

1^o Yardımına muhtaç olunan kimse mefhumu [4]. —

Borçlar kanununun 45 inci maddesinin son fıkrası : " ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lâzım gelir „ demektedir.

[1] Bak: Oser, 2 inci tabı madde 43 rem III, 2 a, sah. 316 ; madde 44, rem I, sah. 316.

[2] A. von Tuhr, op. cit., sah. 91.

[3] Oser, op. cit., madde 44, rem. II a, sah. 317 in fine.

[4] Bu tâbir eski hukukumuzda " muin „ olarak kullanılırdı. Fakat Borçlar kanunumuz bir kelime yerine bir cümle kullanmayı daha muvafık görmüştür. Yazımızda her iki ıstılahı da müteradif olarak kullanacağız. Bu kelimenin fransızca karşılığı " soutien „ dir.

Alman medenî kanunu (B.G.B. §§ 844 ve 845) ancak müteveffanın nafaka vermek veya sair hizmetler yapmak kanunî borcunu nazarı itibara almaktadır. İsviçre hukukunda (ve dolayısıyla Türk hukukunda) vaziyet başkadır.

Federal Mahkemesinin takarrür etmiş bir içtihadına göre Borçlar Kanununun 45 inci maddesi iki kişi arasındaki hukukî bir rabıtayı değil, filî bir vaziyeti kast etmektedir. Burada sıhriyet ve nafaka kaidelerinin hiç bir tesiri yoktur. Müteaddit kararlardan çıkan neticeye göre 45 inci maddenin mânasına göre muin “ yalnız kanunen bir kimseyi himaye ve ona yardım etmek mecburiyetinde olan şahıs değil, fakat aynı zamanda *filen* onun tamamen veya kısmen iâşesini *muntaẓam* bir surette temin eden ve hattâ vefat vukua gelmemiş olsaydı az çok yakın bir istikbalde ve normal bir şekilde bu iâşeyi temin edecek olan kimsedir [1] „ .

28 Nisan 1931 tarihli *Feierabend c/ Hess* kararı (*A. T. F.* 57, II, 180 — *J. d. T.*, 1932 sah. 41) bu prensipleri kuvvetlendirmektedir: Bir kimse bir diğèrinin muini addedilebilmek için tamamile ve yalnız başına o kimsenin mâişetini temin etmesi şart olmayıp, bu mâişetin bir kısmını hattâ maddî edişler [2] (*prestations*) veya mesaisile temin etmekte olması kâfidir.

27 İkinci kânun 1931 tarihli *Günther c/ Darrenmatt et Dlle Feldmann* kararı (*A. T. F.*, 57, II, 53 ve mü.) yukarda işaret edilen prensiplerden birini hatırlatmaktadır: “Federal Mahkemesi altı veya on yaşında bir çocuğun ölümü halini bir muinden mahrum olma gibi telâkki etti [3]. Ölümü zamanında müteveffanın maddeten ebeveyninin muini bulunmakta olması icap etmez; bunların istikbalde ihtiyaçta bulunacak olurlarsa çocuklarından bir muavenet talep etmek ümidini beslemeleri gayet tabiidir. Çocuklarının ölümüyle bu ümitten mahrum olmaları tazminatı badidir.„ Binaenaleyh 45 inci madde, müddeinin ümit beslemekte haklı olduğu *muhtemel* ve *müstakbel* bir muine de şamildir.

[1] Bu husustaki mahkeme içtihatlarının sistematik bir tetkiki *J. d. T.* 1932, 34 ve mü. sahifelerinde bulunmaktadır.

[2] Bu tâbir ilkin Doç. Dr. Hıfzı Veldet tarafından dilimize ithal edilmiş ve az çok yer almıştır. Bak: Andreas B. Schwarz, *Medenî Hukuk Dersleri*, kısım II, sah. 78, İstanbul 1935.

[3] Bak: *A. T. F.*, 35, II, 285. — 33, II, 88 son bendi. — 53, II, 52 ve 126. — 54, II, 17.

Çocuklar yalnız babalarının vefatı sebebiyle değil, aynı zamanda çalışmaya muktedir annelerinin vefatı sebebiyle de bir münden mahrum olduklarını iddia ederek zarar ve ziyan talebinde bulunabilirler. Hattâ babaları berhayat olup yalnız başına çocuklarının maişetini temine muktedir olsa bile hal böyledir. (İsmi geçen *Feierabend* kararı).

Karı ev işlerine ve lüzumu halinde kocasının ticaretine müessir bir şekilde yardım ediyorsa, bu yardım derecesine nisbetle kocasının muini ad ve itibar olunabilir. Ve kocanın istemğe hakkı olan tazminatı hakkaniyete göre takdir edebilmek için, kocanın istikbalde iş yapamıyacak bir vaziyete gelmesi halinde karısının onun yerine geçmeğe ve işini idare etmeğe muktedir olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. (İsmi geçen aynı karar).

Yukarıda ismi geçen *Günther* kararı, bir nişanlı kızın nişanlısının vefatı dolayısıyla "yakın bir evlenmenin temin edeceği menfaatlardan mahrum olmasından dolayı ölüme sebebiyet veren kimseden tazminat talebine hakkı olduğu,, yolundaki içtihadata riayet ediyor [1]. Bundan başka mezkûr karar bu içtihadı genişletiyor, şöyle ki: "Bir nişanlının tazminata hakkı olabilmesi için hukukî manada sarîh bir nişanlanma akdinin (M. K. m. 82) [2] mevcudiyetine lüzum yoktur; evlenmenin büyük bir ihtimal dahilinde bulunması ve ölüm vukua gelmemiş olsaydı nişanlı, karısı olacağı müddeinin normal bir şekilde yaşesini temin edeceği tahakkuk etmiş olması kâfidir.,,

Nihayet, muinden mahrumiyeti addetmek için, müddeinin hal ve istikbalde yaşamasını temin edecek olan *zarurî* esbabı maişetinden mahrum olmasına ihtiyaç yoktur; yeter ki şahsî ahvaline ve içtimaî seviyesine uygun bir tarzda yaşadığı hayat ihlâl edilmiş olsun (*ismi geçen Feierabend kararı*).

Bilmukabil, müddeinin bir zarara uğradığı hiç olmazsa muhtemel ve hakikate yakın olması lâzımdır. 6 Birinci teşrin 1931 de *Zwald c/ Brügger* meselesinde, iaşelerini ancak temin etmeğe kifayet eden müşterek bir meslek sayesinde yaşayan üç kardeşten birinin bir kaza neticesinde vefat etmesi üzerine diğer ikisinin muinlerinden mahrum olduklarını iddia ederek tazminat taleple-

[1] Bu içtihadı tesis eden karar 14 mart 1918 tarihli olup, A. T. F. , 44, II, 66 da bulunmaktadır (*Paschoud c/ Wyler*).

[2] C. C. S. m. 90.

rini federal mahkemesi reddetmiştir. Hâkimin takdirine göre - ekonomik bakımdan - bir kardeşin vefatı bir zarar teşkil etmeyüp, bilâkis diğer kardeşlerin vaziyetini düzeltecek bir hadisedir, çünkü müşterek işlerini yalnız başlarına işletebileceklerdir. Diğer taraftan müteveffanın 50 ve diğer kardeşlerin de 57 ve 59 yaşlarında bulduklarını nazarı itibara alarak, yaşlar arasındaki farkın müteveffanın diğerlerinden fazla mikdarda mesai sarfedecek mahiyette olmadığına mahkeme karar vermiştir. Nihayet müteveffanın istikbalde diğer kardeşlerine yardım edebileceği ihtimali tazminata kâfi bir sebep addedilmiştir. Bu karar yeni bir yol göstermektedir.

Fakat yukarıda [1] ismi geçen 3 şubat 1932 tarihli *Dietrich - Walder* kararı geriye gelerek eski içtihadı bir daha teyit etmektedir: Kaide olarak çocuk ebeveyninin müstakbel bir muini gibi telâkki edilebilir ; binaenaleyh sagir bir çocuğun vefatı, muinden mahrumiyet sebebine müsteniden ebeveyn lehine bir tazminat davasına yol açabilir. Bu yolda bir tazminata karar verildiği zaman, hayatta kalmıs olsaydı halinde çocuğa yapılacak olan terbiye, tahsil ve iaşe gibi masrafların bu tazminat mikdarında tenkisi doğru değildir.

Buna rağmen bu yeni temayül yol almaktadır. Bunu bilhassa ismi geçen [2] 5 Temmuz 1932 tarihli *Helgebach c/ Reutter* kararında görmekteyiz. Bugüne kadar hâkim muinden mahrumiyet sebeble tazminata geniş bir surette karar vermekte - bu şümüllü kararlar ancak muinden mahrumiyet sebebinin kabulüne mütedair olup tazminat mikdarının geniş tutulduğunu ifade etmez - ve bilâkis manevî tazminat hususunda çok sıkı davranmakta iken, *Helgebach* kararı bu iki temayülü altüst etti: istikbali meşkük olan bir çocuğun vefatından dolayı husule gelen maddî zararın takdirini daha dar ve bilâkis ümitleri kırılan ve muhabbet ve şefkatları (affections) müteessir olan ana ve babanın manevî zararını da daha geniş bir ölçüye vurmaktadır. Bu yeni temayül muhakkak ki daha çekicidir. Şurası muhakkaktır ki on, oniki yaşlarında bir çocuğun vefatı ile ana ve babasının manevî zararı hadsiz, sahih ve halen mevcut olup müstakbel maddî zarar ise çok daha meşküktür. Manevî zarar hazır bir

[1] Bak. yukarıda 6^o, s. sahife 118

[2] " " 6^o, s. " 116, 118

hakikattir, müstakbel bir muinden mahrumiyet ekser ahvalde tali'e bağlı bir faraziyedir. Binaenaleyh pozitif bir şekilde düşünen kimselerin ânide takdir ve müşahede edebilecekleri hususatta daha geniş ve tahmin ve ihtimalâta dayanan hususatta ise daha ihtiyatlı davranmaları kolayca anlaşılır.

Kararın tipik esbabı mucibesi berveçhi atidir:

"Hakikat halde ve bugüne kadar takarrur etmiş olan içtihadada ittibaen muin yalnız ölümü mucip olan kaza zamanında akrabasına filen yardımda bulunan kimse olmayup aynı zamanda az çok yakın bir istikbalde de aynı tarzda yardım edeceği memul olan kimsedir. Mahkemeye arzedilecek olan mesailde bu hususun tahakkuk edip etmediğini takdir için federal mahkemesi hâdisatın normal seyrini göz önünde bulundurmak ve hayatın verdiği tecrübelerle dayanmak icap ettiğine hüküm etmiştir.

"Fakat hayat tecrübelerinin öğrettiği veçh ile çocukların ebeveynlerine bakması ve yardımda bulunması ne daimî ne de umumî bir kaidedir. Ezcümle mahkemeye arzedilen hadisede hal böyledir: Baba - zengin olmamakla ve ufak bir maaş almakla beraber - ilerlemek imkânları çok olan ve namuslu ve faal bir kimsenin, hattâ tekaüt yaşından sonra bile, gelir menbaları temin edecek yollar bulmasını mümkün kılan bir meslek sahibidir. Bu vaziyette alacağı tekaütten sarfınazar edilse bile, normal bir şekilde H nin bir gün gelipte müteveffanın (on yaşında ölen bir çocuk) malî yardımına müracaat edeceği şüphelidir. Yine bu şerait dahilinde, çocuğun hayatını kazanmak üzere bulunduğu - ki on yaşında çocuk bu vaziyetten pek uzaktır - veya bu genç yaşında istisnâî bir kabiliyet ve çalışma kudreti göstermiş olması - ki bu husus kat'iyen dermeyan edilmemiştir - ebeveynine yardımını esirgemeyeceğini mümkün kılan ve kabul olunabilen noktalardandır.,,

2° Zarar ziyanın hesabı (J. D. T. , 1932 sah. 37 ve mü.)

Muin mefhumundan, ve bilhassa müstakbel muin fikrin-den filî ve ihtimalî bir sahada hareket edilmekte olduğu neticesi çıkar. Burada riyazî bir hesaba imkân yoktur; hâkim husule gelen zararın şumulünü kabil olduğu kadar hakikatte yakın bir şekilde takdir etmek için, bu hususa yarayabilecek

bilûmum vekayi ve hâdisatı hakaniyete uygun bir tarzda göz önünde bulundurmakla mükelleftir. (B. K. m. 42 ve 44; ve yukarıda zikredilen *Güthner* kararı [1]). *A. von Tuhr* [2] da şunu yazıyor: "Muinden mahrumiyet sebebiyle talep edilen zarar ziyanın miktarı muinin yardımında bulunması muhtemel olan müddete göre hesaplanır. Bu müddet te muinin yaşaması muhtemel olan sene adedile mahduttur.,"

Çocuğun iâşesi kaideten on sekiz yaşına kadar devam eder [3] ; ancak hayatını kazanamıyacak bir vaziyette olduğunu isbat ederse hüküm başka türlü olur.

Kocasından mahrum olan karıya gelince, tekrar evlendiği takdirde kaza sebebiyle almakta olduğu irat kesilir ve yerine mütemmim ve kat'i bir meblâğ (*Abfindungsumme*) ikame edilir [4] .

Tazminatın hesabı için müddeinin hakikî ihtiyaçları nazarı itibara alınmak icabeder ve bunun için de serveti, halihazır geliri ve istikbalde kazanabileceği paralar hesap edilir.

Manevî âmiller de rol oynamaktadır: Meselâ muinin fedakâr bir kimse, iyi bir kalbe malik, müddeiye minnettar olması, veya müddei ile yakından veya uzaktan akraba veya sıhrî hısım ve ya dost bulunması gibi... Bundan başka müddeinin tabiat ve itiyadatı, tarzı hayatı, içtimâî vaziyeti, cinsiyeti de nazarı itibara alınabilir.

Binaenaleyh müteveffanın yardımı her hâdise ile başka bir veçhe arzeden bir meseledir. Hakaniyete uygun bir surette bunu taktir edebilmek için müddeinin muini olmasaydı ne gibi bir vaziyette bulunacağını kestirmek ve bunun için de bilûmum âmilleri (maddî, içtimâî, ekonomik, fizik ve manevî) nazarı itibara almak icabeder. Başka bir tabirle hâkim tazminatın şumulünü taktir ederken şu suali halletmek mecburiyetindedir : "Normal bir şekilde müteveffa nekadar bir müddet, ne suretle ve ne mikyasta müddeiye yardım edecekti?," Bu suale salim bir cevap vermek için nazari kaidelerden hareket etmek değil, bilâkis hayat tecrübelerine dayanmak icap

[1] *Sah.* 121

[2] *A. von Tuhr*, op. cit, *sah.* 345.

[3] Buradak 18 yaş rüşt ile alâkadar görmemek icabeder. Bu, yalnız alelekser müşahede edilen ve bir örf mahiyetini almış olan bir haldir. Mahaza bu yaş memleketlere ve aynı memleketin muhtelif yerlerine göre değişebilir.

[4] Bu meblâğ İsviçrede, 13 Haziran 1911 tarihli Sigorta Kanununa göre, karının almakta olduğu senelik iradın üç mislidir (madde 88).

eder; muhtemel zararın hakikate en yakın bir tarzda tayinini işte bu tecrübeler mümkün kılar.

Tazminat miktarının tenkisine müessir âmiller meyanında yeni bir evlenme ihtimalinden başka, müteveffanın müşterek kusuru da nazarı itibara alınmalıdır. Çünkü berhayat olanın veya yakının hakkı davası muine karşı ika edilen haksız fiilden neşet eder [1].

Tazminat olarak bir meblağa, bir sermayeye hükmolunduğunda bu meblağdan istihsal olunacak faidelerin tenkisi icap edip etmediği varidi hatır olabilir. Bu, ancak müddeinin aldığı sermayeden hususî bir tazda istifade edecek iktidarda olduğu veyahut bu sermayenin % 3 gibi gayet ufak bir faizin bir yere yatırılması hallerinde mümkündür. Faiz miktarı % 4 buçuk ise buna imkân yoktur [2]. *Oser* e [3] göre hakikî piyasa faizi nazarı itibara alınmalıdır. Piyasadaki tahavvülât ve kararsızlık göz önünde bulundurulursa bu mütalâa en mülâyim görünmektedir.

D) Evli kadının çalışmaya muktedir olamaması

(*B. K. m. 46*)

İsviçre hukukunda (ve dolayısıyla Türk hukukunda) kadının umumiyet itibarile ev işlerle iştigal etmesi dolayısıyla cismanî bir zarar neticesinde çalışmak iktidarı tenakus ederse zarar ve ziyan talebine hakkı olur.

Müddeinin mücerret ev işlerine bakamaması hali, çalışmak iktidarından mahrum olmanın husule getirdiği bir zarardır.

Bundan başka müddeinin istikbalde ev işlerinden gayrı bir işle de meşgul olabileceği göz önünde bulundurularak, derpiş edilerek zararın şumulü ona göre taktir edilmek adalet iktizasındandır. (*Chemin - de - fer S. — 3. — Berne c/ Dame, Hönni - Gfeller* kararı, 24 eylül 1931 — *A. T. F.*, 57, II, 555 ; *J. d. T.*, 1932 sah. 305) .

[1] A. von Tuhr, op. cit, sah. 345

[2] *J. d. T.* 1929, sah. 314, rem. — 1930, sah. 535, 30 — *A. T. F.* 56, II, 126.

[3] *Oser*, op. cit, madde 45 şerhi, rem. 18.

E) Manevî zarar. Borçlar kanununun 47 inci maddesine göre "aile", mefhumu

1^o — Haksız fiil faili ağır bir kusur irtikâp etmiş olsa bile şayet mağdur az çok ağır müşterek bir kusurda bulunmuş ise ne kendisi ve ne de varisleri manevî tazminat talebedemezler. Diğer bir nokta: adam ölmesi halinde hayatta kalıp dava eden kimseler müteveffanın ne anası, ne babası, ne çocukları, ne de eşi değil iseler hâkim manevî tazminat miktarını tenzil edebilir. (6 birinci teşrin 1931 tarihli *Zwald et consorts c/ Brugger kararı A. T. F. 57, II, 469 — J. d. T. 1932 sah. 121*) Kararın esbabı mucibesine istinaden beyan edilen bu ikinci prensip, fikrimize göre mutlak olmayıp harfiyen tatbik edilmemesi icabeder. 47 nci maddede istimal edilen "aile", kelimesi [1] hukukî manada kullanılmış olmayıp müteveffa ile hayatta kalanlar arasında mevcut filî rabitalar kastedilmektedir. Bugüne kadar içtihat bu noktada sabit idi ve doktrin de bu görüş tarzını kabul ve tasdik etmişti [2].

1901 de bile İsviçre Federal konseyi şunu söylüyordu: [3] "Kanunda geçen "aile", tâbirini tarif etmekten sarfınazar ettik. Çünkü, evvelâ bu tâbiri kullanan borçlar kanunu kullandığı tâbiri tarif etmektedir, saniyen kanunî bir tarif dava hakkına malik olan kimselerin çerçevesini tahdit etmiş olabilir. Filhakkı, tasavvur olunabilir ki müteveffa ile aralarında *hiç bir hısımlık veya evlatlık rabitası* olmiyan kimseler onun ailesine mensup olsunlar. "

Federal mahkemesi de aynı mütalâayı 3 mayıs 1906 tarihinde *Börtschi et consorts c/ Ch. - d. - f. Fédéraux* davası vesilesile beyan etmişti: (*A. T. F. 32, II, 217 ve mü, ve bilhassa sah. 232 in fine ve 233*): "Vazı kanunun fikri, en uzak derecelere kadar olan bütün hısımların tazminat davasında bulunabile-

[1] Fransızca "famille", almanca "Angehörige".

[2] A. von Tuhr, op. cit., sah. 344; Oser, op. cit., 2inci tab, rem. III, 2, ad art. 47.

[3] Message du 1er mars concernant la révision de la loi sur la responsabilité des entreprises de chemin-de-fer, Feuille Fédérale, 1901, II, sah. 888 ad. art. 7.

cekleri yolunda olamaz...; dava açabilmek için başka bir şartın tahakkukuna lüzum vardır. Bu şart *hısımlığın muayyen bir karabet derecesi olmayıp* filen ailevî rabitaların mevcut bulunmasıdır. Hısımlığın hayatta filî bir hakikat olması halindedir ki bu rabitanın ölüm ile izalesi büyük bir tesir uyandırır ve bundan dolayı bir tazminat davasına yol açar. Bundan başka bir hısımlığın tazminat davasına hakkı olup olmadığı her hâdise ile değişen taktirî bir meseledir. „

Mahkeme 6 ikinci teşrin 1906 tarihli *Jacquet c/ Ch. d. f. Saigueleger - la Chaux - de Fonds* kararile bu mütalâasında ısrar etmiştir. (*Semaine Judiciaire 1907, sah. 209 ve mü, ve bilhassa sah. 212*): "*Angehörige* tabiri, *hısımlık derecesinden sarfı nazar*, kendilerini aynı aile mensubu addeden veya o şekilde itibar olunan kimselere şamildir; fakat bu rabitanın ölüm ile bozulmasından duyulan acı ve hısımlığın ölümü sebebiyle tazminat davası açmak hakkı, ancak ailevî rabitanın filen teessüs etmiş ve idame ettirilmiş olması şartına bağlıdır.„

Binaenaleyh bu esbabı mucibeden çıkarılacak netice de şudur ve fikrimize göre de gayet makuldur: Hısımlığın kanunî derecesi katiyen nazarı itibara alınmayıp aslolan filî ve hakikî ailevî rabitaların mevcudiyetidir. Meşhur şair Goethe nin *Wahlverwandtschaft* tâbir ettiği intihabî karabet, yani dostluk, ekserî ahvalde hanunî sıhriyetten daha sıkı bağların mevcudiyetini tazammun eder. Bir arada ve aynı çatı altında yaşayan bekâr bir erkek ve kızkardeşten birisinin ölümüyle diğerinin duyacağı elem ve keder bittabi evli olup uzun zamandanberi ayrı ayrı yerlerde yaşayan bir kız ve bir erkek kardeşin duyacağı acıdan daha derindir. 45 inci maddenin tatbikinde olduğu gibi 47 inci maddenin tatbiki de mücerret kaidelerden inhiraf edip hakikî ve hayatî hâdiselere dayanmalıdır.

Yukarıda zikrettiğimiz *Zwald* kararı, fikrimize göre, adî bir karine tayin edip yoksa her hal ve kârda hâkimi bağliyan bir kaide mahiyetini arzmemektedir.

2⁰ — *Dame Sydler c/ Sydler* kararında [1] hâkim manevis tazminatı şu esbabı mucibeye dayanarak reddetmişti: Burada mevzuubahis olan sefer, hatır için zapılan bir seferdir; her ne

[1] Bak. sah. 114, a).

kadar neticeleri pek ağır ise de müddei aleyhin kusuru haddi zatinde o kadar ağır değildir: *tehlikeye maruz kalma hususunda herkes ittifak etmişti ve müddei aleyhin vazifede yerini alacak olan şoförün hastalanmış olması tehlikeyi arttırmış oluyordu.* Müddeialeyh bilhassa kardeşinin ve ahbablarının hatırı için yorulduğuna rağmen otomobili idare etmekte devam etti. Binaenaleyh 35.000 frank maddî zarar ve ziyana mahkûm olan müddeialeyhe bir de manevî tazminat yüklemek çok ağır olur; manevî tazminat *munzam ve istisnai* bir mahiyeti haizdir; ancak "hususî haller" in (madde 47) mevcudiyeti bu nevi tazminata esas olabilir. Bu meselede ise mevzubahis haller katiyen tahakkuk etmemiştir.

3^o— 5 temmuz 1932 tarihli *Helgebach*[1] meselesinde hâkimin muinden mahrumiyet dolayısıyla vaki olan zarar ve ziyan talebini [2] ne suretle reddettiğini izah ettik (on yaşında bir çocuğun ölümü). Bilmukabil müddeiler lehine manevî zarar ve ziyana hükmetti; çünkü, diyor karar, çocuklarının vefatı ile derin ve samimî olan şefakat hislerinin rencide olması dolayısıyla ana ve babanın duydukları elem ve kederi nazarı itibara almak kâfi olmayıp, çocuklarının istikbali için besledikleri emellerin akîm kalması ile duydukları acının da gözönünde bulundurulması lâzımdır. Gerçi a f a k î bir surette ebeveynin çocuklarının ölümüyle müstakbel bir muinden mahrum oldukları kabul edilmese de, bilmukabele e n f ü s î olarak ihtiyar günlerinde evlâtlarının şefakat ve muhabbeti ile mahzûz ve mesut olacaklarını tabii bir surette ümit eden ana ve babanın bu kabil hislerini nazarı itibara almak doğru olur. Böyle bir hissin ihlâl edildiği ve böyle acının mevcudiyeti ekseri ahvalde varittir. Fakat ebeveynin lehine olarak muinden mahrumiyet dolayısıyla maddî tazminata hükmedilince bu acı az çok telâfi edilmiş olur. *Fakat bu tazminata hükmedilmeyince manevî tazminatın hesabında bu acıyı nazarı itibara almak hakkaniyete uygun bir hareket olur.* Binaenaleyh bu meselede manevî tazminat miktarını 4000 franktan 6000 franga çıkarmak doğru olur. Maheza daha ileriye gitmemek te lâzımdır. Çünkü müddei aleyhin kusuru pek o kadar ağır değildir.

[1] Bak. sah. 116, 6^o, a.

[2] C harfi, 1^o, sah. 123.

F) Ebeveynin nezaret vazifesi

(K. M. m. 320) [1]

1^o — Evin reisi, otoritesi altında balunan küçüklere nezaret etme husundaki mükellefiyeti, Federal mahkemesinin müteaddit kararlarına göre, mutlak bir kaideye mevzu olmayıp, taktiri hususî hâdiselere bağlı bir keyfiyettir. (A. T. F., 57, II, 129. - J. d. T. 1931, sah. 460) .

Zikredilen karar şu prensibi vazetmektedir:

320 nci maddenin tahmil ettiği nezaret vazifesini ev reisinin lâyikile ifa edip etmediğini taktir için örfü âdet, yaş, tabiat ve itiyat, kullanılan vasıtalar nazarı itibara alınıp her meseledeki hususî hâdiseler gözden geçirilmelidir.

Küçük çocuğuna arkadaşları üzerine mesela yay ile ok atmayı katiyen ihtar etmeği ihmal etmiş olan ev reisi, başka sebepten dolayı, meselâ mutazarrırın dikkatsizliğinden vukua gelen zararlardan mesul tutulamaz.

Çocukların tabiaten az çok dikkatsiz ve tedbirsiz olmaları hasebile, ev reisinden *in abstracto*, mücerret bir surette küçük çocuğun bilumum dikkatsiz hareketlerini derpiş etmesi talebedilemez.

18 Yaşındaki çocuğunun [2] diğer arkadaşları ile birlikte imal ettiği yay ve oklar ile oynamasına müsamaha eden ev reisi ahvalin iktiza ettirdiği nezareti sarfetmediği iddia olunamaz. (5 mart 1930 Sauter c/ Huber kararı. A. T. F. , 57, II. , 127. — J. d, T. 1931 sah. 460) .

2^o— Daha yeni bir kararda, mahkeme, 12 yaşındaki çocuğunun elinde bir mantar tabancası bırakan ev reisinin mesuliyetini kabul etmiştir. Çocuk tabancayı mektebe götürmüş ve bir arkadaşını takip esnasında üzerine ateş ederek gözünden

[1] C. C. S. m. 333.

[2] Malûm olduğu üzere İsviçrede rüşt yirmi yaşın ikmalile başlar (C. C. S. m. 14).

yaralamıştı. Peder çocuğuna hiç bir suretle tedbirli hareket etmesi hususunda tenbih ve nasihatta bulunmamış, tabancanın ne suretle istimal edileceğini tarif etmemiş ve bu oyuncağın ne gibi bir tehlike arzettiğini de söylememişti. (22 ikinci kânun 1931 tarihli *Miserez c/ Degoumois* kararı - *A.T.F.*, 57, II, 563 - *J. d. T.* 1932 sah. 512).

3^o— Burada kusur, nezaretin ihmal edilmiş olması dolayısıyla mevcut olup kendi şahsî haklarını iddia eden ebeveyne karşı dermeyeran edilebilir yoksa çocuğa karşı dermeyeran olunamaz, velevki dava ebeveyn tarafından çocuğun kanunî mümessilleri sıfatile takip edilmekte olsun (3 Şubat 1932 *Dietrich c/ Gobbi et Tribo* kararı) [1].

G) Hekimin medenî mes'uliyeti

(*B. K. m.* 41, 49, 96) [2].

Hekimin mes'uliyeti için sırf yanlış bir teşhis koyması kâfi olmayup ancak ihmal ve muhakkak surette bilmesi icabeden şeylerde tecahül göstermesi şarttır. Meselâ hekimin: a) Difteri hastalığının karakteristik emarelerinin mevcudiyetine rağmen hastalığı teşhis edememesi; b) hastalığın teşhisi için hal ve mevkiin icabettirdiği araştırma metodlarını tatbik etmemiş olması; c) önleme tedbiri maksadile olsa bile difteri seromunu kullanmakta ihmal etmiş olması [3].

Tıbbî ehli vukufun vazifesi tedavinin mümkün olup olmadığı veya mevzubahs olan hastalık hususunda tıbbın âciz bulunduğu hakkında beyanı fikir etmek değildir; davaya mevzu teşkil eden hastalıklar hakkında kendisinin ve diğer hekimlerin müşahede ve tecrübelerine ve ciddi bir statistiğin mutalarına dayanarak hâkime büyük imkân dahilinde görülen hali işaret

[1] Bak. sah. 114

[2] C. O. m. 41, 49, 97

[3] Fransız hukuku için, bak: Demogue, *Obligations*, cilt IV. No. 180
Adrien Pommerol, *la Responsabilité médicale devant les tribunaux*, Paris 1931
Adrien Peytel (Préface Prof. Balthazard) *la Responsabilité médicale*, Paris 1935

etmesi kâfidir (*Thoma c/ Dr. H.* , 6 Mayıs 1931, *A. T. F.* 57, II, 196. - *J. d. T.* 1932 sah. 72). [1]

I — Hekimin hukukî vaziyeti.

Kaideten hekim ile hastası arasındaki hukukî rabıta hususî hukukun hallettiği bir meseledir. Kendi ismi altında ve kendi hesabına icrayı tababet eden hekim alelâde bir şahıstır. Fakat bu kimse belediye doktoru, vilâyet doktoru veya mecburî hastalık -sigor- ta sandıkları doktoru olduğu hallerde mesele çok daha naziktir.

Devlet, eşhası âdiye gibi hekim ile hususî hukukun çerçesi içerisindeki mukavelelerden (vekâlet, hizmet istisna akdi) birini akdedebilir; fakat bunun yanında, hususî bir âmme hizmeti tesis edip başına bu işi görecektir bir de memur tayin edebilir. Bir nahiye veya bir köy hükmi şahsile bir mukavele akdederek o nahiye veya köyde oturan halkı tedavi etmeği, haftada bir defa olmak üzere resmî bir ziyarette bulunmağı ve ücretini muayyen bir tarifeye göre hesap etmeği kabul eden hekim bir memur değil hukuku hususiye mukavelelerinden birile bağı bir şahsı âdidir (*A.T.F.* 54, II, 120. - *J. d. T.* 1928 sah. 392). Ve bu hekimin hastalarla olan münasebatı hususî hukuka müteallik olup Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ahkâmına tâbidir.

Bilmukabele, hastaların bir hükümet hastahanesinde tedavisi " Smaî bir teşebbüs „ [2] olmayup âmme hukuku ahkâmına tâbidir (B. K. m. 59 fık. 2) ; hastanın bir taraftan hastahane ile diğer taraftan hastahanesinin memurlarile (ki bu mefhuma tedavi eden hekim de dahildir) olan münasebatı idare hukukuna tâbidir (*A.T.F.* , 56, II, 201. - *J. d. T.* , 1931, sah. 270).

II — Resmî sıfatı haiz olmiyan hekim ile müşterisi arasındaki hukukî bağı mahiyeti.

Evvelce federal mahkemesi bir hizmet akdinin mevcudiyetine kani idi. Son içtihat burada bir vekâlet akdinin mevcudiyeti-

[1] Daha geniş malûmat için bak : Thilo, *Journal des tribunaux*, 1932 sah. 514 ve mü. Mustafa Reşit, *Hukuk Ansiklopedisi*, hekim kelimesi.

[2] İsviçre borçlar K. mad. 61 fık 2. Bu madde B. K. muza alınmamıştır.

yetini kabul ediyor (*A. T. F.*, 53, II, 419, - *J. d. T.*, 1929 sah. 586). Maamafih hekimin mukaveleden doğan mesuliyetinin takdiri hususunda bu noktanın hiç ehemmiyeti yoktur, çünkü vekil işçi gibi aynı kaidelere tâbidir (B. K. m. 390) [1] ve hususile bilumum kusurlarında dolayı ilzam olunur (B. K. m. 321 § 2, 98) [2]. Bundan başka hekim bir de haksız fiilden mütevellit bir mesuliyet altına da girebilir. (B. K. m. 41 ve mü.) Fransada umumiyetle nazarı itibara alınan esaslar Medenî kanununun 1382 ve 1383 ncü maddeleri, yani haksız fiillerin umumî kaideleridir [3]. Resmî sıfatı haiz olmiyan hekim kullandığı yardımcı kimselerin ika ettikleri zarardan dolayı Borçlar kanununun 100 üncü maddesine göre [4] ilzam edilir. Kendi kusuru ile muavin şahısların kusuru arasında bir tefrik gözetilmemelidir. Kendisini mesuliyetten kurtarabilecek hiç bir beyyine ikamesini kanun müsaade etmemektedir [5]. Haksız fiiller sahasında ise ancak 55 inci maddeye göre mesul olup ancak kanunun derpiş ettiği beyyinenin ikamesile kendisini kurtarabilir [6].

III. Teşhis — Tedavi.

Hekim fennin kaidelerine göre hastayı muayene etmek ve bu muayenenin icabettirdiği dikkat ve zamanı sarfetmek ile mü-kelleftir. Şayet ciddî bir surette teşhis vazedip, uygun tedaviyi hataya tenbih ve bunu da umumiyetle kabul edilen kaidelere göre tatbik etmiş ise, ihmâl ve tedbirsizlikle ittiham edilemeyüp bin-netice kendisine hiç bir mesuliyet te tereddüp etmez.

Esasen teşhis hatası hekimin mesuliyetini mucip olmaz. (*A. T. F.*, 57, II, 202. - *J. d. T.*, 1932 sah. 78) Teşhis bir fa-raziyeden, bir ipotezden ibaret olup hekim mümkün ve muhtemel faraziyelerin en uygununu seçmeğe çalışmalıdır.

Bilmukabele hekim ihmalkâr davranır ve muhakkak surette bilinmesi icabeden hususlarda tecahül eder ise kusur ile mesul

[1] C. O. m. 398

[2] " " 328 § 2 ve 99.

[3] Bak : Adrien Pommerol, *Respons. med. devant les trib. , Paris, Mercure Universelle* 1931 sah. 15 ve op. cit, 1935.

[4] C. O. m. 101.

[5] A. von Tuhr, op. cit, sah. 519. § 70.

[6] A. von Tuhr, op. cit, yukarıdaki sabife ve 351, I.

olur (*aynî karar*). Hekim hastasının tedavisini ihmal eder, veya tehlikeli tecrübelerde bulunur, ve nihayet Almanların *Kunstfehler* dedikleri umumiyetle kabul ve tatbik edilen ilmî prensiplerin amelî tatbikine aykırı bir surette hareket ederse meslekî bir kusurda bulunmuş olur.

IV — İlliyet rabitası.

Hekimin kusuru ile vukuagelen zarar arasında bir illiyet rabitası bulunmalı ve bu rabıtada tam (adêquat) olmalıdır. Hâdisatın normal seyri gözönünde bulundurularak kusur ile zarar arasında gayet muhtemel bir rabıta görünürse, kaideten, mesuliyetin tahakkuku için bu keyfiyet kifayet eder. *İhmal* (ommission) ile zararı husule getiren hâdisse arasında illiyet rabitasının mevcudiyetine hükmedebilmek için, hayat tecrübelerine dayanarak ihmal edilen amelin icrası zararın hudusuna mani olacak mahiyette olduğu tahakkuk etmelidir [1]. (*A. T. F.*, 57, II, 209-*J. d. T.* 1932, sah. 83).

V — Zarar şumulünün takdiri ve tazminat miktarının tayini.

Hâkim bilûmum hadisatı, ezcümle kusurun ağırlığını ve var ise, hastanın müşterek kusurunu nazarı itibare alacaktır. (*A. T. F.*, 53, II, 427 - *J. d. T.* 1928, sah. 591). Ufak bir ihmal fevkalâde mühim bir zarara sebebiyet verirse, bütün bu zarar tazmin ettirilmeyip hâkim hakkaniyete tevfikan bunun miktarını tenkis edebilir.

VI — Hekim hastalarının sırrını ifşa etmemekle mükelleftir.

Meslekî vaziyeti itibarile hekim bilmeceburiye bir çok mahrem hususlara vakıf olur ve bu yolda, yani mesleğini icrası anında öğrendiği hususları haksız ve salâhiyetsiz olarak ifşa etmesi haksız bir fiil teşkil eder (M. K. m. 24; B. K. m. 41).

[1] A. von Tuhr, op. cit, sah. 83, 84.

İfşaat vukubulur bulmaz haksız fiil vucut bulmuş sayılır ; hekimin bu hareketi, zarar ika etmek kast ve niyetinin mevcudiyeti ve müddeinin duçar olduğu zararın derecesi nazarı itibara alınmaksızın Medenî kanununun 24 üncü maddesi [1] ahkâmına tâbidir.

Müddei zarara maruz kalınca icabederse Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine de dayanabilir, yani müddei aleyhin kusuru halinde maddi zararın tazminini ve *kusurun hususî ağırlığı* [2] icabettirdiği takdirde de manevî tazminat namile ya bir meblâğa, yahut diğer bir tazminat suretine hükmedilmesini talep edebilir.

Hekime tevdi edilen sırrın ifşası her zaman mes'uliyeti mucip değildir. Bazı hallerde kanun bile hekime mesleği itibarile vâkıf olduğu hususların bildirmesini emretmektedir. Meselâ umumî tehlike arzeden bir salgın hastalık vak'ası müşahede edince bunu alâkadar makamlara bildirmek mecburiyetindedir; hukuk ve ceza davalarında kendisi ehli hibre tayin edilebilir [3]. Alâkadar kimse sırrın ifşası hususunda beyanı muvafakat etmiş veya sır daha yüksek bir menfaatin (meselâ meşru müdafaa ve iztirar hali gibi), vikayesi için ifşa edilmiş ise (B. K. m. 52) bu hareketin haksız mahiyeti ortadan kalkmış olur (A. T. F. 44, II, 325) [4].

Umumiyet itibarile *tıbbî ehli vukufların* vazifesi hâkimlerin yardımcısı olmaktan ibarettir; fennî ve teknik bilgilerini adaletin emrine tâbi tutmak mecburiyetinde olup, müşahede ve ihtisaslarına dayanarak beyan edebilecekleri mütalea davada münakaşa olunan fiilî ve hukukî takdire bağlı meselelerin halline yardım etmiş olacaktır. (A. T. F., 34, II, 39 - J. d. T., 1908 sah. 354). Vazifeleri, tedavininin muhakkak surette mümkün

[1] C. C. S. madde : 28.

[2] Burada kanunumuzla C. O. arasında bir fark kaydedelim : Manevî tazminata hükmedebilmek için kanunumuz yalnız kusurun hususî ağırlığından bahsetmekte olup, C. O. ise hem kusurun ve hem de zararın hususî ağırlığından bahsetmektedir. — Fazla tafsilât için bak : Profesör A. Samim, Borçlar Hukuku, İstanbul 1934, Sahife 174. Aksî mütalea Prof. M. Reşit Belgeşay Hukuk Gazetesi No. 13. sah. 2 - 3. 7 Nisan 1936.

[3] Bak : Huk. Usul. Muh. K. madde 275 — 286, Ceza Usul. Muh. K. m. 65 — 77, M. K. m. 359.

[4] Daha mufassal malûmat için bak : A. Peytel, Le Secret médical, Paris 1935. Negre, La responsabilité civile dans la pratique de la médecine.

olup olmadığı hususunda kat'i şekilde beyanı fikir etmek veya emredilen tedavi usulünün müessir olmadığı hakkında mütalea yürütmek olmayıp, hâkime büyük imkân dahilinde olan hali bildirmektir. (*A. T. F.*, 57, II, 203, 212. - *J. d. T.*, 1932, sah. 78, 85).

*
*
*

II. HİZMET AKDI:

A) Muhik sebeplere binaen akdin feshi (*B. K. m. 344*).

İş sahibinin temerrüdü (*B. K. m. 325*).

İşçinin müşterek kusuru (*B. K. m. 44*) [1].

1^o — 23 Eylül 1931 tarihli *S. A. des Maîtres de l'Architecture c/ Schmid* kararından aşağıdaki esasları iştirac ediyoruz:

Borçlar kanununun 344 üncü maddesi, gerek işçiye gerekse iş sahibine ihbara hacet olmaksızın ahlâkî mülâhazalar saiki veya hüsnü niyet kaideleri sebebiyle mukaveleyi fashedip akdi icra etmemeğe müsaade etmektedir. Bir işçinin (mahkemeye arzedilen meselede bu işçi bir seyyar ticaret memuru idi) bazı muameleleri icra ve müşteri tedariki için tavzif edilip işinde muvaffak olamaması, hizmet akdinin hükümlerine ademi riayet sebebiyle iş sahibinin mukaveleyi fesh etmesine cevaz vermez. İş sahibi bu salâhiyetini kullanabilmek için işçinin ademi muvaffakiyetinin kusurundan neşet etmiş olması icabeder, yoksa taksiri olmiyan ve buhran gibi kendisini ilzam edemiyen hâdiseler mukavelenin feshine sebep olamaz. Şayet iş sahibi mukavelenin devamını işçinin muvafakatına talik etmek istiyorsa, bu hususu sarih bir surette mukavelede beyan etmesi icabeder.

Diğer taraftan iş sahibi işçiye gönderdiği azil mektubunda mevzubahis ettiği azil sebeplerile bağılı olmayıp, mahkemede başka sebepler de dermeyan edebilir; fakat bu yeni sebeplerin

[1] C. O. nun muadil maddeleri: B. K. 344 = C. O. 352, B. K. 325 = C. O. 332.

esaslı ve azli muhik gösterecek mahiyette olması lâzımdır.

Mukavelenin icrası zamanında iş sahibi işçisinin faaliyet ve işe bağlılığının tenakusundan müşteki ise, kendisini ihtar edip ıslahı hal etmesine fırsat vermek mecburiyetindedir. Yoksa hemen onu azledemez.

İş sahibinin beyan ettiği muhik sebeplerin kabule şayan olmadığı hallerde, haksız olarak azledilen işçi Borçlar kanununun 325 inci maddesine tevfikan mukavelenin normal şekilde hitam bulacağı ana kadar olan ücretinin tutarını talebetmek salâhiyetini haizdir, " şu kadar ki iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasden imtina eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur. „ Mevzuubahis mahsup sebeplerini 325 inci madde tahdidî bir surette beyan etmemektedir; Borçlar kanununun 44 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına tevfikan işçinin müşterek bir kusuru da nazarı itibara alınabilir.

2^o — Tetkik edilen karar 29 nisan 1931 tarihli *Fischli* kararını teyit etmektedir. Bu kararla, federal mahkemesi 20 haziran 1927 tarihili *Appolo et Regina, S. A. c/ Ladoux* kararla bina ettiği içtihadı aşağıdaki esbabı mucibeye dayanarak tadil etti: Borçlar kanununun 325 inci maddesi harfiyen tefsir edilecek olursa, ücretin tenkisi ancak maddede muayyen olan sebeplerin tahakkukile mümkündür. Fakat bu tarzı tefsir, vazı kanunun arzu etmediği haksızlıklara ve bilhassa işçinin müşterek kusur ile husule gelecek olan haksızlıklara müncer olabilir. Vazı kanun işçinin lehine olarak tazminat talebedecek yerde iş yapmağa mecbur olmaksızın mutabık kalınan ücreti talebetmeğe cevaz veriyorsa, sırf işçiyi korumak ve vaziyetini iyileştirmek gayesini takip etmektedir. Çünkü iflâs halinde işçi haklarını hizmet akdine müsteniden talebedecek ve bu nevi alacaklara bağlı rüchan haklarından istifade edecektir [1]. Fakat işçiye bundan başka hakların temini her halde derpiş edilmiş değildir. Binaenaleyh denilebilir ki 325 inci maddede tadat olunan sebepler meyanında işçinin müşterek kusurunun mevzuu bahis edil-

[1] İera iflâs kanunu m. 206 (birinci sıra). İsviçre İ. İ. kanunu m. 219. — Ayrıca bak : Rapport du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du C. O. du 3 mars 1905; Message complémentaire du 1er juin 1909, Feuille Fédérale, 1909, III page 769 b.

memiş olması vazıı kanunun bir dikkatsizlik eseridir. Bu itibarla kıyasen Borçlar kanununun 41 inci maddesinin 1 inci fıkrasını tatbik etmek zarureti vardır.

Demek oluyor ki: muhik sebep olmaksızın iş sahibinin işçi-yi anı olarak taretmesi, 325 inci madde hududu dahilinde, ücretin talebine cevaz verir, velev ki işçi mukavelenin vaktinden evvel feshinden kısmen mesul olsun. Fakat bu taktirde ve Borçlar kanununun 44 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına kıyasen hâkim ücret mikdarını tenkis edebilir. *Fischli c/ Strumpf* kararı (29 Nisan 1931; A. T. F., 57, II, 185. - J. d. T. 1932 sah 141)

Appolo et Regina kararile vücuda getirilip *Fischli* kararı ile de biraz tadil edilen yeni icthat, fikrimize göre, mühim bir noktayı arka plânda bırakmaktadır. 325 inci maddeye göre iş sahibinin temerrüd halinde bulunması ve bundan doğacak neticeleri tahmil etmesi için, yalnız işcinin işini sebepsiz olarak reddetmesi kâfi olmayıp, işçi vadettiği işi yapmağı değilse de hiç olmazsa iş teklifinde ısrar etmelidir (*Pietschar et consorts* kararı, 12 Temmuz 1922, A. T. F. 48, III, 158) (J. d. T., 1925 sah. 226, 1927 sah. 450 ve 544). Bu karara göre "iş sahibinin sırf temerrüd halinde bulunması işçiyi borçlarından beri kılmaz, ve iş sahibinin dileği üzerine hemen işe başlaması icap eder, şöyle ki başka bir yerde devamlı bir iş edinemeyip ancak kendi namına veya kısa bir müddet için başkası hesabına çalışabilir. Bunun içindir ki ancak kazandığını veya kasden kazanmaktan imtina ettiğini mahsup etmek icap edip tazminatın hesabında ise ancak muvafık bir iş aramakta *ihmal* göstermiş olduğu hallerde tazminat mikdarı tenkis edilir.., Fikrimize göre bu karar 325 inci maddenin lâfzî ibaresile telif edilemez. Madde "... işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın....", [1] demekte olmasına göre borcun sukut ettiğini farzetmekte ve binaenaleyh kavli bağın çözüldüğünü tazammun etmektedir. Her ne ise iş sahibi işçiyi tard ile işi kabulden muvakkaten değil de kat'iyen imtina ederse hiç şüphesiz ki işçi borcundan kurtulmuş olur. Artık ne iş yapmak ve ne de teklifinde ısrar etmek mecburiyeti olmayıp bilâ kaydüşart başka yerde çalışmakta tamamile serbesttir.

Fakat bu halde nazari olarak temerrüdden bahsedilebilir

[1] Fransızca metni "...sans être obligé de fournir...." ve Almanca metni de "...ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein..." demektedir.

mi? Temerrüd mukavelenin mevcudiyetini, edişin [1] kabili icra veya kabili talep olduğunu tazammun etmez mi? İş sahibi filen kavli bağı bozunca , işçinin teklif ettiği işi kabule icbar edilemeyince [2] *edişin gayri kabil olması* hali mevcut değil midir ? Her ne kadar bu vaziyet, yani edişin gayri kabil olması hali kanunumuzda mevzuubahs edilmemiş ise de Alman Medeni kanununda mevcut olup İsviçre vazı kanunu 325 inci (İsviçre kanununun 332 inci) maddeyi kaleme alırken muhakkak surette bunun tesiri altında kalmıştır. Maddemiz Alman Medeni kanununun 324 üncü maedesile mukayese edilirse bu hususun hakikati tebarüz eder [3]. İsviçre vazı kanunu temerrüd ile edişin gayri kabil olması halini bir tutmuş gibi görünüyor. Binaenaleyh bu maddeyi hem iş sahibinin mütemerrid bulunup mukavelenin münfesih olmaması haline ve hem de iş sahibinin haksız olarak mukaveleyi bozması halini tatbik etmek doğru olur. Yoksa iş sahibinin vaziyetini korumakta hiç bir sebep gözetilemez; bilâkis haksız olarak tardedilen ve işini cebren kabul ettirmeğe salâhiyeti olmayan işçiyi, iş sahibini temerrüd vaziyetine koyan işçi ile aynı muameleye tabi tutmak hakkaniyet icabındandır. Her iki halde de mukavelenin işçi tarafından ademi ifası iş sahibinin sebepsiz olarak işi kabulden imtina etmesinden ileri gelir; binaenaleyh bu ademi ifa alacaklının temerrüdünün bir neticesidir. İşin ifasının gayri kabil olması iş sahibinin fiilinden münbais ise A. von Tuhr'un mütaleasına göre 325 inci maddenin tatbiki icabeder [4].

B) İşçinin ihtiraları (B. K. m. 336)

Türk Borçlar kanununun 336 inci maddesi [5] şu yolda bir hüküm vazetmektedir: "İşçi hizmetini yaparken bir şey ihtira

[1] Ediş, fransızca "Prestation", Almanca "Leistung", tabiri yerine kullanılmakta olup etmek fiilinden müştaktır. Bak. sah. 121 not 3

[2] Borçların cebren icrası hakkında bak. A. von Tuhr, op. cit. sah. 30. fasıl 4, 486 III. ve 488 III.

[3] ve [4] Bak. A. von Tuhr, op. cit., sah. 530 in fine ve 531.

[5] O. C. m. 343.

ettikte iş sahibi böyle bir ihtirarı kendisine ait olacağını akidde şart koşmuş yahut bu ihtira işçinin taahhüt eylediği hizmetin levazımından bulunmuş ise ihtira olunan şey iş sahibine ait olur.

"Birinci surette ihtira mühim bir iktisadî kıymeti haiz ise, işçinin hakkaniyet dairesinde tayin edilecek bir bedel istemeğe hakkı vardır.

"Bu bedel, ihtirarı meydana gelmesinde iş sahibinin iştiraki ve tesisatından edilen istifade nazara alınarak tesbit olunur.,,

1^o — Bu maddenin sistematik bir tedkiki mevcuttur [1]. Meselenin ehemmiyetine nisbetle mahkeme kararları yok gibidir; ancak son zamanlarda neşredilmiş federal mahkemenin bir tek kararı mevcuttur. Bu karar meseleyi etraflı bir surette izah etmektedir. Bu itibarla kararın tedkikine geçmezden evvel bir iki noktayı aydınlatmağı muvafık buluyoruz.

336 ncı maddenin birinci fıkrasındaki kaide âmir ahkâm-dan olmayıp rızayı tefsir eder mahiyettedir. Ancak tarafların hukukî bağlarını tesbit etmedikleri veya yaptıkları akdin natanam veya gayri sarîh, muğlak olduğu hallerde tatbik edilir[2].

336 ncı maddenin kabili tatbik olabilmesi için birinci şart bir *ihтира*ın mevcudiyetidir. B. K. ihtirarı tarif etmiyor. Bunu ancak hususî kanunlar ve bilhassa ihtira beratlarına mahsus kanunlar tarif ederler. Bittabi nazarı itibara alınacak olan da bilhassa ihtira beratına mevzu teşkil edecek olan icatlardır. Çünkü bunlar başlıca ekonomik bir değere maliktirler.

İkinci şart ihtirarı bir *işçi* (*employé, dienstpflichtige*) tarafından yapılmış olmasıdır. Burada işçiden maksat ne Borçlar kanununun 55 inci maddesindeki en geniş manada işçi [3], ne de aynı kanunun 326 ve 340 fıkra 2 nci maddelerindeki en dar manada işçi (*Angestellte*) değil, 313, ve 314 üncü maddelere göre bir hizmet akdile bağlı olan işçidir [4].

Üçüncü şart ihtirarı işçi tarafından "*hizmetini yaparken*," vukua gelmiş olması lâzımdır. İsviçre Borçlar kanununun almanca metni daha sarîh bir ifade ile işçinin iş sahibine kiralamış olduğu hizmeti ifa esnasında yapmış olduğu ihtiralardan bahset-

[1] E. Thilo, *Journal des Tribunaux*, 1932 say. 322 — 335.

[2] A. von Tuhr, *op. cit.*, say. 219, II.

[3] A. von Tuhr, *op. cit.*, say. 351

[4] C. O. ya tekabül eden maddeler B. K. 313, 314, 326, 340 = C. O. 319, 320, 333, 347.

mektedir [1]. Şayet işçi serbest saatlerinde kavli faaliyeti çerçevesine giren bir iş ile meşgul olup bir icadda bulunursa, icadını sırf mecburî çalışma saatleri dışında ve atölye haricinde yaptı diye bu icadın iş sahibine ait olduğuna hükmetmek kanunun ruhuna muhalif bir tefsir olur. Mühim olan nokta icadın mecburî çalışma saatleri esnasında yapılmış olması değil, fakat taahhüt edilen hizmetin ifası esnasında yapılmış olmasıdır. Hizmet faaliyeti çalışma, "iş,, (*Dienstliche Taetigkeit*), "hizmet vazifeleri,, (*Dienstliche Obligenheiten*) ile bir değildir.

Dördüncü şart Alternatiftir: Ya ihtirai tazammun eden bir faaliyetin mevcudiyeti (kanunun tabiri veçhile ihtira işçinin taahhut eylediği hizmetin levazımından olması) veya akidde ihtirain iş sahibine ait olacağına dair sarih bir şartın koşulmuş bulunması. Filhakika iş sahibinin ihtira üzerindeki mülkiyetini meşru kılmak için bir ihtirain meydana çıkması, daha doğrusu ihtirain işçi tarafından hizmetin ifası zamanında vücut bulmuş olması (*Diensterfindung*) kâfi olmayıp, bu ihtira ya *mukavele* veya *taahhüt edilen işin mahiyetinin* tahmil ettiği ihtirai bir faaliyetin mahsulü yahut iş sahibinin sarih bir şart ile bunun mülkiyetini kendisine *temin* etmiş olması lâzımdır.

İcabı hal ve maslahattan istidlâl olunacağına göre mukavelelenin mevzuu ihtirai bir faaliyetten başka bir şey değilse, böyle bir şarta da lüzum yoktur. Mukavelelenin bu yolda tefsiri mezkûr şart makamına ka'im olur. Fakat fikrimize göre işçi bilhassa ve filen bu yolda bir faaliyet için işe alınmış olmak lâzımdır velevki kendisine başka işler de gördürülmüş olsun.

336 ncı maddenin 1 nci fıkrasında derpiş edilen ve işçinin koşması icapeden şart sarih olmalıdır. Yani işçiye bildirilmiş ve onun tarafından kabul edilmiş olması lâzımdır. Bu şart işçi ile iş sahibi arasında akdedilen münferit mukavelede koşulabileceği gibi kollektif bir mukavelede, hattâ fabrika nizamnamesinde bile zikredilebilir. Hattâ şifahî olabileceği gibi kat'i ve muknî hâdiselerden de istidlâl olunabilir.

Burada müstakbel hakların temliki mezuubahis olmayıp (ki B. K. nun 163 üncü maddesine göre tahriri şekle ihtiyaç hasıl olurdu) iş sahibine ihtirain doğrudan doğruya ve ânide mülkiyetini temin eden hizmet akdinin hususî bir müessesesidir [2].

[1] Almanca metni : " bei Ausübung seiner Dienstlichen Taetigkeit. "

[2] Bak. Bl. f. zürch. Rechtspr., 1927 sah. 10.

İhtira taahhüt edilen hizmet çerçevesine dahil olur ve bu hizmetin bir mahsulü bulunur ise, işçi hiç bir hususî veya munzam bedel (rémunération) talebedemez. Ve şayet iş sahibinin ihtira üzerindeki mülkiyeti mukavelede koşulan şarttan doğuyor ise, işçi ancak "ihtiranın mühim bir iktisadî kıymetî," haiz olması halinde hususî bir bedel talebedebilir. İşçi şartın tahakkuk ettiğini isbat etmelidir. Maheza değerinin çok olmasına ihtiyaç olmayıp nakden kabili taktir olması kâfidir.

İşçi ihtira kıymetinin tam karşılığını talebedemez, çünkü onu iş sahibine satmıyor. Ancak hakkaniyete uygun bir bedel istemek hakkı vardır ve bu bedel ihtiranın kıymeti üzerinden hesaplanır, yoksa işçinin tahammül ettiği zahmetlere göre değildir. 336 ncı maddenin son fıkrası daha iki mühim âmilin gözönünde bulundurulmasını emretmektedir : İş sahibinin iştiraki ve tesisatından edilen istifade [1].

2^o — 26 mayıs 1931 tarihinde federal mahkemesi tarafından karara alınan meselede bir kimya fabrikasında çalışan bir kimyagerin faaliyeti mevzuubahs idi. Bu kimyager yeni bir imal usulü keşfetmiş ve bunun için de bir bedel talebetmekte idi. İş sahibi bu bedeli vermiyordu. Kimyagerin davası reddedildi ve iş sahibi hak kazandı. Hâkim kararını aşağıdaki prensiplere istinat ettirmişti: İşçi hizmetini yaparken ihtira ettiği şey ya hizmet vazifeleri [2] çerçevesine dahildir veyahut bu çerçeve haricindedir. — Birinci halde ihtira doğruca iş sahibine ait olur ve iş sahibi hiç bir bedel tediyesine mecbur değildir, ancak ki bu hususta bir bedel tediyesini ayrı bir mukavele ile taahhüt etmiş olsun. — İkinci halde ise ihtira muhteriye yani işçiye aittir ; fakat iş sahibi hususî ve sarih bir şart ile bunun da mülkiyetini kendisine temin edebilir; bu takdirde ihtiranın mühim ve hakikî bir iktisadî kıymeti varsa işçiye hakkaniyet dairesinde bir bedel vermeğe mecburdur. Hatta mukavele sakit veya hiç bir bedel ödenmeyeceğini tasrih etmiş olsa bile hal böyledir. (26 Mayıs 1931 tarihli *Meyer c/ Terpena S. A. kararı*; *A. T. F.* 57, II, 304. — *J. d. T.* , 1932 sah. 335).

[1] Fransız hukuku ile mukayese için bak. Baudry et Wahl, Louage, II. No. 1690 bis.

[2] Bak. yukarıda sah. 141 dördüncü şart.



III. HİBE (B. K. m. 234 ve mü).

Sagır çocuklar lehine bir mikdar senet depo edilmiş fakat vedianın idare hakkı mahfuz tutulmuştur. Diğer taraftan çocuklar yirmi yaşını ikmal edince kendilerine bu senetlerin tevdi edileceği kanunî mümessillerine vadedilmiştir.

Mahkeme şu yolda bir karar veriyor.

Kanun ancak elden hibelerde aynın mevhubu lehe teslimini şart kılmıştır [1]; muteber bir hibe vadinin ifası için teslim hususî şekil ve ahkâma tâbi değildir. Binaenaleyh hibenin muteber olması muhakkak surette aynın zilyedliğinin mevhubu lehe devri şartına bağlı değildir. Mevhubu lehin her ne sebebe binaen olursa olsun zilyed bulunması, hatta fer'an dahi zilyed olması kâfidir [2]. (29 Birinci Teşrin 1931 tarihi *Estermann et consorts c/ Anderhalden kararı*; A. T. F. , 57, II, 518. - J. d. T. , 1932 sah. 430.)



IV. BEY'L.

A) Akdin tekemmülü - Aynın vasıflarında hata.

(B. K. m. 1 ve 24)

Bir frijider (soğutucu dolabı) satılıyor fakat her iki taraf ta frijiderin uzunluğu hakkında yanlış fikir besliyorlar. Akdin icrası zımında dava ediliyor fakat bu talep reddediliyor. Mahkeme burada muteber bir mukavelenin mevcudiyetine kanidir. Beyanı rızada hatanın mevcudiyeti ve ezcümle mebiin zatında

[1] B. K. madde 237 § 1.

[2] Bak: M. K. mad. 888, 790, 891, 892.

yanılmış (mevzuda hata) olduğu şayanı kabul görülmemiştir. Fakat mebide vadedilen vasıfların mevcut olmamasından dolayı akdin infisahına karar verilmiştir.

Borçlar kanununun 1, 23 (numara 2 ve 4) 25, 194 üncü maddelerini tatbik ederek federal mahkemesi şu yolda bir karar vermiştir :

Âkit tarafların beyanı rızaları ve hakikî niyetleri arasında hiç bir mübâyenet yoksa bey' akdi tamam olur, velev ki taraflar mebi hakkında yanılmış olsunlar. Mebiin vasıflarında hata, ahval ve şeraite göre esaslı hatalardan addedilebilir; bunun için de muamelâtta aranılan hüsnüniyet kaideleri göz önünde tutularak bu vasıfların akdin esas rükünlerini teşkil ettiği taayyün etmelidir. Bayi vakit geçirmeden müşterinin arzusu veçhile borcunu ifa etmelidir. (19 Mayıs 1931 tarihli, *Applications électriques frigidaires S. A. c/ Maurer kararı; A. T. F. , 57, II, 284. - J. d. T. , 1932 sah. 87.*)

B) İhtira beratı satışı - zabıt (*éviction*).

(*B. K. m. 189 [1]*)

Bir ihtira beratı satışını müteakip hakim beratın butlanına karar vermiştir. Müşteri bey' akdinin feshedilmesi için bayi aleyhine dava açıyor. Mahkeme, mebiin ayıplarına müteallik Borçlar kanununun 194 cü [2] maddesine değil zapta müteallik 189 uncu maddesine dayanarak talebi kabul etmiştir. İşte esbabı mucibe: 1 Haziran 1909 tarihli Borçlar kanununun tadiline müteallik "Conseil Fédéral,"in "Assemblée Fédéral,"e gönderdiği "Message," [3] de ihtira beratının ayıplarının bayiin tekeffüle mecbur olduğu ayıplara misal olarak göstermektedir. [4] Buna rağmen tamamen zabıt ile ayıpla malûl bir şeyin teslimi hukukî bakımdan pek farklı iki vaziyettir; ekonomik bakımından da bu iki müessesenin neticeleri büsbütün farklıdır, zira zabıt

[1] İsviçre B. K. madde 192.

[2] " " " 197.

[3] Bak. , Feuille Fédérale, fransızca tabı, 1909, III, sah. 760.

[4] Oser, op. cit, 2 inci tabı. rem. ; ad. madde 197 C. O. ; 2 a; sah. 238

fesih (Wandlug, résolution) bertaraf edilmiştir. Mahiyeti itibarile fesih, yani *actio redhibitoria*, her iki tarafın mütekabil edişlerini iade eyliyeceklerini tazammun eder; ve bu itibarla Borçlar kanununun 205 inci maddesi [1] feshedilen bir bey' akdinin ifası hususunda ilk önce müşteriye mebiin bayie iadesini emretmektedir. Fakat zabıt halinde mebiin iadesi mevzuubahs olamaz. Çünkü mebi' müşterinin mamelekenden çıkmıştır. (Ve bunun içindir ki müşteri şikâyet etmektedir.) Ve bunun içindir ki Borçlar kanununun 192 nci maddesinin 1 inci fıkrası [2] müşteriye ancak faizlerin ve mebi'den istihsal ettiği sair menfaatlerin bayie iadesini emretmektedir. Diğer taraftan *actio redhibitoria* mebiin müşteriye tesliminden itibaren bir senelik müruru zamana tâbidir, şu kadar ki bayi daha uzun bir müddeti tekeffül etmemiş ola (B. K. m. 207) [3]. Müşteri ayıpları teslimden sonra olsa bile hüküm böyledir.

Actio redhibitoria yani fesih hükümleri tatbik edilecek olursa, ve şayet ihtira beratının butlanına bir sene zarfında karar verilmemiş ise, müşteri her hakkından mahrum edilmiş olacak; zapta karşı teminat davasının hukukî sebebi bizzatihi zabıt hâdisesidir; binaenaleyh zabıt vuku bulmadıkça mantıkan dava hakkının müruru zamana uğrayacağı mevzuubahs olamaz; çünkü davayı harekete getirecek olan hukukî sebep mevcut değildir.

Demek oluyor ki ihtira beratı butlan sebeble müşteriden geri alınca tatbik edilmesi lâzım gelen ahkâm fesih ahkâmı değil zapta karşı teminat ahkâmıdır. (16 Temmuz 1931 tarihli *Eberhard c/ Jucker* kararı A. T. F. 57, II, 403. - J. d. T. 1932 sah. 155).

[1] C. O. madde 208.

[2] " " 195 § 1; mukayese için bakınız : Fransız " Code Civil," i madde 1630.

[3] C. O. madde 210.

C) Misli şeylerin satışı - Ademi ifa - Edişin imkânsız olması hâli (B. K. m. 96 ve 117 [1])

Muayyen bir taş ocağından istihsal olunacak taşlardan muayyen bir miktarı satılmıştır; fakat jeolojik gayri melhuz sebeplerden dolayı ocağın faaliyeti durmuş ve taşların teslimi mümkün olamamıştır; bunun üzerine müşteri tazminat davası açıyorsa da bayiin kusuru taayyün etmediğinden, bu talep mahkemece reddediliyor.

Misli bir şeyi teslim etmekle mükellef olan kimse, o şeyin misli mevcut oldukça ve başka bir mahalde tedariki imkânsız veya çok masraflı olmadıkça borcundan kurtulmuş olmaz.

Fakat misli şeyin miktarı mahdut ise - meselâ teslimi taahhüt edilen şeyin muayyen bir stoktan alınması gibi - bu stokun tamamile telef olmasile borçlu borcundan kurtulmuş olur.

Alman hukuk lisanında birinci hale *Gattungsschuld* ikinci hale ise *begrenzte Gattungsschuld* denilmelidir.

Gayri melhuz jeolojik sebeplerden dolayı taşların ihracı azamî müşkülât arzettiğinden dolayı, ocak sahibi taahhüt etmiş olduğu taşları teslim edemiyorsa, akdi ademi ifadan dolayı zarar ve ziyana mahkûm edilemez ; çünkü hiç bir kusuru mevcut değildir. (20 Birinciteşrin 1931 tarihli, *Commune de Rapperswil c/ Spiller* kararı ; *A. T. F.*, 57, II, 508 ; *J. d. T.*, 1932 sah. 402).

D) Gayri menkul bey'i - Başkası lekine şart - Vekâlet - Akit yapma vaadi.

Müddei müddei aleyhe gayri muayyen bir fiyatla üçüncü bir şahıstan bir gayri menkul satın almasını ve muayyen bir fiyatla da başka birisine satmasını emretmiştir; müddei aleyh gayri menkulü satın alıyor fakat başka birisine satacağı yerde bayie satıyor; müddei vekâlet ahkâmına dayanarak müddei aleyhe karşı bir tazminat davası ikame ediyor. Fakat müddei aleyh burada bir vekâlet akdinin mevcut olmadığını ve ancak bir akit yapma vadinin mevzuubahs olabileceğini ve bunun da

[1] C. O. m. 97 ve 119.

şekil noksanı sebebiyle bâtil olduğunu iddia ediyor. Dava, Borçlar kanununun 22 inci ve 213 üncü maddeleri ile Medenî kanunun 634 üncü maddesine tevfikan reddedilmiştir.

Hukukî bir tasarrufta bulunma hususunda verilen vekâlet hiç bir şekle tâbi değildir. Mevzuubahs hukukî tasarruf muayyen bir şekle tâbi olsa bile hüküm böyledir. Bir gayri menkul satın alma borcu, resmî şekle riayet etmeden yapılan bir vekâlet akdinden doğabilir mi? Mesele münakaşalıdır. Federal mahkemesi müspet cihete doğru temayül etmektedir.

Muayyen bir bedele mukabil bir gayri menkulü satma borcu bir vekâlet akdine mevzu teşkil edemez; burada ancak bir akit yapma vaadi mevzuubahs olabilir ve bu akit gayri menkul bey'inin tâbi olduğu şekle tâbidir. (14 Birinciteşrin 1931 tarihli, *Jurt c/ Steinger* kararı; *A. T. F.*, 57, II, 502; *J. d. T.* 1932 sah. 409).

* * *

V. ADÎ İCAR — EDİŞİN İMKÂNSIZ OLMASI.

Dişci mektebi mezunu bir şahıs mesleğini icra etmek maksadile bir icar mukavelesi aktediyor ve mukavelenin akdini müteakip yeni neşredilen bir kanun dişci mektebi mezunlarının icrayı san'at edebilmeleri için ayrıca bir imtihan geçirmelerini mecburî kılıyor. Müstecir bu yeni imtihanı geçmekten imtina ederek meslekî faaliyetini durduruyor. Fakat mucir mukavelenin vaktinden evvel müstecir tarafından feshedildiğinden dolayı tazminat talep ediyor. Borçlar kanununun 117 nci [1] maddesine istinaden talebi reddediliyor.

Bir borcun ifasının imkânsız olduğuna hükmedebilmek için bu imkânsızlığın nisbî olması, yani edişini ifa etmek için borçlunun normalden ziyade fedakârlığa icbar edilmemesi lâzımdır. Prensip itibarile, borçlu icar mukavelesini aktederken normal bir şekilde ifanın mümkün olamayacağını tasavvur edemediğinden dolayıdır ki ilzam edilemez. Borçludan talep edilebilecek fedakârlık miktarı, altmış yaşına varmış olan bir kadından meslekî

[1] C. O. madde 119.

kabiliyeti hususunda bir imtihana tâbi olması mecburiyetine hiç te denk değildir, yani bu yeni imtihan mecburiyeti borçludan normal şekilde talep edilebilecek fedakârlıktan pek fazladır. (10 İkinci teşrin 1931 tarihli, *Emrich c/ Dame Schmitzberger* kararı; *A. T. F.*, 57, II, 532. - *J. d. T.* 1932 sah. 525).

Bu karar tenkide yol açmaktadır; edişin imkânsızlığı mefhunu zayıflatmak tehlikesini doğurabilir; bugüne kadar federal mahkemesi bu hususta gayet şiddetli hareket etmişti. Ümit ederiz ki eski ictihadına avdet ve kaydedilen tehlikeyi kolayca bertaraf eder.

Türkçeye çeviren

Ferit H. Saymen

İst. Üniversitesi Medenî Hukuk Asistanı

Dr. EMILE THILO

Avukat

İsviçre Fed. Mahkemesi Grefyesi