

# İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 1932 - 1933 SENELERİ İÇTİHADININ NAZARİ BAKIMDAN ANALİZİ

## I. BORÇLAR

I—AKİTLERİN İNİKADI; AKTİF YAPMAK VADİ; GAYRI  
MENKUL MÜLKİYETİNİN NAKLİ; REMİ ŞEKİL.

Teşekkülü mutasavver olan anonim bir şirketin vücut bulması için bir kimse şirket mukavelesini aktedeceğine dair vaitte bulunuyor; ve bu vaad tahriri şekilde yapılıyor. Taraflardan birisi müstakbel şirkete bir gayri menkulünü devir ve nakledeceğini taahhüt ediyor. Fakat diğer şerikler bu mukavelenin muteber olmadığını iddia ediyorlar. (M. K. m. 634; B. K. m. 20 fik. 2; 22 fik. 2).

Gayri menkul mülkiyetini bir şahsı salise nakletmek vadini ihtiva eden mukavele, ancak resmi şekilde yapılmış olmakla sahîh ve muteber olur.

Bu vaad, resmi şekilde yapılması meşrut olmıyan bir mukaveleye ithal edilince, mezkûr mukavelenin de sahîh olması için resmi şekilde yapılmış olması lâzımdır. (5 Birinci Teşrin, 1933 tarihli *Ghielmette c/ Brugger ve Schmidli* kararı). 1)

\* \* \*

## II— HAKSIZ FİLLER.

## a) Seyrüsefer kazaları. Demiryollarının emniyetini haleldar etme.

Gece vakti seyrüsefer eden otomobilci sür'atini görebileceği mesafeye uydurmalıdır; şöyle ki otomobilin fenerleri yolun ancak beş metresini tenvir edebiliyorsa, bu mesafede durabilecek bir sür'atten fazla sür'at ile ilerlememelidir. (14 Mart 1935 kararı) 1). Bu kararı Federal Mahkemesinin 24 İkinci Teşrin 1931 tarihinde Faivre c/ Dufour davasında vermiş olduğu kararla 2) mukayese etmek enteresan olur. Bu karara göre: «Şayet Faivre üç metreden ilerisini göremiyor idise bu mesafede durmasını mümkün kılan bir sür'atten fazla sür'atle ilerlememeli idi.» - Bugün umumî yollarda seyrüsefer eden kimselerden daha fazla dikkat ve tedbir talep etmenin doğru olacağına dair Federal Mahkemesinin 17 Birinci Kânun 1931 tarihli Dame Neeracher c/ Canton de Bâle - Ville kararına bakınız. 3)

## b) Demiryolları işletmelerinin medenî mes'uliyeti.

1°— Bir tramvay ile bir otomobil arasında çarpışma (B. K. m. 41, 44).

Başlıca mağdurun kusur ile vukubulan kazada, ve demiryolu işletmesinin zatından doğan tehlike zararın husulüne tesir etmemiş ise, işletme ancak kendi kusuru nisbetinde mes'ul olur.

Muhafaza edilmemiş olan hemzemin geçidin (passage à niveau) zatından doğan tehlike, ahval ve şeraitin icap ettirdiği dikkat ve ihtimamı sarfetmemiş olan otomobilciyi mes'uliyetten kurtarmaz. (15 Temmuz 1931, Bussinger; c/ Canton de Bâle - Ville kararı). 4)

Bu kararı a) da ismi geçen Dame Neeracher c/ Canton de Bâle - Ville karar ile mukayese etmek enteresandır.

2°— Bir yolun sol tarafında sefer eden bir katar, aynı yolun aynı istikametini takip eden bir otomobilin fenerlerinden ürküp trenin altına giren bir beygiri öldürüyor ve binicisini yaralıyor. (B. K. m. 51).

1) A. T. F. 58. I. 67 — J. d. T. 1933 sah. 51.

2) J. d. T. 1932 sah. 66 ve mü.

3) J. d. T. 1932 sah. 498.

4) A. T. F. 57. II 428 — J. d. T. 1932 sah. 586.



Kusurun takdiri filii bir müşahede değildir. Binaenaleyh mahkemeler bu hususta salâhiyettar olup ehli vukufun salâhiyeti yoktur.

Bir eserin (ouvrage) zatından doğan tehlike ancak pek fahiş olmıyan masraflarla bertaraf edilebildiği takdirde bir kusur teşkil eder. Demiryolları işletmelerine bu prensip tatbik edilince, bir şirkete mücerred imtiyaz verilmesi keyfiyeti, yapmış olduğu yolların zatından doğan tehlikenin husule getireceği zararları tazminden mezkûr şirketi kurtaramıyacağı neticesine varılır.

Bir beygire yanaşan şoförün idare ettiği otomobilin fenerlerini söndürmemesi ve beygiri ürküttüğünü görüp durmaması bir kusur teşkil eder.

Bir demiryolu işletmesi üçüncü şahsın kusurunu iddia edip mes'uliyetten kurtulabilmek için, zararın vukuu yalnız bu kusurun mahsulü olması icap eder. Aksi halde ve mağdurun kusuru bulunmadığı takdirde işletme bütün zararı tazminle mükelleftir. (20 Mayıs 1933, Berne D. Y. Şirketi e/ Remund ve Brunschvig kararı). 1)

3°— Bir tren küçük bir çocuğu yaralıyor ve bunun neticesi olarak çocuğun çalışma kudreti eksiliyor. Mağdurun zarar ziyan talebi üzerine mahkeme tazminatın şekil ve miktarını takdir ve tayin ediyor.

Bir trenin idaresini lâzım olan kabiliyeti ve bilgiyi haiz olmıyan kimseye teslim eden demiryolları işletmesinin medeni mes'uliyetini müstelzim bir kusuru mevcuttur.

Şahsa karşı ika olunan zararlardan mes'ul olan demiryolları işletmesi, mağdurun diğer bir mukavele dolayısıyla alacağı sigorta ücretini, ödiyeceği tazminata mahsup edemez; fakat sigorta primlerinin tediyesine iştirak etmiş ise mahsubu iddia edebilir.

Küçük bir çocuğun yaralanması kısmi ve fakat mütemadi çalışma kudretinin eksilmesinden mütevellit zararın takdiri için, normal bir şekilde bu çocuğun rüşdüne vâsıl olduğu anda kazanabileceği parayı gözönünde bulundurmamak icap eder.

Bir kaza neticesinde yaralanan çocuğun düçar olduğu zararın en iyi ve tam bir tazmin şekli mağdura sermaye olarak bir miktar paranın tediyesidir, çünkü bu sermaye sayesinde

1) A. T. F. 53. II. 249 — J. d. T. 1933, sah. 123.

çocuk malûliyetine en uygun ve bu malûliyetten mütevellit çalışma kudretinin eksilmesini en iyi bir şekilde telâfi edecek san'atı seçip öğrenebilecektir. (7 Temmuz 1932 tarihli *Lagenthal - Jura D. Y. c/ Kläntschi* kararı). 1)

Bu kararı Federal Mahkemesinin 20 Mayıs 1932 tarihli *Berne D. Y. Şirk. c/ Remund ve Brunschvig* kararile 2) mukayese etmek icap eder. Çocuğun da kusurunun mevcut olduğu haller için nottaki bibliyografyaya bakınız. 3)

### c) Seyrüsefer kaideleri.

1°— Her kim ki diğer kimselerin normal bir şekilde kullanmasına tahsis edilmiş olan umumi yolu istimal etmek mecburiyetinde kalırsa, bu yolu zaruretten icap ettirdiği asgari zaman zarfında istimal etmelidir. Bu itibarla gideceği istikamete nazaran ana caddeye sol taraftan gelen ve normal vaziyetini alabilmek için caddeyi baştan başa katetmek mecburiyetinde kalan şoför, bu manevrayı mütereddit ve yavaş bir tarzda yaparsa mes'uliyetini mucip bir kusur irtikâp etmiş olur. Diğer taraftan, ufak bir sokaktan caddeye çıkan otomobilin önüne geçmek için, otomobilin arkasından geçilebilecek yolun normal cihetinde (sağ tarafında) kâfi derece yer olmasına rağmen sol taraftan geçen motosiklet gayri nizami bir harekette bulunmuş olur). (9 Mart 1932 *Nicolet c/ Zbinden* kararı). 4)

2°— Bir yoldan diğerinden evvel geçmek hakkını haiz olan nakil vasıtası (priorité de passage), bu hakkı tanımayan diğer bir nakil vasıtasıyla çarpışacak bir kazaya sebebiyet vereceğini kestiren birinci nakil vasıtasını idare eden kimse yavaşlatmak ve lüzumunda durmak mecburiyetindedir; yoksa diğerine tekaddümen o yoldan geçmek hakkı olduğunu iddia ederek kendisini mes'uliyetten kurtaramaz.

Tehlikeli bir nakil vasıtası (otomobil) idare eden kimse kâfi derece **soğukkanlı** olmalıdır, aksi halde otomobilin idare mevkiine oturmakla mes'uliyetini müstelzim bir tedbirsizlik ir-

1) A. T. F. 58. II. 255 — J. d. T. 1933, sah. 203.

2) A. T. F. 58. II. 249 — J. d. T. 1933, sah. 123.

3) *Thilo*, Federal Mahkemesinin 1931 - 1932 içtihadları, Huk. Fak Mec. Sayı 5 sah. 116 (Terceme Ferit H. Saymen). 5 temmuz 1932 tarihli *Helgeback c/Reuter* kararı (J. d. T. 1932 sah. 482, Sem. Jud. 1933 sah. 1. ve mül.)

4) A. T. F. 58. II. 130 — J. d. T. 1933 sah. 430.



tikâp etmiş olur. (10 Mayıs 1933 **Dame Meli - Wettstein c/ Trefzer** kararı). 1)

3°— Şose üzerinde sür'atle ilerliyen bir otomobil, o şoseyi amud bir yoldan gayet hafif bir sür'atle giden bir kamyonu çarpıyor. Yolun kenarında ilerisini görmeğe mâni olan bir duvar da mevcuttur.

Büyük şose üzerinde seyrüsefer eden nakil vasıtası, ehemmiyeti ikinci derecede olan bir yoldan gelen nakil vasıtasından evvel geçme hakkını haiz, yani ikinci derecede yoldan gelen nakil vasıtası şosede seyrüsefer eden nakil vasıtasına yol vermek mecburiyetindedir. Fakat buna rağmen, şayet ilerisini görmeğe mâni olan bir duvar veya sair bir mâni mevcut ise şoseden gelen nakil vasıtası da sür'atini indirmeğe mecburdur. Böyle bir yer «tehlikeli» olarak tavsif edilmek lâzım gelir ve o yoldan diğerine nisbetle velevki tekaddümen geçmek hakkını haiz olsun, oradan geçen kimse böyle bir mahalde her zaman çarpışma tehlikesi melhuz olduğunu gözönünde bulundurarak ahval ve şeraitin icap ettirdiği bilûmum tedbirleri ittihaz etmek mecburiyetindedir; aksi halde husule gelen zarardan mes'ul olur. (12 Birinci Teşrin 1932 tarihli **Baumann c/ Hubschmid** kararı). 2).

**d) İdare mevkiinde uyuyan şoför; otomobilde yer alanların müşterek kusuru; cemile mahiyetinde olan nakiller. (B. K. m. 41, 44, 47).**

Gayet yorgun olduğunu hissederek uykuya tahammül edemeyeceğini takdir edip buna rağmen otomobil idare eden kimse tedbirsizce hareket etmiş olur.

Fakat bu tehlikeye vâkıf oldukları halde otomobile binen kimseler, idare edenin mes'uliyetine iştirak etmiş ve bu itibarla husule gelen zararın bir kısmını tazmin ile mükellef olurlar.

**Nakliyenin bir cemile mahiyetinde** (Course de complaisance) olduğu, yani parasız ve sırf dostluk münasebeti dolayısıyla vaki olduğu, idare edenin kusuru ağır olmadığı ve böyle tehlikeli şerait dairesinde (meselâ şoförün çok yorgun olması) nakliyenin icrasını nakledilenler kabul ettikleri takdirde manevi tazminat namile bir meblâğa hükmetmeğe cevaz verilmez. Çün-

1 A. T. F. 59. II. 165 — J. d. T. 1933 sah. 331.

2) A. T. F. 58. II. 366 — J. d. T. 1933 sah. 235 .

kü bu tazminat mütemmim ve istisnai bir mahiyeti haizdir. (23 Mart 1932 tarihli Dame Sydler ve çocukları c/ Sydler kararı. 1)

**e) Haksız fiil - mağdurun müşterek kusuru - manevî tazminat (B. K. m. 44 fik 1; 47).**

1°— Bir bacağı sun'î olan bir şoför tenezzüh ve eğlence maksadile otomobile bir kaç kişi alıyor ve gezinti esnasında bir kaza vukua gelerek otomobilde bulunan iki kişinin ölümüne sebebiyet veriyor. Ölenlerin çocukları şoföre karşı dava ikame edip tazminat talep ediyorlarsa da, şoför malûliyetinden mütevellit tehlikeyi ölenlerin kabul etmiş olduklarını ileri sürerek tazminatın % 50 nisbetinde tenzil edilmesini istiyor. Fakat mahkeme bu iddiayı kabul etmeyip şoförü tam tazminatın te-diyesine mahkûm ediyor.

Gerçi, kazanın vukuuna bilhassa sebebiyet veren şoförün malûliyeti, ölenler tarafından malûm idi. Fakat bunlara bir kusur isnad edebilmek için, malûliyetin tevliit ettiği tehlikeyi bilmeleri veya bilebilmeleri icap ederdi. Bu hususu takdir edebilmek için ölenlerin tenezzüh esnasındaki vaziyetlerini gözönünde bulundurmak lâzımdır. Şoförün otomobil kullanmağa dair elinde bulunan bir vesikası, iki sene zarfında hiç bir kazaya sebebiyet vermemiş ve belediye nizamnamelerine riayetsizlikten dolayı hiç bir cezaya mahkûm olmamış olması, munzam primsiz (surprime) sigortalı bulunmuş olması, otomobil ile tenezzühün bilhassa tehlikeli olacağı hakkında ölenlere bir şüp-he ve tereddüt gelmemiş olması şayanı kabul bir vaziyettir. Binaenaleyh kendilerine isnad olunabilecek bir kusur mevcut değildir.

Mağdurun talep ettiği manevî tazminata gelince, kaza failinin şahsiyeti (mes'elede ölenlerin amcası olması), kendisinin bu kazadan dolayı duymuş olduğu keder ve ıztıraclar, ölenlerin veya haleflerinin kendisine karşı olan minnet ve nimet hisleri (fail ölenlerden birinin velinimetli idi) gözönünde bulundurulup bir hüküm vermek icap eder. (13 Temmuz 1932. Addar c/ Probst kararı). 2)

1) A. T. F. 58. II. 135 — J. d. T. 1933 sah. 403 (Kezalik bak: J. d. T. 1933, sah. 371 in fine ve mü.).

2) A. T. F. 58. II. 244 — Mukayese için bak! Book c/ Kurzen kararı (J. d. T. 1933, sah. 404)



2°— Borçlar Kanunu hâkime geniş bir takdir salâhiyeti tanımaktadır. Manevî tazminat namile bir meblâğın tediyesi lâzım gelip gelmediği hususunda bilûmum «hususî haller» in gözönünde bulundurmasını müsaade değil, emrediyor. Binaenaleyh, hâkim bir taraftan failin kusurunu nazarı itibare alacak, fakat diğer taraftan mağdurun müşterek kusurunu, zararın husulüne tesir eden diğer hâdiseleri, mağdurun ızdırab, elem ve kederini tahfif edecek, manevî acısını teskin edecek, infial ve intikam hislerini giderecek ahval ve şeraiti de gözönünden uzaklaştırmıyacaktır. Kaza failinin cezai mahkûmiyeti, duyduğu nedamet ve vicdan azabı da hâkimin nazarı itibare alması icap eden «hususî haller» dir. (14 Eylül 1932 tarihli **Boch c/ Kurzen** kararı). 1)

3°— Federal Mahkemesinin içtihadına göre, failin ika ettiği manevî zarara mağdurun müşterek kusuru - hattâ bu kusur az çok ağır bile olsa - tesir etmiş olsa bile manevî tazminata herhalde hükmedilmek icap eder; yani mağdurun müşterek kusuru failin mahkûmiyetine mâni olmaz 2). Bu kusura rağmen, hâkimin nazarı itibare alacağı hususî haller nısfet ve adalete uygun bir tazminatın hükmedilmesini istilzam edebilir; bittabi mağdurun kusuru zararın husulüne esaslı surette tesir etmiş ise hüküm başkadır.

Mevzuu bahsolan davada, hususî haller (iki ameliyat neticesinde bacağı dizkapağı altından kesilmiştir) Lachat'ye bir tazminat verilmesini icap ettiriyor; fakat bu tazminat miktarının 1000 franga indirilmesi mes'uliyetlerin taksimi esası da gözönünde bulundurulmuş oluyor. (4 Bir. Teş. 1932 tarihli **Kottelat c/ Lachat** kararı.) 3)

4°— Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinden farklı olarak 47 inci maddesi, cismanî zarara maruz kalan kimsenin manevî tazminat namile bir meblâğ talep edebilmesi için, failin kusurunun hususî ağırlığını şart etmemiştir 4). Mağdurun müşterek kusuru ise esas olarak tazminata hükmedilmesine mâni değildir 5). Fakat mağdura isnad olunacak kusur zararın vuku-

1) A. T. F. 58. II. 341 — J. d. T. 1933 sah. 404.

2) A. T. F. 54. II. 17 ve 409.

3) J. d. T. 1932 sah. 578.

4) A. T. F. 53. II. 429 — J. d. T. 1933 sah. 586.

5) A. T. F. 54. II. 17 ve 468; J. d. T. 1928 sah. 143; 1929 sah. 277.

una bilhassa âmîl olmuş ise, manevî tazminat namile bir meblâğın itasına cevaz verilemez. [Müddeî diğer nakil vasıtalarına dikkat etmeksizin seyrüsefer ederken tedbirsizliği yüzünden çarpışmaya sebebiyet vermiştir; müddeaaaleyha ise ancak çarpışmadan sonra soğukkanlılığını muhafaza edememiştir.] (10 Mayıs 1933 tarihli Mame Meli - Wettstein c/ Trefzer kararı. 1)

**f) Birden ziyade kimselerin borçlu olması. (B. K. m. 50)**

İki kişi aynı haksız fiil yüzünden, fakat birisi Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin diğeri de 58 inci maddesinin tatbiki ile takibata maruz kalınca, müddeialeyhlerden birisi diğer müddeialeyhin mahkûmiyetine karar verilmesini hâkimden istiyemez; talep edebileceği şey rucu hakkının hâkim tarafından tanınmasıdır (B. K. m. 50; fik. 2). Hâkimin bu hususu ressen de halletmeğe salâhiyeti yoktur. (29 İkinci Teşr. 1932 tarihli Etat de Neuchâtel c/ Commune de Fleurier kararı). 2)

**g) İsme tecavüz - şahsî menfaatlerin haleldar edilmesi.**

Association du Touring ouvrier «Solidarité» ismini taşıyan bir cemiyet aleyhine İsviçre Turing Klübü (Touring Club Suisse) tarafından dava ikame edilip «Touring» kelimesinin kaldırılmak suretile isminin değiştirilmesi talep ediliyordu. Mahkeme Turing Klübün davasını reddetmiştir. (M. K. m. 25 fik. 2; 26).

Bir ismin unsurlarını teşkil eden kelimelerden birinin diğeri bir isimde bulunması ihtilâfa mahal vermez, bir usurpation teşkil etmez. Bu kelimenin çok istimal edilmesi ve lisanda yer almış bulunması bu hükme daha çok kuvvet verir.

Evvelce mevcut olan bir ismi intihap edip taşımak, bazı karışıklıklara mahal verebileceğinden, o ismi taşıyanların şahsî menfaatlerini haleldar edebilir. (16 Eylül 1933 tarihli Touring Club Suisse c/ Association du Touring ouvrier «Solidarité» kararı). 3)

**h) Boykot. (B. K. m. 41 fik. 2)**

Ekonomik bir savaş vasıtası olan boykot esas itibarile menedilmiş değildir. Ancak bazı hallerde gayri kanunî bir şekil alıp haksız bir fiil teşkil eder. Ezcümle umumî adaba (ahlâka)

1) A. T. F. 59. II. 165 — J. d. T. 1933 sah. 331.

2) A. T. F. 58. II. 438 — J. d. T. 1933 sah. 405.

3) A. T. F. 58. II. 313 — J. d. T. 1933 sah. 263.



mugayir surette vaki olan boykotlar Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmüne tâbi olur. 1)

Boykot gayri ahlâki karakterini ya istimal olunan vasıtalarından, ya takip olunan gayeden veya temin edilmek istenilen kârla ika olunan zarar arasında açık bir nisbetsizlik bulunmasından alır.

Bilûmum siparişlerini aynı tüccar vasıtasile veren müşterilere hususi bir tenzilât yapmak gayri ahlâki bir boykot vasıtası teşkil etmez.

Bilâkis, bir rakibin faaliyetini durdurmak gayesini güden aynı tarzda bir boykot, gayesi itibarile gayri ahlâkidir. (6 Temmuz 1932 tarihli *Verband Schw. Seidendruckereien c/ Textil Aerographie A. G.* kararı). 2)

**i) Borçlar Kanununa göre haksız rekabet. (B. K. m. 48 3)**

1°— Birbirine rakip iki emtiayı mukayese ile satışını arttırmak ve reklâm yapmak, doğru ve müsbet esaslara dayandığı takdirde meşrudur. Bu mukayese muvakkat ve gayri kâfi bir netice verse bile hüküm böyledir, yeter ki mukayesenin mahdut tesiri (muvakkat veya gayri kâfi bir netice vermesi) alâkadarlar tarafından anlaşılabilir mahiyette olsun.

Aynı ekspertiz esnasında müteaddit tecrübelerle mevzu olup muhtelif neticeler veren iki emtia hakkında, her tecrübe için ayrı birer vesika tanzim edilerek emtia sahibine verildiği takdirde, emtia sahibinin reklâm maksadile kendi lehine olan vesikayı kullanıp diğerlerini ketmetmesi hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareket teşkil eder. Hattâ neşrolunan vesikanın başka vesikaların melfufatı olduğu sarahaten bildirilse bile bu reklâm vasıtası yine gayri kanunî olur.

Haksız rekabetin men'i talebi mesmu olabilmek için Borçlar Kanununun 48 inci maddesi müşteri adedinin tenezzülünün

1) Fransız hukuku hakkında bak: Demogue, Obligations, cilt II. No. 819.

2) A. T. F. 58. II. 219 — J. d. T. 1933 sah. 194.

3) Gayri kanunî rekabet hakkında Ticaret Kanunumuzda da ayrı ve farklı hükümler vardır. (Madde 56-65). Her iki kanundaki ahkâmı mukayese için bakınız: Prof. E. Hirsch, Türk Ticaret Kanunu esaslarına göre. Ticaret Hukuku, 1935, cilt I; sah. 216-231.

isbatını aramamaktadır. Bilâkis tazminat talep edebilmek için herhalde bu hususun isbatı icap eder.

İstihdam edilen kimseler kendi kusurlarıyla bu yolda bir vasıta kullanmışlar ve iş sahibi maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu ve 48 inci maddenin tatbikine mahal vermemek üzere istihdam ettiği kimselere lazım gelen talimatı verdiğini isbat edemezse, 55 inci maddeye kıyasen, haksız rekabetin men'i davası iş sahibine karşı ikame olunabilir. (28 İkinci Kânun 1932 tarihli Standard Lack und Farbenwerke c/ Kaspar Winkler et Co. kararı). 1)

2°— Bir gazetede hiç bir rakip ismi zikredilmiyerek haksız bir rekabet teşkil eden bir yazı neşrediliyor. Bundan mutazarrır olan bir kimse dava ikame ediyor, fakat müddeialehy müddeinin dava ikamesine salâhiyeti olmadığını def'an dermeyan ediyorsa da bu def'i şayan kabul görülmüyerek müddeinin velevki doğrudan doğruya şahsına karşı bir tecavüz vaki olmamış bile olsa dava ikamesine salâhiyeti olacağını mahkeme tasdik ediyor.

Haksız rekabetin men'i ve icabında zarar ve ziyan davası, mutazarrır olan her rakip tarafından ikame olunabilir, velevki bu fiil veya muamele doğrudan doğruya kendisine karşı icra edilmemiş olsun. (9 İkinci Teş. 1932 tarihli Migros S. A. c/ Tanner et Baumgartner kararı). 2)

\* \* \*

### III— HAYVANI İDARE EDEN KİMSENİN MES'ULİYETİ.

(B. K. m. 56)

#### 1°) Tam illiyet rabıtası (Causalité adéquate)

Bir köpek bir ineği kovalarken bu inek müddei tarafından idare edilen başka bir ineği korkutuyor. Müddeiyi düşürüp yaralıyor. Bu sebeble köpeği idare eden kimseye karşı zarar ve ziyan davası ikame ediyorsa da, tam bir illiyet rabıtasının mevcut olmaması ve idare edenin dikkatsizlik göstermiş bulunmaması dolayısıyla müddeinin talebi reddediliyor.

Bir bekçi köpeği idare eden kimsenin, muhafaza etmekle mükellef olduğu mahalle giren insan ve hayvanları kovmak

1) A. T. F. 58. II. 22 — J. d. T. 1932 sah. 625.

2) A. T. F. 58. II. 430 — J. d. T. 1933 sah. 297.



için saldırgan olmıyan bu köpeği hususi bir dikkat ve itina ile zaptetmemesi bir kusur teşkil etmez. (23 Şubat 1932 tarihli Gabathuler c/ Gabathuler kararı). 1)

2°) B. namında Lozanlı bir hayvan tüccarı Echallens'li X. namında birine bir inek satıp bunu gündelikçi N. ile Lozan-Echallens garına götürmek ve X. e sevk etmek için teslim ve badehu diğer hayvanları da bir köye götürmek hususunda anlaşmıştı. Gündelikçi N. ineği garın hayvanlara mahsus hangarına bağladıktan sonra B. nin nezdine avdet ediyor. Bu sırada inek ipini kopararak kaçıyor ve şehir dahilinde sağa sola şaşkın bir surette koşarken o civarda bulunan D. namında birine çarpıp yere yuvarlıyarak ağır surette yaralanmasına sebebiyet veriyor.

Yaralı D. nin hayvan tüccarı B. ye karşı açmış olduğu davayı Kanton Mahkemesile Federal Mahkemesi şayanı kabul görüyorlar.

a) **Hayvanı idare eden kimdir?** İneğe vaziyet etmemiş olan, ineğin zilyeddi bulunmıyan müşteri X. herhalde idare eden (détenteur) değildir. Kezalik B. ye bir nakliye mukavelesi ile bağlı olmıyan ve N. in hayvanı kendiliğinden hangara getirip bağlamış olmasına binaen hayvanı muhafazası altına almamış bulunan demiryolları şirketi de değildir. N. e gelince, o da bir nakliye mukavelesine müsteniden hareket etmemiştir, çünkü hayvanın gara kadar götürülmesi demiryolu ile sevkine müteallik ihzarî bir muameledir. Bilâkis, B. tarafından muayyen bir müddet için işe alınmış olması dolayısıyla (yapacağı işler müddet ile muayyen olup adet ile tayin edilmediğinden) N. bir hizmet aktile B. ye bağlı olup onun mahza bir müstahdemidir. Binaenaleyh o, Almanca tabiri ile bir **Besitzdiener**, yani hizmet dolayısıyla zilyed olup, Borçlar Kanununun 56 ıncı maddesi manasında hayvanı idare eden (détenteur) vaziyetinde değildir. Aynı neticeye vekâlet yolile de varılabilir. Binaenaleyh hayvanı idare eden B. dir, ve hayvanın kaçmış olmasına ve muvakkaten hayvan üzerindeki fiilî zilyedliğini kaybetmiş olmasına rağmen yine hayvanı idare eden odur.

b) **Borçlar Kanununun 56 ıncı maddesindeki tahallüs beynesi:** Mes'uliyet illiyete müstenit olup kusura bağlı olmadığından idaresinde hayvan bulunan kimse bir defî (exception) der-

meyan ve isbat etmekle mükelleftir, yoksa kusuru olmadığını (disculpation) isbat ile iktifa edemez. Diğer taraftan hayvanı idare eden kimse bu def'ini tamamille isbat etmek mecburiyetinde olup örf ve âdetin dermeyanı kâfi addedilemez. Bu itibarla, B. lâzım gelen talimatı N. e vermekte ihmal ettiğinden, ve hayvan gara erken götürülüp N. tarafından nezaret edilmemesi bu talimatın verilmesi lüzumunu bir kat daha arttırdığından, tüccarın mesul olacağı hususunda şüphe bırakmamaktadır. Hayvanı idaresinde bulunduran kimsenin mes'uliyeti sebep ile eser arasındaki rabitanın derecesine göre taayyün eder. Sebebin tam tesiri (effet adéquat) duyulduğu bütün sahalarda hayvanı idare edenin mes'uliyeti mevzuu bahsolabilir ki, dava da bu merkezdedir; filhakika, kaza ile sona eren bilûmum hâdiseler B. aleyhine mevcut olan ihmallerin mahsulüdür. Vaziyet bu merkezde olup, B. mes'uliyetten tehallüs sebeplerini isbat etmediğinden vukuagelen zarardan mes'ul olacağı bedihidir. (19 Bir. Teş. 1932 tarihli Bloch van Damme c/ Delorme kararı).<sup>1)</sup>

\* \* \*

#### IV— İNŞAAT SAHİBİNİN MES'ULİYETİ. (B. K. m. 58).

1°— Beş tonluk bir kamyon saatte otuz beş kilometrelik bir sür'atle Cenevre - Lozan yolunun sağ tarafından giderken, şosenin asfalt kısmının başındaki bozukluk yüzünden bir kazaya uğruyor. Bu bozuk kısım hususî işaretlerle tayin edilmiş ve belli olabilecek bir şekilde gösterilmiş idi. Otomobil sahibi Vaud (Vo) Kantonu aleyhine dava ikame ediyor ise de, talebi evvelâ Asliye Mahkemesi ve bilâhare Federal Mahkemesi tarafından reddediliyor.

Yol bir inşaatır (ouvrage) ve maliki olan âmme hukuku korporasyonu da Borçlar Hukukunun 58 inci maddesine tâbidir.

Fakat inşaatın bozuk addedilebilmesi için tahsis edildiği gayenin husulüne kâfi derece emniyet arzetmemesi icap eder; yoksa en son tekniğin evsafını cami olmasına lüzum yoktur.

Her tehlike kaynağı - hâdisede yolun kenarında bulunan kovalar - bir inşaat kusuru veya bakımda bir noksanlık değildir. Bundan başka, pek büyük masrafa yol açmadan, tehlikeli ye-

1) A. T. F. 1932, II. 371 — J. d. T. 1933 sah. 406.



ri tadil veya ortadan kaldırmak mümkün olmalıdır. Binaenaleyh kâh yolun yıpramasını, kâh taşlar ve ziftler arasındaki seviye farklarını (*dénivellations*) peyderpey tamir etmek için Devlet, motörlü nakil vasıtaları sahiplerine temin edeceği faydalarla hiç te münasebeti olmıyan pek büyük masraflar yapmak mecburiyetinde kalacaktır.

Umumi bir şekilde, otomobillere istimal ettikleri yolları ihtiyaca uygun bir şekle sokabilmek için Devletin mali vaziyetini sarsımayacak makul bir mühlet vermek icap eder; yoksa gayet kısa bir zamanda yollarını otomobil yarışlarına tahsis edilen yerler, otostradlar şekline sokması talep edilemez. (28 Eylül 1932 tarihli *Bignens c/ Etat de Vaud* kararı). <sup>1)</sup>

2°— Mer'aların sınırlarını gösteren müteharrik çit bir yolun üzerine konulmuştu; dağlı bir yolu çıkan bisikletli bir kimse bu müteharrik çite çarparak bir zarara uğruyor; yolun maliki olan nahiyeye karşı tazminat davası ikame ediyorsa da talebi reddediliyor. (B. K. m. 58)

Yol bir inşaattır ve maliki olan âmme korporasyonu, alelade kimseler gibi, Borçlar Kanununun 58 inci maddesi tarafından vaz ve tayin edilen mes'uliyet prensipine tâbidir. <sup>2)</sup>

Bir inşaatın sahasını aynı haklara göre değil, fakat inşaatın gayesine, yani inşaatın bilûmum aksamına göre tayin etmek icap eder; mülkiyetin hududu her zaman inşaatın hududunu tayin ve tahdit etmez.

Esas gayri menkulün istimaline yarıyan bir mütemmim cüz, üçüncü bir şahsın mülkü olsa dahi inşaatın aksamından madud olabilir.

İnşaat sahibinin mes'uliyeti halinde mağdurun kusuru dahi nazarı itibare alınır. <sup>3)</sup>

\* \* \*

1) A. T. F. 1932 sah. 356; J. d. T. 1933 sah. 407 — Bundan başka baki bu makale No. II, b, 2.

2) Bak: A. T. F. 49, II 472; 56, II, 92; 58, II, 357; J. d. T. 1924 sah. 192; 1930 sah. 279; 1933 sah. 407.

3) A. T. F., 41, II, 225; Von Tuhr, *Partie Générale du C. O.*, 2 inci fransızca tab'ı, I, sah. 93. Becker, No. 13, ad. art. 53. (15 Mayıs 1933 tarihli, *Commune d'Eriz c/Rohrbach* kararı; A. T. F. 59, II, 171; J. d. T. 1933 sah. 489).

V— CEZAYI MÜSTELZİM BİR FİİLE MÜSTENİDEN AÇILAN HUKUK DAVASININ MÜRURU ZAMANA UĞRAMASI.

Borçlar Kanununun 60 inci maddesinin 2 inci fıkrası mucibince «zarar ve ziyan davası, Ceza Kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tâbi cezayı müstelzim bir fiilden neş'et etmiş olursa şahsî davaya da o müruru zaman tatbik olunur.» Ceza mahkemesine vaki olan şikâyetin, kanunî müddetin geciktirilmiş olmasından dolayı reddedilmiş olması haizi tesir değildir. Şikâyet hakkının tâbi olduğu müruru zaman ile 60 inci maddenin mevzuu bahsettiği müruru zaman arasında hiç bir mutabakat yoktur. Ceza hâkiminin işe el koymuş olmasının veya mücrimi mahkûm etmiş olmasının bir hükmü yoktur; zarara sebebiyet veren fiilin cezayı müstelzim bir fiil olması kâfidir.

Müddeialehy tarafından ika edilen fiilin cezayı müstelzim olduğu ve maznunun mes'ul olabileceği hususunun takdiri, işe vaziyet eden Hukuk hâkiminin salâhiyeti dahilindedir; bu hususu Hukuk hâkiminin afakî bir şekilde incelemesi icap eder. Fakat mezkûr fiilin cezayı müstelzim olmadığına Ceza hâkimi tarafından kat'iyen karar verilince, artık Hukuk hâkiminin takdir salâhiyeti mevzuu bahsolamaz. Taklîbî şikâyete bağlı olan cürümlerde, mezkûr şikâyet cürmün unsurlarından biri olmayıp ancak usulü alâkadar eden bir şarttır. Bu itibarla, ika edilen haksız bir fiil hakkında şikâyet hiç vaki olmasa veya kanunî müddetinden sonra yapılmış olsa bile, Borçlar Kanununun 60 nci maddesinin 2 inci fıkrasına göre bu fiil cezayı müstelzim bir fiil gibi telâkki edilmek icap eder. 1)

\* \* \*

VI. BORÇ İKRARI - MÜRURU ZAMAN. (B. K. m. 133, No .1)

Borçlar Kanununun 133 üncü maddesinin 1 numaralı hükmüne göre 2), borç ikrarının müruru zamanı katedebilmesi için, borçlu tarafından izhar edilen rızanın muhakkak surette onu

1) Bak, A. T. F. 35, II, 23; ve neşredilmemiş olan 27 Nisan 1932 tarihli Evéquoz c/ Dellberg kararı. Bundan başka bak: Von Tuhr, op. cit. sah. 348.

4 Birinciteğrir 1932 tarihli Kottelat c/ Lachat kararı; J. d. T. 1932 sah. 578.

2) C. O. m. 135 No. 1.



borçlu kılacak mahiyette veya o maksat ile izhar edilmiş olması şart değildir; borçlunun borcun halen mevcut olduğunu sarahaten beyan veya muknî fiiller ile izhar etmiş olması kâfidir 1). Binaenaleyh Becker 2) in mütaleasına muhalif olarak, bir beyanı rızanın, hukukî bir tasarrufun mevcut olmasına lüzum yoktur.

Bu mütalea hiç şüphesiz ki yalnız kanunun metninden değil (çünkü kanun faizi veya alelhesap bir miktar para ödemeyi, rehnin tesisini veya kefil göstermeyi misal olarak kaydediyor) aynı zamanda borçları ikrar ettirmek değil, fakat onları ifa ettirmek veya teminat altına almak gayesini güden dava haklarından da istihraç olunabilir. Fakat müruru zamanı kat için borcun mevcudiyetine vâkıf olduğunu sadece beyan etmek 3) kâfi ise de, borçlunun bu beyanından yalnız ahlâkan ve vicdanen değil, fakat hukukan borçlu bulunduğunu kabul etmiş olduğu tezahür etmelidir 4). Normal bir sebebe, yani ahlâkî (adâb) umumiyeye uygun bir sebebe dayanan bir borç mevzuu bahseldüğü zaman, borçlunun hukukan da borçlu vaziyetini kabul etmiş olduğunu karine olarak kabul etmek icap eder; meğer ki borçlunun hal ve tavrı aksini sarîh bir surette tazammun etmiye. Fakat borcun, ya ahlâka mugayir olması yüzünden veya sair herhangi bir sebebe müsteniden dava yolile takibi meşkûk görünürse, borçlunun borç ikrarından veya tavrı hareketinden umumiyet itibarile manevî bir borcu ikrar ettiği kabul edilmek icap eder; herhalde en ufak bir tereddüt mevcut ise hukukî bir borç ikrarının ademi mevcudiyetine hükmetmek lâzımdır. (23 Birinci Kânun 1931 tarihli Sennhauser et consorts c/ Halle kararı). 5)

\* \* \*

## VII. TEMSİL - SİGORTA MUKAVELESİ.

Bir haftalık mecmuaya abone olanları o mecmua idaresi

1) Von Tuhr, Partie Générale du C. O., fransızca tercümesi, 2 inci tab'. cilt II. sah. 614 ve mü.

2) Kommentar, ad art. 135 not 2, 1 sah. 535.

3) «Bir şeye vakıf olduğunun beyanı» dğier bir söyleyişle «bilgi beyanı» tâbirinin fransızcası «déclaration de savoir» ve almancası da «wissenserklärung» dur.

4) A. T. F. 23, II. 940 ve mü.

5) J. d. T. 1932 sah. 556; A. T. F. 57, II. 583.

kazalara karşı sigorta ediyordu <sup>1)</sup>. Ancak sigortanın umumi hükümleri meyanında, müteakip iki nüsha bedelini ödemiye abonenin sigorta mukavelesi feshedileceğine dair bir kayıt vardı. Bu mecmuaya abone olan ve aynı zamanda bu mecmuanın müvezzil olan bir kimse mecmuanın her numarasının bedelini ahzetmeğe ve hafta sonunda toplamış olduğu meblâğı nâşire tediye etmeğe memur edilmişti. Bu surette kendi aboneman bedelini de kendisi ahzediyordu. Fakat toplamış olduğu meblâğı nâşire tediye etmekte geçikiyor ve bu arada bir kazaya uğruyor. Federal Mahkemesi hususî bir kanun olan Sigortalar Kanununun 13 ve 19 uncu maddelerine dayanarak müvezzilin talebini kabul etmiyor.

a) Bir mecmuaya abone suretile sigorta olmak keyfiyeti başkası namına bir sigorta akdetmek mahiyetindedir. Abonelerin (sigortalıların) nâşire (sigorta edene) borçlu oldukları meblâğ sigorta primi değildir.

İki nüsha bedelini ödemekte geçiken abonenin sigortasının feshedileceğine dair vazolunan kayıt sahih ve muteberdir.

b) Bir mümessil, kendi şahsı ile temsil ettiği kimse namına bir mukavele (alelittlak hukukî bir tasarruf) aktebilir, şu kadar ki şahsî menfaatleri ile temsil ettiği kimsenin menfaatleri hali ihtilâfta olmasın.

Bu hukukî tasarruf bir tediye ibaret ise, ve bu tediye sigorta mukavelesinin sıhhati şartlarından birisi ise, mümessil mezkûr tediye kendinden kendine yapamaz.

*Animus solvendî'si* <sup>2)</sup> mevcut olmıyan hiç bir tediye muteber değildir. (2 Birinci Teşrin 1931 tarihli **Dame Rohrbach - Ryf c/la «Winterthour»** kararı.) <sup>3)</sup>

Almanların *Selbstkontrahieren* (bir şahsın kendisile akdettiği mukavele) tabir ettikleri mes'eleye bu karar çok entere-

1) Bu şekil sigortalar son zamanlarda memleketimizde de belirmeğe başladı.

2) Borçtan beri olmak arzu ve niyeti.

3) A. T. F. 57, II, 555; J. d. T. 1932 sah. 561.



san bir misal teşkil etmekte ve gayet makul ve akli selime uygun bir sureti hal bulmaktadır 1).

\* \* \*

### VIII. SALÂHIYETSİZ MÜMESSİL. (B. K. m. 39, 395) 2)

Salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yapan kimsenin mes'uliyeti şibih - akitten doğan bir mes'u - liyettir. (*Résponsabilité quasi - contractuelle*).

Akitten doğan mes'uliyet (*Résponsabilité contractuelle*) kaideleri mütemmim hukuk mahiyetinde olarak ve kıyasen şibih akitten doğan mes'uliyete de tatbik edilebilir.

Ezcümle, bilvekâlet hareket eden müteaddit kimselerin yapmış oldukları akde müekkilin icazet vermemesi yüzünden diğer âkit tarafın maruz kaldığı zararı, bu kimseler müteselsilen tazmin etmekle mükelleftirler. (8 İkinci Teşrin 1932 tarihli *Roller et cons. c/ Lüscher* kararı). 3)

\* \* \*

### IX. CEZÂÎ ŞART - İSTİNA AKTİ.

Resmi makamlar veya hususî teşebbüsler tarafından müteahhitlere verilen şartnamelerde ekseriyetle şöyle bir maddeye rasgelnir: Müteahhit üzerine aldığı işi muayyen günde teslim etmediği takdirde, geçiken her gün için şu kadar bir meblâğ (ki bu meblâğ umumiyetle pek yüksektir) tediye etmekle mükellef olacaktır.

Buna mukabil bu hükmün aksine bir hükme pek ender rasgelnir. Muayyen günden evvel vaki olacak teslimler için müteahhide gün başına bir prim vadedildiği hemen hemen va-

1) *Selbstkontrahieren* mes'elesi hakkında bak! Von Tuhr, op. cit, 2 inci tab, sah. 295. Fransız Medenî Kanununda bu hususa dair hiç bir sarahat yok ise de Temyiz Mahkemesi temsil tarikiile aktedilen bu gibi mukaveleleri müteber addetmektedir. Temyiz Mahkemesinin 11 nisan 1860 tarihli kararı sarıhtir (Sirey, 1860. I. 316). Alman Medenî Kanunu ise sarıhtir: B. G. B. m. 181.

2) C. O. m. 39, 403 — B. K. mız ile mukayese için Türk Ticaret Kanunu madde 92, 841 e bak!

3) A. T. F. 58, II, 429. — J. d. T. 1933 sah. 345.

ki değildir. Bu müsavatsızlık bir çok müteahhitlerin itirazlarına yol açmış ve şartnameye muayyen günden evvel vaki olacak teslimler için hiç bir primin vadedilmemiş olmasına rağmen geçiken günler için müteahhit tarafından verilmesi icap eden tazminata dair bir hüküm vazedilmesinin ne dereceye kadar doğru ve muteber olacağı şüphelerini davet etmiştir.

Filhakika tazminatı telâfi edebilecek bir primin bulunmaması adalete aykırı görünebilir ve bazı hallerde nisfet te bir mükâfatın itası lüzumunu emredebilir. Bu husus bilhassa iş sahibinin vakit kaybetmemekte ne kadar menfaati varsa vakit kazanmakta da o kadar menfaati olduğu haller de variddir.

Fakat hukukan prim ile tazminat arasında esaslı bir fark vardır. İş sahibi müteahhide tevdi etmiş olduğu işin muayyen müddetten evvel bitmesinde hususi bir menfaati olduğu zaman (ki bu menfaat her zaman mevcut değildir), müteahhidin gayretini tahrik için vadedmiş olduğu prim bir hibe vadidir. Kanun bu vadi hiç bir suretle tahdit etmemektedir. İş sahibi kendi menfaatine uygun olan herhangi bir borç altına serbestçe girebilir. Tazminat ise bilâkis akdi bir ceza veya bir cezai şarttır; bu ise kanunî bir müessese olup Borçlar Kanununun 158 ve müteakip maddelerile <sup>1)</sup> tayin edilmiştir, ve gayesi de umumiyet itibarile natamam icra edilen akitlere bir müeyyide teşkil etmektir. Buradaki mes'elede, ahval ve şeraite göre bir veya diğer taraf lehine oynayan terdidî (alternatif) bir hüküm mevzuu bahsolmayıp, belki de birbirinden müstakil ve muhtelif iki madde mevzuubahistir. Taraflar bu hükümlerin bir veya diğerini veya her ikisini kabul etmekte serbesttirler.

Bu şart ve buna tekabül eden prim şartının mevcut olmaması, prensip itibarile ve kanun nazarında (B. K. m. 20) ne gayri ahlâkî ve ne de «gayri muhik» dir <sup>2)</sup>. Binaenaleyh böyle bir şart ne batıl ve ne de kabili iptaldir, yani ne mutlak ve ne de nisbî batlan ile batıldır, çünkü müteahhit bu şartı kabul ettiği müddetce mezkûr şart sahih ve muteber olur. Filhakika

1) C. O. m. 160 ve mü.

2) Fransız hukuku için bak! Demogue, Obligations, cilt IV. No. 446.



burada mevzuu bahsolan **akdi bir cezadır**. (peine conventionnelle), ve bunun sıhhati de tarafların rızalarına bağlıdır.

Esas itibarile muteber olan cezai şart müteahhidin mes'uliyetini genişleten bir müessesedir. Ve bu tazminat, ifadaki teahhurun yerine kaim olmayıp ifaya inzınam ettiğinden, müteahhit için gayet ağır olabilir. Şu halde Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin 2 inci fıkrası kabili tatbiktir; bu maddeye göre «aktin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı (yani mes'elemizde iş sahibi) hem akdin icrasını hem meşrut olan cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyen elemeksizin edayı kabul eylemiş olsun.»

Binaenaleyh, hâkim Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin son fıkrasının 1) emrettiği veçhile (fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef» olup, şayet lüzum olursa bu hakkını müteahhit lehine olarak serbest bir şekilde kullanacaktır. Kaidelî umumiye olarak bu cezalar ne hakka mugayir, ne de ah-lâka aykırı olmadıklarından hâkim onları iptal edemeyip ancak adalete uygun nisbete indirebilmektedir.

Hâkim, serbest takdirine dayanarak uyuşulan cezanın fahiş olup olmadığını müşahede eder. (13 Haziran 1914 tarihli Blum c/ Weil kararı). 2) Eğer fahiş olduğuna hükmederse, cezayı tenkis etmek **mecburiyetindedir**.

Bu tenkise tesir eden **âmiller** nelerdir?

Hususi ahval ve şeraitin takdiri hususunda en mükemmel bir saha olan bu mevzuda mutlak kıstaslar mevcut olamaz. Hâkim, adalet ve nısfet hissine göre, müddeialeyhın uyuşulmuş olan cezanın tamamına mahkûm olmasını hak ve adalete aykırı görürse bilûmum hâdisat, ahval ve şeraiti nazarı itibare alabilir (M. K. m. 4).

Maamafih Federal Mahkemesi içtihadının heyeti mecmuasından bazı kıstaslar istihraç olunabilir. 3)

Tenkis hakkının istisnai vasfı Federal Mahkemesi tarafın-

1) C. O. m. 160 son fıkra.

2) A. T. F., 40, II, 476.

3) J. d. T. 1933. sah. 66.

dan mükerreren beyan edilmiştir. Her şeyden evvel mühim olan, tarafların akit ve kabul ettikleri mukavelelerdir. (9 Birinci Teşrin 1913 tarihli *Wüst c/ Genossenschaft Zürcherischer Ziegeleibesitzer* kararı). 1)

Tenkise dair birinci ve esaslı kıstas, cezai şart ile himaye edilmek istenilen menfaattir. **Alacaklının mukavelenin ifasından beklediği menfaat** ile cezai şart arasında bir nisbetsizlik var midir? 2)

Menfaatin derecesi filî bir mes'eledir, yani her hâdiseye göre değişen bir keyfiyettir. Her meşru menfaat, maddî veya manevî olsun, nazarı itibare alınır. Meselâ bir bey' mevzuu bahsolunca, bayiinin istihsal edeceği kâr mühim bir rol oynadığı gibi, bizatihi satış fiatı da bir rol oynar 3). **Blum** davasında bir hazır elbise ticarethanesi 150.000 franga satılmış ve rekabet memnuiyeti şartile 50.000 franklık cezai bir şart ta koşulmuş idi. Müddeialehyin hile ile hareket etmiş olmasına, her iki tarafın ticaret hayatına mükemmelen vâkîf bulunmasına ve binaenaleyh müddeialehyin böyle bir rakabet memnuiyeti şartını kabul etmekle ne gibi bir borç altına girdiğini temyiz ve tefrik etmeğe muktedir olmasına rağmen, cezai şart 5000 franga tenzil edilmiştir.

Mütemmim olmasına rağmen ehemmiyeti de az olmıyan ikinci bir âmîl, akdin ademi ifasile **alacaklının** (müddeinin) maruz kaldığı az veya çok zarardır. 16 Haziran 1905 tarihinde rüyet edilen **Trüb contre Bürgi** davasında Federal Mahkemesi şu mütaleayı beyan eylemişti:

«Cezai şart hususunda alacaklının hiç bir zarara düşer olmamasına rağmen müddeialehyin cezaya mahkûm olması, yani cezanın borçluya tahmilini talep etmek için alacaklı maruz kaldığı zararın hakikatini ve miktarını isbat etmek mecburiyetinde olmaması varit ise de, buna rağmen alacaklının hiç bir zarara düşer olmadığı veya düşer olduğu zararın akdi tazminat miktarından pek dün olduğunun borçlu tarafından isbatı büyük bir ehemmiyet arzedebilir.»

1) A. T. F. 39, II, 585 — J. d. T. 1915 sah. 34 ve mü.

2) A. T. F. 39, II, 258 ve 585. — 40, II, 477. — 41, II, 141. — 42, II, 511. J. d. T. 1915 sah. 34 ve 450.

3) A. T. F. 40, II, 478.



7 Nisan 1911 tarihli (Walb c/ Emerich) diğer bir karara göre de: «... Akdî cezanın miktarı hakiki zararın miktarından pek fazla olması keyfiyeti, tenkis mes'elesinin halli hususunda kat'i bir rol oynamaz. Burada ehemmiyeti red ve inkâr olunamayan mes'elenin unsurlarından biri mevcuttur, fakat cezaî şartın muhafazası lehinde diğer başka mühim unsurlar mevcut olunca bu birinci unsur arka safa geçmelidir, çünkü cezaî şartın tenkisi istisnai bir şekil olarak kalmalıdır.» 5 Şubat 1910 tarihli S. A. Photos c/ Schmiess kararı aynı yoldadır. 1)

Üçüncü bir kıstas borçlunun kusurunda ve kusurunun ağırlığında mevcuttur. Borçlunun kusurunun ağır olmaması ve evleviyetle hiç kusuru bulunmaması cezanın tenkisini terviç edebilir. Mahkeme kararlarına göre bu unsurun büyük bir ehemmiyet kesbettiği görülüyor. Hattâ bir çok davalarda Federal Mahkemesi bunu «en mühim unsurlardan biri olarak» kabul ve telâkki etmektedir. Fakat, umumî kaide olarak alacaklının «mukavelenin ifasındaki menfaati» unsuru, «kusur» unsurundan daha mühimdir.

Nihayet, her iki tarafın iktisadî vaziyeti, ve bilhassa borçlununki gözönünde bulundurulan unsurlardan biridir. 2).

\* \* \*

X. HİLE İLE KANUNUN BERTARAF EDİLİŞİ. (Fraus legis = Hilei şeriye) 3).

Kanunun âmîr bir hükmünü bertaraf etmek için yapılan herhangi bir hukukî tasarruf batıldır. (10 Mayıs 1932 tarihli Société Française des cuirs Alpina S. A. c/ Chapelle kararı). 4)

Fraus legis hakkında A. Von Tuhr 5) şunu yazıyor: «Vazif

1) J. d. T. 1911, sah. 2.

2) Bu mes'eleser hakkında bak! A. Von Tuhr, Partie Générale du C. O., 2 inci tab'l, Fransızca, II. sah. 671 ve mü.

3) Terceme ettiğimiz makalede, İsviçre ile Fransa arasında münakit 15 Haziran 1869 tarihli salâhiyeti Adliye mukavelesinin 1 inci maddesini alâkadar eden bir mes'ele mevzubahs edildiğinden ve hukukumuz için enteresan olmadığı kansatında bulunduğumuzdan bunu terceme etmedik. Ancak umumî ve mücerred mahiyette olan kısmı terceme etmeği faideli gördük.

4) A. T. F. 58, II, 162. — J. d. T. 1933 sah. 244.

5) A. von Tuhr, op cit, sah. 222.

kanun bir mukavelelenin batıl olduğunu bildirerek o mukavelelenin in'ikadını menettiği zaman, taraflar bazan kanunu bertaraf etmeğe teşebbüs ederler: Menedilmiş olan bir mukavele yerine sapa bir yoldan aynı neticeye varan bir mukavele aktederler. Bu gibi mukavelelerin sıhhatini takdir için, kanunî memnuiyetin, tefsir veya kıyas yolile, yapılan akte şümulü olup olmadığı araştırılmalıdır. Şayet memnuiyet taraflarca aranılan neticeye matuf ise, bu memnuiyet yalnız sarahaten menedilen akde değil, fakat bu aynı neticeye vardırıan bilümm vasitalara şamildir. Fakat, şayet memnuiyet yalnız derpiş edilen müşahhas hâdiseye müteveccih ise, kanun hile ile bertaraf edilmemiştir; memnuiyet yapılan tasarrufa şamil değildir; binaenaleyh bu tasarruf sahih ve muteberdir; tarafların kanunun âmir hükmünü bertaraf etmek kasd ve niyetinde oldukları veya bertaraf ettiklerini hissetmiş olmaları kat'iyen ehemmiyeti haiz değildir.

Daha 1906 senesinde E. Thilo 1) *Contra legem agere* ile *in fraudem legis agere* 2) arasında hiç bir fark olmadığını kaydediyordu. *Fraus legis* âmir bir kaidenin mevcudiyetini tazammun eder. Kanunî memnuiyetin tatbik sahası, bu memnuiyetin hukukî tasarrufların yalnız muayyen bir şekline veya bu tasarrufun muhtevasına, yani taraflarca aranılan neticeye müteveccih olmasına göre başkadır. Birinci halde (yani şekle ait olan memnuiyette) aynı neticeye götüren başka bir mukaveleyle başvurmak meşrudur: Meselâ bir arsayı satacak yerde (resmî şekle tâbi gayri menkul bey'i) bütün sermayesi bu arsa olan şirketin bütün hisse senetleri satılabilir (şekle tâbi olmıyan menkul bey'i) 3); ikinci halde ise (yani akdın muhtevasına, aranılan neticeye ait memnuiyet) herhangi bir hile batıldır. Federal Mahkemesi, yukarıda ismini kaydettiğimiz S. A. Alpina c/ Chapelle kararında bu fikri teyit eden bir mütalea beyan etmiştir 4).

\* \* \*

1) E. Thilo Réserve de propriété et vente à tempérament, sah. 142.

2) *Contra legem agere* = kanuna mugayir hareket etmek. — *In fraudem legis agere* = kanunu hile ile bertaraf etmek.

3) A. T. F. 45, II, 33.

4) Bak: A. T. F. 54, II, 440; J. d. T. 1929 sah. 270. — A. T. F. 56, II, 197 ve mü; J. d. T. 1931 sah. 599.



## XI. BORCUN NAKLİ - ALACAKLIYA KARŞI YENİ BORÇLUNUN DEFİLERİ (B. K. m 177 fık. 3) <sup>1)</sup>.

Yeni borçlu, eski borçlu ile alacaklı arasında mevcut olan ve borç naklinin kaynağı bulunan hukukî münasebetin doğurduğu defileri alacaklıya karşı kullanamaz. Fakat alacaklı yeni borçlu ile eski borçlu arasındaki mukavelenin *sıhhatini*, borç nakli mukavelesinin bir şartı olarak kabul etmiş ise hüküm başkadır. Fakat yeni borçlu alacaklının hilesini her zaman defî olarak dermeyan edebilir. (19 İkinci Kânun 1932 tarihli Gobat c/ Masse du Credit de Lausanne S. A. kararı). <sup>2)</sup>

\* \* \*

## XII. BEY'.

1°) Borçlunun temerrüdü. — Hakkın tesbiti için dava ikamesi. — Mes'elenin esasını rüyet. — Faizlerin faizi. — Bey' aktinin her iki tarafa tahmil ettiği veciblerin ifasını emreden bir karar mevcuttur <sup>3)</sup>; müşteri mebiin teslimi için bayie bir mehil veriyor; bu müddet zarfında teslim vaki olmuyor; müşteri bilâhare yapılan veya yapılacak olan teslimden imtina ediyor; bu vazgeçme muteberdir. (B. K. m. 74, 82, 104, 106). <sup>4)</sup>

Mukaveleyi «trait pour trait» ifa etmeğe, yani mebiin teslimine mukabil semeni tediyyeye mahkûm edilmiş olan müşteri, mahkeme kararla tesbit edilen mücerret bir vecibe <sup>5)</sup> borçlusu değildir. Binaenaleyh, Borçlar Kanununun borçlunun temerrüdü hakkındaki kaidelere dayanarak, bayiin mebiin teslim etmediği takdirde müşterinin semeni tediyyeden imtina edebileceği istihraç edilebilir.

Bir hakkın mevcudiyetini veya ademi mevcudiyetini tesbite

1) C. O. m. 179 fık. 3.

2) A. T. F. 1932, II, 18. — J. d. T. 1933 sah. 407.

3) Bu gibi ifalara «Exécution trait pour trait» denilir. Almancası «Erfüllung zug um zug» dur. Bakınız, B. G. B. m. 173 fık. 1, 320, 322. — Saleilles, Théorie de l'obligation No. 168 ve 171.

4) C. O. m. 74, 82, 105 ve 107.

5) Mükerrer borç (dette abstraite) için bak: Saleilles, Théorie de l'obligation sah. 275, 276, 282; A. Schwarz, Medenî Hukuk Dersleri, kısım 2, İstanbul 1935, sah. 143 ve mü.

medar olacak dava, Kanton Usulü Mahkemesine tâbidir, şu kadar ki Federal bir kanun bu davayı sarahaten veya delâleten kabul etmemiş ola.

Mukaveleyi «trait pour trait» ifa etmeğe mahkûm olan bayiin mütemerret vaziyetinde olduğunu ve müşterinin mukaveleyi bihakkin feshettiğini tesbit eden karar, esasa müteallik bir karardır.

İcra yolile veya dava ikamesile takip edilse bile geçiken faizlerin faizi talep edilemez. (15 Eylül 1932 tarihli **Eclairage Dufaux S. A. et Charles Dufaux c/ Sport S. A.** kararı). 1)

«Hakkın tesbitine müteallik dava» hakkında aşağıdaki yazılara müracaat. 2)

2°) Ayıpların bayi tarafından tekeffülü.— Zarar ve ziyan.— Müruru zaman.— Bir otomobil satışı; müşteri bey' aktinin feshi hakkında dava ikame ettikten sonra, bu davadan feragat ederek zarar ve ziyan davası ikame ediyor. (B. K. m. 96 ve mü., 205, 207) 3).

Meblin ayıplı olduğunu idia eden müşteri, semenin tenkisi davası veya *actio redhibitoria* (fesih davası) dan başka müstakil bir tazminat davası ikame edebilir.

Bu tazminat davası akitlerin ademi icrasına müteallik umumî kaidelere tâbidir.

Ayıplı bir şeyin teslimine müteallik tazminat davası, meblin ayıplı olması hasebile ikame edilen bir kefalet davasıdır 4).

Binaenaleyh bu dava bir senelik müruru zamanla sukut eder. (1 Haziran 1932 tarihli **Strohschneider c/ «Autag», Automobil - Handels A. G.** kararı). 5)

Bu karar ile Federal Mahkemesinin, kanunda mevcut olmayan bir müruru zaman müddeti tesis ettiğini kaydetmek icap eder. Bu suretle Federal Mahkemesi Medeni Kanununun 1 inci

1) A. T. F. 58, II, 411. — J. d. T. 1933 sah. 306.

2) J. d. T. 1930 sah. 189 in fine, 205, rem. ve 395. — J. d. T. 1931 sah. 39 ve 40.

3) C. O. m. 97 ve mü.; 208, 210.

4) Bak. B. K. m. 207 = C. O. m. 210.

5) A. T. F. 58, II, 207. — J. d. T. 1933 sah. 155.



maddesinin bahsettiği hakkı istimal etmiştir. Bu maddeye göre: «... Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan mes'eledede hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazîi kanun olsaydı bu mes'eleye dair nasıl bir kaide vazedecek idi ise ona göre hükmeder.»

Mahkemenin düşüncesine müessir olan esbabı mucibe şudur:

Aktin feshine veya semeni mebiin tenkisine dair davadan gayri, zarar ve ziyan tediyesine müteallik dava Borçlar Kanununun 207 inci maddesinin 1 inci fıkrasında kabul edilen manada bir teminat davasıdır. Müruru zaman hakkındaki hususat için doğrudan doğruya zarar (**dommage direct**) ile dolayısıyla zarar (**dommage indirect**) arasında bir fark gözetmek doğru olmaz ve bir senelik müruru zamanı 205 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki manada doğrudan doğruya zarar haline tatbik etmekte hiç şüphe ve tereddüt edilemez. Kanun, 205 inci maddenin 3 üncü fıkrasında bey' aktinin feshi hakkında tazminat davalarının umumî kaidelerini hatırlatmış olması ve semeni mebiin tenkisi hakkında ise hiç bir şey söylememiş olması asla ehemmiyeti haiz değildir. 205 inci maddenin 3 üncü fıkrasınca Borçlar Kanununun 96 inci maddesine yapılan atfın, bu kanunun tadili esnasında vukua gelen bir dikkatsizlik eseri olduğunu iddia edip tenkit edenler vardır <sup>1)</sup>; bu tamamile şekli ve hiç te lüzumu olmayan bir atftır. Filhakika tenkis davası ile fesih davası arasında yapılan tefrik müruru zaman hakkındaki hükümlerin başkalığını tazammun etmez. 207 inci maddenin birinci fıkrasındaki hususî hükmü doğrudan doğruya tatbik etmek icap eder. B. G. B. nin 477 ve H. G. B. nin 377 inci maddeleri hakkında da Alman doktrin ve içtihadı aynı mütaleada bulunmaktadır <sup>2)</sup>. Modern hukukî düşünüşe göre, alış verişin menfaati mülâhazasile ve fiili unsurların yok olmasına mâni olmak fikrile, ticarî muamelelerin süratle ikmal edilmesi icap ediyor; binaenaleyh kısa müruru zaman müddetleri derpiş etmek lâzımdır ve bu müddetler ayıplı teslimlerin bilûmum hu-

1) A. von Tuhr, Op. cit. sah. 370.

2) B. G. B. = Alman Medeni Kanunu. — H. G. B. = Alman Ticaret Kanunu. Staub, Commentaire du H. G. B., 12 ve 13 üncü tab'ı, cilt IV. No. 1133, ad. art. 377.

kuki neticesine tabik edilmelidir. Nihayet, meblin ayıplı olması neticesi olarak huusle gelen hakların, doğrudan doğruya bu ayıplara taallük eden hakların tâbi oldukları müruru zamandan daha uzun bir müruru zamana tâbi tutulması, mütenakıs bir vaziyetin husulüne sebebiyet vermiş olur.

3°) ..... 1).

\*\*\*

### XIII. GAYRI MENKUL BEY' - RESMÎ ŞEKİL - HİLE - HAKKIN SUIİSTİMALİ. (B. K. m. 4, 61, 213; M. K. m. 2). 2).

Bir bey' aynı zamanda menkul ve gayri menkullerden müteşekkil ve gayri kabili taksim bir kül teşkil ederse, bu kül resmi akit formalitesine tâbidir.

Resmî şekli mecbur kılmakla, vazii kanun düşüncesiz yapılan gayri menkul satışlarına mâni olmayı ve aktin tekemmülü anına kadar taraflara bundan vazgeçme fırsatını temin etmeyi istemiştir. Tarafların akitten vazgeçme haklarını mahfuz tutmamış olmaları veya tamamile enfüsi sebeplere kapılmış bulunmaları hiç haizi ehemmiyet değildir.

Şekil noksanından dolayı batıl olan bir aktin ademi ifası ne adâba mugayir bir tasarruf, ne de bir hakkın suiistimalidir; ancak kanunun emrettiği şekle bir tarafın ademi riayeti, diğer tarafın hilesi mahsulü ise hüküm bittabi başkadır.

Kanunî bir mükellefiyetin ademi mevcudiyetinin bilinme-

1) Burada, bey'akdine dair bir Devletler Hususi Hukuku ve Kantonlar arası hukukuna müteallik bir İsviçre içtihadı mevzuu bahsoldüğundan tercede etmedik. Ancak, alâkadar olan okuyucuların tetkikini kolaylaştırmak için bazı referanslar vermeği faydalı gördük.

13 Birincikânun 1932 tarihli Looser c/ Estermann et Colnaghi kararı; A. T. F. 58, II, 433. — J. d. T. 1933 sah. 420.

S. A. des Anciens Etablissements Guggenheim etc... kararı; J. d. T. 1930 sah. 380. — Rev. Trim. de Droit civil, 1930 sah. 1156.

Oser, Op. cit, 2 inci tab'ı sah. 52, no. 49 ve mü.

Thilo, Rev. Trim. de Droit civil, 1930 sah. 1158.

25 Eylül 1928 tarihli Lavallaz c/ Imboden kararı. A. T. F. 54, II, 364. — J. d. T. 1930 sah. 234. — Ayrıca bak: J. d. T. 1933 sah. 134 ve not 10; 1930 sah. 136 ve 253 in fine; 1933 sah. 486.

A. T. F. 55, II, 210 ve 344 ve mü; 58, II, 436; 59, II, 184.

2) C. O.m.: 4, 62, 216 ve C. C. S. m. 2/



sine ve peşinen yapılan edişin sıhhati evvelce kararlaştırılmış olan tasarrufun sıhhatine muallâk olduğuna vâkif bulunulmasına rağmen, müstakbel ve meşkûk bir borcun ifası zımında hüsnüniyet ile bir edişte bulunulabilir. (23 Mayıs 1933 tarihli *Ursenbaher c/ Dame Trüssel* kararı). 1)

\*\*\*

#### XIV. İSTİSNA AKTI. 2)

1°) **Müruru zaman.** Bir gayri menkul inşaatının kusurlu olması dolayısıyla iş sahibi, inşaatı teslimden beş sene sonra fakat on sene geçmezden evvel müteahhit aleyhine dava ikame eylemiştir. İş sahibi, müddeialeyh tarafından kendisinin kasden hataya düşürülmüş olduğunu isbat edeceğini teklif etmiş olmasına rağmen, *Bidayet Mahkemesi* bunu kabul etmiyerek dava hakkının müruru zaman ile sakıt olduğunu ileri sürmüş ve müddeinin talebini reddetmiştir. *Federal Mahkemesi* bu kararı bozarak on senelik müruru zamanın burada cari olduğunu kabul etmiştir (B. K. m. 125, 126, 133, 207, 215, 363; M. K. m. 2). 3)

Müteahhit (mühendis veya mimar) iş sahibini kasden aldatmış ise inşaatın kurulu olmasından mütevellit dava teslim gününden itibaren on senelik müruru zamana tâbidir.

Müruru zaman mahkemeye müracaatle katedilmiş olur, vevki müddel davayı takip etmiyerek dava sukut etmiş olsun. Fakat müracaatın mutlak batıl ile batıl olmaması esastır. (3 Mayıs 1932 tarihli *Rondi c/Rusconi et Sala* kararı). 4)

a) Bu kararın 3 numaralı esbabı mucibesi, sarahaten istisna edilmiş olan davalar hariç, diğer bilûmum davaların on senelik müruru amana tâbi olduğunu beyan ediyor. Kanaatimize göre bu mütalea pek mutlaktır. *Federal Mahkemesi* malikin *reivindicatio*'sunun (yani mülkiyetin iadesi davasının) asla müruru zamanla sakıt olmayacağını beyan etmiştir 5). Ve yeni bir kararla, müşterinin bey'aktini fesih davasıyla semeni me-

1) J. d. T. 1933 sah. 366.

2) Bak. Yukarıda, IX «Cezai şart» sah; 118.

3) C. O. m.: 127, 128, 135, 210, 219, 371; C. C. S. m. 2.

4) A. T. F. 58, II, 140. — J. d. T. 1933 sah. 162.

5) A. T. F., 48, II, 38. — J. d. T. 1922 sah. 354. — Bak. *Von Tubr.* op. cit. sah. 604 ve 736.

bin tenkis davası hakkından gayri, umumî tazminat davası için bir senelik bir mürürü zaman müddeti tesis etmiştir.

b) Aynı 3 numaralı esbabı mucibe, 207 inci maddenin menkullere ve 215 inci maddenin gayri menkullere tatbik edileceğini söylüyor. Bu mütalea kısmen doğru, fakat kısmen yanlıştır. 215 inci maddenin 3 üncü fıkrası ancak «bina» 1) ları kasetmektedir; 207 inci madde menkullere ve binalardan maada diğer gayri menkullere tatbik olunur. Esasen 217 inci madde bu hususu tanzim eylemektedir: Menkul bey'ine müteallik hükümler, kıyas tarikile gayri menkul bey'ine de tatbik olunur.» 2) 215 inci maddenin 3 üncü fıkrası, 363 üncü maddenin 2 inci fıkrasına hâkim olan aynı kanunî düşünceye (ratio legis) e müstenittir, şu farkla ki 215 inci maddenin şumulüne yalnız yeni binalar değil, fakat aynı zamanda eski binalar da dahildir 3). Oser'e göre 215 inci maddenin 3 üncü fıkrası 58 inci maddenin şumulü dahilinde bulunan «imal olunan herhangi bir şey» 4) kadar geniş değildir.

2°) Tahmin olunamayan hallerin hudusu hasebile götürü fiatın arttırılması. Müteahhide tahmil edilen iş, bir gölün dibinden istihraç edilecek malzeme ile bir arsanın doldurulmasıdır; fakat istihraç edilecek malzemenin mahiyeti basit bir şekilde bildirilmiştir; istihraç edilen malzeme başka bir mahiyet arz ediyor; müteahhit fiatın arttırılması hususunda mahkemeye müracaat ediyorsa da talebi reddediliyor. (B. K. m. 365; fik. 2). 5)

Vazî kanun, fevkalâde sebeplerle işin icrasının son derece müşkülât arzetmesi ve bu müşkülâtın taraflarca kabul edilen esbap haricinde bulunması halinde, müteahhide mukarrer bedelin tezyidini talep etmek hakkını istisna akitlerine hasretmiş ve bunun ancak bir ehli vukuf raporuna istinaden yapılabileceğini şart kılmıştır (Meselâ, bu rapor toprağın mahiyetine dair olabilir.)

Tahmin olunamayan haller mühim ve fevkalâde haller ol-

1) Fransızca «Bâtiments», Almanca «Gebäude», İtalyanca «Fabbricati».

2) C. O. m. 221.

3) Oser Op. cit, 2 inci tab'ı, rem. ad. art. 319.

Rosset, Mamuel, III, sah, 273.

4) Fransızca metni «les autres ouvrages» yani «diğer inşaat» der.

5) C. O. m. 373 fik. 2.



malıdır; fiili haller ile taraflarca derpiş edilen haller arasında alelâde bir fark, fiatın arttırılmasına kâfi bir sebep teşkil etmez. (11 Birinci Teş. 1932 tarihli **Frutiger et Lanzrein c/ Aktiengesellschaft für Dornier Flugzeuge** kararı 1).

\* \* \*

#### XV. VEKÂLET - ÖLÜM SEBEBİLE HİBE.

Bir bankada âriyet olarak bırakılmış kıymetli evrakı geri almak salâhiyetini natık bir vekâletname tanzim ediliyor; bu kıymetli evrak bankadan alınarak başka bir yere üçüncü bir şahıs namına teslim ediliyor. Vekil, kıymetli evrak sahibinin ağır hasta olduğu bir zamanda mezkûr evrakı bu üçüncü şahsa hibe etmek arzusunu izhar ettiğini ileri sürüyor; müekkilin mirascıları vekile karşı bir zarar ve ziyan davası ikame ediyorlar ve talepleri mahkemece kabul ediliyor. (B. K. m. 240). 2)

Müekkilin bankaya tevdi etmiş olduğu kıymetli evrakı geri alma salâhiyetini natık vekâletname veya temsil senedi, vekile müekkilin hayatta olduğu müddetce bu evrak üzerinde tasarrufatta bulunmasını ve ezcümle üçüncü bir şahsa vermesini tazammun etmez; müekkil bu yolda bir beyanda bulunmuş olsa bile bu husus isbat edilmedikce hüküm böyledir. Yeter ki kanaatbahş bir çok hâdiselerden müekkilin ancak vefatından sonra mezkûr kıymetli evrakı üçüncü şahsa hibe etmek arzusunda bulunduğu istihraç edilsin; bu gibi hibelerin ise ölüme bağlı tasarruflara müteâllik ahkâmın derpiş ettiği şekilde yapılması icab eder (3 İkinci Teş. 1932 tarihli **Kubny c/ Häseler** kararı.) 3)

\*\*\*

#### XVI. KEFALET.

İzin olmaksızın evli bir kadın tarafından imza edilen bir kefaletname batıldır; bu suretle müşterek kefiller de tehallüs etmiş bulunur. (M. K. m. 2, 169 fık. 3; B. K. m. 23, 25, 488 fık. 3). 4)

1) A. T. F. 53, II, 421. — J. d. T. 1933 sah. 299.

2) C. O. m. 245.

3) A. T. F. 58, II, 423. — J. d. T. 1933 sah. 340.

4) C. C. S. m. 2,177 fık. 3; C. O. m. 23, 25, 497 fık. 3.

a) Karının kefalete müteallik tasarruflarının sıhhat şartlarından biri vesayet mercii tarafından verilen izindir. 1)

Binaenaleyh vesayet mercii tarafından izin verilmeksizin yapılan kefalet aktı yalnız kabili iptal değil, fakat mutlak butlan ile batıldır.

Bu butlan menfaati bulunan herhangi bir kimse tarafından dermeyan edilebilir.

b) Diğer alacaklılar tarafından anlaşılabilir bir şekilde, aynı borç için başkalarının da kendisile beraber kefil olmalarını şart koşan bir kimse, mezkûr şartın tahakkuk etmemesile mesuliyetten kurtulur. 2)

Bu kurtulma küllidir, yani müşterek kefiller kefaleti kabul etmiş olsalardı, birinci kefilin hissesine düşecek olan hisseden bile bu kefil mes'ul olmaz.

Müşterek kefillerin kefaleti kabul etmemeleri hali ile, batıl bir müşterek kefaleti bir tutmak ve aynı hükümlere tâbi kılmak icap eder.

488 inci maddenin 3 üncü fıkrası Borçlar Kanununun 23 üncü maddesile (esaslı hata) kombine edilemez; bu madde müşterek kefilin muteber bir şekilde kefaleti kabul etmemesi halinin neticelerini tam bir surette tanzim eden hususi bir hükümdür. (31 İkinci Kânun 1933 tarihli **Banque populaire Suisse c/ Cloetta et hoirs Romedi** kararı.) 3)

Bu kararın bazı esbabı mucibesini burada kaydetmeyi faydalı buluyoruz. 488 inci maddenin 3 üncü fıkrasının tatbik edilebilmesi için, gayri muteber bir kefaletin, yani hukukan gayri

1) İsviçrede olduğu gibi bizde bir vesayet mercii (autorité tutelaire) mevcut değildir; bu makama ait işlerin tedviri M. K. muzca Sulh hakimlerine tevdi edilmiştir.

2) Kanunumuzun metni şu mealdedir: «Kefaletin aynı deyne diğer kimselerin de kefalet etmesi şartı ile vaki olduğuna alacaklının yokluğu bulunduğunu kabule mahal olan ahvalde bu şart tahakkuk etmez ise, kefil mes'uliyetten kurtulur.» (E. K. m. 488, fık. 3.).

3) A. T. F. 59, II, 28. — J. d. T. 1933 sah. 450.



mevcut olan bir kefaletin hiç teşekkül etmemiş bir kefalet ile bir tutulması icap eder. 1)

14 Temmuz 1914 tarihli **Wilmann c/ Felder** davası kararına göre 2), karının kocanın nef'ine olarak tahammül ettiği borç, vesayet mercii (sulh hâkimi) tarafından tasdik edilmedikçe yalnız kabili iptal değil, fakat mutlak butlan ile batıldır. 3). Ve malumdur ki bu gibi butlanlar yalnız âkit taraflarca değil, fakat menfaati olan herhangi bir şahıs tarafından dermeyeran olunabilir 4). Hattâ batıl bir muamelenin ifası butlana nihayet vermez; ifa ile batıl bir muameleye icazet vermek isteyen taraflar yeni bir mukavele akdetmek mecburiyetindedirler 5). Rızai akitlerde ifa, yeni bir mukavelenin aktedilmesi yolunda olabilir. Fakat burada mevzuu bahsolan akit tahriri şekle tâbi bir akittir (B. K. m. 484 = C. O. m. 493). 6)

\* \* \*

#### XVII. KUMAR DEF'İ - BORSA OYUNLARI. (B. K. m. 504) 7)

Şimali Amerikada teslim edilmek üzere İsviçrede borsa fiyatı üzerinden bir miktar hububat mükerreren alınıp satılıyor; âkitlerden birisi diğerinden bakiye hesabı talep ediyorsa da kendisine kumar def'i dermeyeran ediliyor. Mahkeme bu def'i varit görüyor. (B. K. m. 504)

1) A. T. F. 21 sah. 802 ve mü. — Oser, Op. cit. 1 inci tab' sah. 867 ve mü. Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, sah. 45, n. 6.

Weiss, Entscheidungen, 5867 No. altında kaydedilen Kanton mahkemesi kararı.

2) A. T. F. 40, II, 318 ve mü.

3) Gmür, Kommentar No. 26 a ad. art. 177 C. C. — Profesör A. Samim de aynı mütalecadır: «... tasdikten evvel muamelenin netayici kanuniyesi yoktur» diyor. (Hukuku Medeniye, İstanbul 1926, sah. 337).

4) Von Tuhr, Op. cit. 2 inci tab'ı, I, 201.

5) Von Tuhr Op. cit. 203, 204.

6) Müellif mevzuu bahsımız olan maddenin İsviçre eski Borçlar Kanunundaki vaziyetini, Federal Mahkemesinin o zamanki içtihadını (A. T. F. 21, sah. 794 ve mü; 22 sah. 105; 23 sah. 757), kanunun tadili mevzuu bahs olduğu zaman eksperler komisyonunda Jaeger in yapmış olduğu teklifi ve muhalif reyde bulunarak fikrini kabul ettiren ve maddemizi teşkil eder M. Bühlmann ın mütaleasını ve Mecliste bu fikri müdafaa eden Profesör M. Hoffmann ın nokta nazarını inceliyor. Bu tetkikin İsviçre hukuku için ehemmiyeti var ise de, bizim için enteresan olmadığını düşündüğümüzden tercememize bu kısmı ithal etmedik. (Bak. Rev. Trim. de D. C. 1933 sah. 1300).

7) C. O. m. 513.

Kumar def'i, adâp ve intizamı umumiye menfaati mülâhazasıle vazedilen bir kaidedir; binaenaleyh bir ecnebi hukukuna tâbi hukuki bir münasebete karşı dahi dermeyan edilebilir.

Tarafların mutabık rızalarına göre (bu rızalar sarih veya zımnî olabilir) satılan ve satın alınan mebiin bilfiil ve hakiki olarak teslim ve tesellüm borcu bertaraf edilmiş olursa, burada hiç bir dava hakkı tevlit etmiyen bir borsa oyunu mevcut olur; böyle bir halde aktin yegâne mevzuu fiat farklarıdır.

Bir mukavelenin spekülâtif mahiyeti, o mukaveleye bir borsa oyunu karakterini vermeğe kâfi değildir.

Bilmukabele, bir borç hakiki bir şekilde ifa edilmeksizin taraflardan birinin bir «bakiye matlûp» talep etmesi keyfiyeti bir borsa oyununun mevcut olduğuna karine teşkil eder.

Kezalik, âkitlerden birisinin müteaddit mukaveleler akte-derek borsa fiatlarının yükseliş ve alçalışlarıyla speküle etmesi keyfiyeti de, bir borsa oyununun mevcudiyetine dair bir işa-rettir. (2 Mart 1932 tarihli **Ruson c/ Küng** kararı). 1)

\* \* \*

## II. AYNİ HAKLAR

### I— HUSUSİ MÜLKİYETİN TEMİNATI. ÂMME HUKUKU TAHDİTLERİ.

Bir müellifin kabri üzerine Devlet bir şirkete bir imtiyaz vermiştir; bilâhare şirket üçüncü bir şahıs ile anlaşarak o mahallin imtiyazını ona devir ve kabrin yerinin değiştirilmesini kabul ediyor. Fakat Devlet Şûrası kabrin yerinin değiştirilmesini meneden bir karar vermiştir. Mahkeme Medeni Kanununun 6 ve 702 maddelerile 2) Federal Teşkilât Ka-

1) A. T. F. 58, II, 47. — J. d. T. 1933 sah. 71.

2) C. C. S. in 6 inci maddesi kanunumuza ithal edilmemiştir. Mezkûr şu mealdedir:

«Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de Droit Public.

«Les cantons peuvent dans les limites de leurs souveraineté restreindre ou prohiber le commerce de certaines choses ou frapper de nullité les opérations qui s'y rapportent.»

Yine kanunumuza ithal edilmemiş olan 702 inci madde şu metindedir:

«Est réservé le droit de la confédération, des cantons et des communes d'apporter dans l'intérêt public d'autres restrictions à la propriété foncière, notamment en ce qui concerne la police sanitaire, la police des constructions,



nununun 4 üncü maddesini tatbik ederek şu kaideleri vazetmiştir:

Bir âmme hukuku korporasyonu tarafından bir taraflı bir akit ile bir kabir üzerine bahşedilmiş olan imtiyaz, mülkiyetin teminatına müteallik hükümler ile himaye edilir.

Mülkiyetin teminatı ve müktesep haklar ancak aşağıdaki hallerde idarenin bir fiili ile muhtel olur: Bu fiil kanuni bir temele istinat etmiyorsa, veya istinat ettiği kanuni hüküm idare tarafından keyfi bir şekilde tefsir edilmiş ise, veya bizzat kanuni hüküm, tefsir edildiği şekilde, âmme hukuku bakımından davaya mevzu olabilir ise.

Arsiulusal şöhrete sahip bir müellifin kabri «tarihi bir eser» olarak telâkki edilebilir ve bu itibarla hiç bir değişikliğe mahal vermeksizin tarih ve edebiyat menfaati mülâhazasıyla muhafaza edilmelidir. (27 Haziran 1931 tarihli Scherer c/ Conseil d'Etat de Soleure kararı). 1)

\* \* \*

## II. KOMŞULUK MÜNASEBETLERİ. (M. K. m. 656, 661) 2)

Ecnebi seyyahlar tarafından pek çok rağbet gören bir otel sahibi, komşu otellerde çalınan orkestre ve gramofon seslerinin müşterilerini taciz ettiğinden şikâyette bulunuyor; fakat müddeialehy, komşularının bu gibi zararları tahammül edebilecek bir hale getiren tedbirleri almış olduğunu ileri sürerek bu bap-taki kanuni hükme dayanıyor ve bunu tahallüs def'i olarak kullanıyor. Maahaza hâkim diğer mütemmim tedbirlerin alınmasını emrediyor.

Ecnebi seyyahlarının bulunduğu bir mahalde otel, lokanta, pastahane ve buna mümasil müesseselerin misafirlerini veya müstehliklerini konser veya dans musikisi ile eğlendirmekten sarfınazar etmeleri talep edilemez. Buna mukabil, hâkim ma-

---

du feu, des fôrets et des routes, les chemins de hallage, de bornages et des signaux trigonometriques, les ameliorations du sol, le morcellement des fonds, les réunions parcellaires de fonds ruraux ou de terrains à bâtir, les mesures destinées à la conservation des antiquités et des curiosités naturelles ou la protection des cites et des sources d'eaux minérales.»

1) A. T. F. 57, I. 207. — J. d. T. 1932 sah. 550.

2) C. C. S. m.; 679 ve 684.

halli vaziyeti gözönünde bulundurarak, fazla masrafa yol açmadan gürültünün komşular arasında hoş görünebilecek dereceyi temin etmeğe yarayan blümum tedbirlerin alınmasını emredebilir.

Bir gayri menkulün istimalinde vukubulan taşkınlıklara karşı dava ve itiraz hakkı yalnız komşu gayri menkulün malikine değil, aynı zamanda mülkiyetten gayri bir aynı hak veya şahsî bir hakka (icar, intifa hakkı gibi) müsteniden o gayri menkulden istifade eden kimseye de aittir. (24 Şubat 1932 tarihli **Dame Amstad c/ Matter et consorts** kararı). 1)

Çeviren :

**Ferit H. Saymen**

Üniversite Medeni Hukuk Asistanı

Yazan :

**Dr. Emile Thilo**

Lozan Fédéral Mahkemesi Greffe

1) A. T. F. 59, II, 132. — J. d. T. 1933 sah. 518.

Komşuluk münasebetleri hakkında ayrıca bakınız:

**Thilo**, Exp. syst. de la Jurisp. du Trib. Féd., art. 679 - 684 du C. C. S. J. d. T. 1929 sah. 2 ve mü.

A. T. F. 58, II, 116. — J. d. T. 1933 sah. 80.