

İsviçre Mahkeme içtihatları

1

İSVİÇRE FEDERASYON MAHKEMESİ

(1^{ci} Hukuk Dairesi)

12 şubat 1929 celsesi

Reisi: M. Oser

Portmann — Hofstetter vesaire davası

HAKSIZ FİİLLERDEN MÜNBAİS MES'ULİYET, ŞAHSİ MENFAATLARA TECAVÜZ.

Muhtelif şahıslar tarafından dağıtılan imzasız ve hakaret-amiz bir hicviye .— Hakarete maruz olan kimse tarafından hicviyeyi elden ele gezdiren şahıslar aleyhine açılan zararuziyan ve manevi tazminat davası .— Gerek Kanton ve gerekse Federasyon Mahkemeleri tarafından davanın reddi.

İKM. m. 28; İBK. m. 42,49, 53; 1. Teşk. Mahak. K. m. 81, 224
TKM. m. 24; TBK. m. 42, 49, 53

1 .— *Bir fiilin haksız olup olmadığını tetkik etmek mevkiinde bulunan hukuk hâkimi, ceza hâkiminin takdiri ile mukayyet değildir.*

2 .— *Veleo bunu yapan şahsan tasvip ve illihak etmemiş olsa bile, halk arasında veya hususî bir meclis ve muhitte hakareti tazammun eder sözler işaası, binefsihi bu hadise, şahsî menfaatlara tecavüz teşkil eder; elverir ki tecavüzün faili yaydığı sözlerin seciye ve mahiyetini bilmiş olsun.*

3 .— *Şahsî menfaatlerin haleldar olması sebebiyle zararuziyan hükmolunabilmek için, haddizatında mezmum olan muamelenin, takdiri kabil maddî bir zarar husule getirmiş olması lâzımdır.*

Vakıaların hulâsası:

Müddei Portmann Entlebuch kooperatif ziraat şirketinin şeriklerindedir; kendisi bu şirketin müessislerinden olup bilâhara uzun seneler reislikte bulunmuştur. Bu şirketin azası ve hesapları tetkik komisyonunun reisi sıfatıyla, birçok defalar gerek komite ve gerekse kasadar ile ihtilâf halinde bulunmuştur. Kendisi 17 kânunusani 1926 tarihinde toplanan heyeti umumiye içtimaî münasebetiyle, işlerin görümünü ve hesapları tenkit etmiş; bilâhara, Lucerne Kantonu ziraat şirketinin organı, naşiri efkârı olan "Landwirt," gazetesine yazdığı bir yazı ile (ücret, idare masrafları, banka hesapları, alacakları) vesaireye müteallik olup tenkit edilmiş bulunan senelik hesapların vaziyetini zikrederek mezkûr heyeti umumiye toplanmasına dair bir icmal neşretmiştir. Bu yazı, "Landwirt," gazetesinde şiddetli bir kalem mücadelesinin başlamasına sebep olmuştur. Müddei, cevaplardan birinde kendisine "hoyrat," (houspilleur) dendiğini gördü; mezkûr cevabî makale "bazı kimseleri bundan istifade ettirmek ve bulamk suda balık avlamak için," itimatsızlık tohumu saçmaya salih bir mahiyettedir. Müddei, şirketin hesapları hakkında bazı tafsilât vermek ve komitede şirketin menfatleri zararına olarak aile münasebetlerinin racih bir rol oynamakta olduğunu beyan etmek suretiyle cevap verdiğiinden, Komite, müddeiyi kelime ve rakamlarla istediği gibi oynamakla muatebe ederek mukabelede bulundu.

Az zaman sonra, Entlebuch'te manzum bir hicviye çıktı; makine ile yazılmış ve "halkın sesi," serlevhasını taşımakta idi. İçindeki yazılar da kanton Mahkemesinin takdirine göre, olup bitenlere vâkıf olan karilerin zihinlerinde müddeiden başkasını istihdaf edemezdi. Bu manzumede birçok şeyler arasında kendisine çok para ile seciyevî kusurlarını örtmek, herkesi tenkit etmek, kendini beğenmiş ve farfara olmak isnat olunuyor, ve şöyle de bir vaka zikrolunuyordu: Birçok sene evvel Entlebuch Bidayet Mahkemesi huzurunda görülmekte olan bir davada, herkese "gayritabiî ve anormal," görünen bir yeminli

beyanda bulunmuş; ve bunun neticelerinden ancak avukatının işi maharetle örtbas etmesi ve bir dostunun onu bu müşkül vaziyetten çekip kurtarmak üzere vermiş olup elhaletihazihi hâlâ da ödenmemiş olan 300 fr. sayesinde yakayı sıyıрмаğa muvaffak olmuştur.

1926 teşrinisani iptidalarında, müddei, hicviyeyi yazıp dağıttıkları mefruz dört müddeaaaleyh aleyhine Entlebuch Bidayet Mahkemesinde bir dava açtı. Beşinci bir müddeaaaleyh olan Jos. Renggli, muhakemenin cereyanı esnasında davadan çıkarılmıştır. Müddei, bu şahısların hakaret namus ve itibara tecavüz maddesinden mahûmiyetlerini, zararuziyan ve manevî tazminat olarak ta 5000 franğın müteselsilen hüküm altına alınmasını, ve ayrıca bubaptaki hükmün müteaddit gazetelerde neşrine karar verilmesini talep etmiştir. Mumaileyh müddeasına delil olmak üzere aşağıdaki vakıaları dermeyan etmektedir:

a) Birinci müddeaaaleyh olan Anton Hofstetter kooperatif şirketinde cereyan eden hadiselerden ve "Landwirt," gazetesinde makalelerin intişarından pek az bir müddet sonra bir gün eniştesi J. Ackermann ile aralarında bu makalelerin münakaşası esnasında şöyle birtakım beyanlarda bulunarak, iddiaya nazaran, ezcümle: yakında öyle şeylerin vukuu umulur ki bunlara artık "yağlı kuyruk," değil belki "at hırsızlığı," demek seza olacak demıştır. Ve gene iddia olunduğuna göre A. Hofstetter hicviyeyi oğlu ile Ackermann'a da göndermiştir.

b) Diğer tartaftan müddeaaaleyhlerden Fridolin Hofstetter, aynı güdlerde, "Meienrisli," kahvesindeki bir toplanma sırasında hicviyeyi dağıtmış, ve 500 frank için başına böyle şey gelmesini arzu etmiyeceğini ilâve etmiştir.

c) Müddei aleyhindeki tahrikâtın merkezi olan Gerbe'de mukim Fritz Vogel hicviyeyi Entlebuch'ta oturan Franz Brun namında bir şahsa ve o da bunu Herman Schnyder isminde bir hizmetçiye vermiştir.

d) Anton Stadelmann da hicviyenin suretlerini Littau'daki Franz Lötscher'e, ve Entlebuch'taki Joseph Wigger'e vermiş ve hatta bu iki zat bunu derhal müddeiye haber vermişlerdir.

Müddeaaleyhler, kendilerinin mezkûr hicviyeyi yazan ve dağıtanlar oldukları hakkındaki iddiayı asla kabul etmeyerek davanın reddini talep ettiler. Bunlar şayet kimin eseri olduğu belli olmayan bu varakpareleri tesadüfen akraba ve dostlara vemişlerse bunu içindeki sözler hakkında mütalea beyan etmeden ve hiçbir ızzar kasti olmaksızın yapmış olduklarını söylemişlerdir. Müddeaaleyhlerin hiçbiri kooperatif ziraat şirketine dahil değildi ve arada cereyan eden hadiselerde herhangi bir alâka ve menfaatleri yoktu. Bundan başka, üstelik, müddei bir zarar ispat edememiş olduğu gibi BK. m. 49 manasında bir manevî tazminat şartları da tahakkuk etmiş değildir.

İki kanton mahkemesi, Lucerne Yüksek Kanton Mahkemesi 21 teşrinisani 1928 tarihli kararıyla olmak üzere bu davayı reddetmişler.

Müddei, netice taleplerini tekrar ile, Federasyon Mahkemesine müracaat etmiştir.

Müddeaaleyhler, onlarda iltihak suretiyle aynı kararı temyiz etmişlerdir.

Federasyon Mahkemesi bu müracaatları reddetmiştir.

Esbabı mucibe :

1 . — Müddeinin temyiz talebinin gayrimesmu olduğunu ispat için hernekadar mümeyyezünaleyhler, Kanton Mahkemesinin kanton ceza hukukunu tatbik ederek hadisede Lucerne ceza kanununun 91^{ci} ve mabaadi maddeleri mefhumunca hakaret, namus ve itibara tecavüz cürümlerinin anasırı mevcut olmadığına karar verdiğini, ve böylece, cürüm vasfı verilmek istenen mephusünan fiillerin haksız olup olmadığı meselesini menfi şekilde halletmiş olduğunu, ve bu suretle Federasyon Mahkemesinin bu takdir ile bağlı olduğunu dermeyan etmişler ise de bu telâkki tarzı hukukî bir hataya mukarindir. Federasyon Mahkemesinin tetkik edeceği şey, sadece, şahsî menfaatlerine tecavüz sebebiyle müddeiye zararuziyan veya manevî tazminat verilmesi lâzım gelip gelmiyeceğini araştırmaktan ibaret olup bu da munhasıran Federasyon hukuku medeniye ahkâmı ile tanzim edil-

miş bir meseledir (BK. m. 49 ve KM. m. 28). Müddeinin BK. m. 49 mucibince haiz olduğu hukuku medeniyeye müteallik iddia, bu suretle, müddeaaaleyhlerin bir cürüm işlemiş olup olmadıkları meselesiyle hiç alâkası olmayan tamamen müstakil bir husustur; ve hukuk hâkimi mezkûr madde mucibince, haksız fiilin afakî ve infüsi unsurlarının takdirinde tamamen serbesttir. Kanton Mahkemesinin ceza hususundaki kararının sadece ortada ceza kanununun suç saydığı bir hal olup olmadığını bilmekten başka bir tesir ve hükmü olamayacağını söylemeğe hacet yoktur (Bakınız: Weiss, Berufung, s. 299; RO. 30 II, 442; 42 II, 591, J. d. T. 1917 s. 136; RO. 45 II, 307, J. d. T. 1929 s. 474; RO. 48II, 484, J. d. T. 1923 s. 265). Esasen BK. m. 53 § 1, hukuk hâkimi, - hadisemizde olduğu gibi - ceza mahkemesinde verilen beaet kararıyla mukayyet değildir prensibini tasrih etmiştir; bu kanun hükmünün dar ifadesine rağmen, hukuk hâkiminin iştiklâli yalnız kusur olup olmadığı veya temyiz kudreti bulunup bulunmadığı meselelerine maksur olmayıp, belki hassaten haksızlık meselesine de şamildir (müracaat ediniz VonTuhr I,s.346). Evet, bir vakıanın tesbiti dava evrakı ile mubayin veya deliller federasyon kanun hükümlerine mugayir şekilde takdir edilmiş olmadıkça, Federasyon Mahkemesi temyiz mercii sıfatıyla, Federasyon Teşkilî mahakim kanununun 81^{ci} maddesinin 1^{ci} fıkrası mucibince vakıaları Kanton Mahkemelerince tesbit ve takdir olundukları şekilde kabul etmeğe mecdur olduğu nisbette bağlıdır; bu doğrudur (Bakınız: RO. 54 II, s. 368).

2 . — Adı geçen hicviyede müddeinin kastedildiği, onun şahsının mevzuubahs olduğu mucibi itiraz değildir. Bu itibarla kendisinin dava açmak salâhiyeti derkârdır.

Kantonun her iki derece mahkemeleri, bihakkin kabul etmişlerdir ki bu hicviye müddeiyi yalnız mezmum bir zihniyette ve her türlü hakkaniyet ve insaf hissinden muarra göstermek itibariyle değil belki fazla olarak onu yalan yemin ile zan altında bulundurmakla da bu zatın namusuna ağır bir tecavüz teşkil eder. Aşikârdır ki, bu zan ve şüphelere asıl ve esasları

karilerinin tahkikinden kaçan bir takım gayrivazih ve müphem imalar şekli vermekle, hicviyenin mürettepleri, efkârı umumiyenin şüphesini müddeinin üzerine celbetmeyi murat etmişlerdir.

Vakıaları takdir eden hâkim, Fedrasyon Mahkemesini takyit edecek şekilde olmak üzere tesbit etmiştir ki, müddei, müddeaaaleyhlerin bu hicviyenin failleri olduklarını ipata muvaffak olamamıştır. Binaenaleyh, yokâne mesele, hicviyenin yazılı olduğu kâğıtları dağıtıp neşretmekle müddeaaaleyhler bir haksız fiil işlemiş midirler, işte bunu anlamaktır? Bu takdirde, mevzuubahs olan şey Kanton Mahkemesinin kabul eder gibi göründü veçhile hakaretimiz hicviyeyi yazanların irtikâp etmiş oldukları namusa tecavüz fiiline *iştirak* meselesi olmayıp belki burada yeni ve evvelkinden müstakil bir haksız fiilin unsurları olabilir (Ro, 271, s. 450; 351, 348).

“Yaymak, işae etmek,, tabirlerinin manası: ister namahdut şahıslar muvacehesinde umuma alenen, ister sadece bir veya bir çok şahsa mahremane olsun, üçüncüşahıslara başkasından sâdir olan söz ve beyanları yazı ile veya şifahen ulaştırmaktır (Bakınız: Specker, Persönlich keitsrechte, s. 179, 169; Staudiger, Comm. n. 3 B ad § 824 B G B).

Haddizatında doğru olan hadiselerin hikâyesi bile, anlatışa ve gözetilen gayeye göre, haksız olabilir.

Mademki, bu kabîl hallerde, her iki takdirde de şayialara muttali olanların sayısı aynı nisbette artmış oluyor, o halde, bir şayanın şurada burada ister bilâtasvip ister hatta muhalif bir vaziyet alarak söylenip yayılmış olmasının neticeye tesiri yoktur. (Bakınız: Specher, aynı eser, s. 169). Lâkin her halükârda bir şayiayı, bir dedikoduyu neşir ve yayma ancak, başkalarının söğme ve zem mahiyetini haiz ifadeleri, tekrar edilişlerinde kimlere söyleniyorsa onlar için de aynıyle öyle anlaşılır mahiyette olursa tahakkuk edebilir; bu tekrar ediliş ister dedikoduyu yayanın (iltihak, menbam mevsuk olduğunu söylemek vesair suretlerle) şahsî fikir ve mütaleasıyla müte-rafık, ister tamamen afakî olsun..

Enfüsî noktai nazardan, namus ve haysiyete tecavüz ancak dedikoduyu yayanca ortada dönen sözlerin yalan veya hiç değilse kastolunan şahsın namus ve haysiyetine şeklen ve zahiren bir tecevüzü tazammun ettiğinin bilindiği veya hal ve maslahatın icap ettirdiği dikkat ve itina ile bilinmesi lâzım geldiği takdirde yeniden ika edilmiş olur. Herbir halde şunları ayrı ayrı araştırmak, tetkik etmek lâzımdır: dedikoduyu yayan hangi saiklerle hareket ediyor, bunu ne tarzda yapıyor, istihdaf olunan şahısla bunun arasında ne gibi alâkalar var, münasebetleri nasıldır, ve nihayet bu dedikoducu ne gibi bir maksatla hareket ediyor? (Bakınız: Gerichtspraxis, s. 16 n. 5).

3. — Bu davada sabit olmuştur ki müddeaaaleyhler hicviyenin mazmun ve muhtevasını — Kanton Mahkemesinin şahitlerin ifadeleri üzerine kabul ettiği veçhile — üçüncüşahıslara ulaştırmışlardır; maahaza bunu hicviyenin mazmunu hakkında rey ve mütalea beyan etmeksizin, ve binnetice buna edna mer-tebede iltihak etmeksizin yapmışlardır. Yüksek Mahkeme bununla şu neticeye hükmediyor ki, müddeaaaleyhler, hicviyeyi üçüncüşahıslara verirken bunun tesirlerini yaymak ve bu suretle kastolunan şahsa tecavüzde bulunmak niyetiyle hareket etmemişlerdir; bu takdir tarzı maddî hukuka münafi değildir, ve esaslarında da dosya evrakına muhalif bir cihet yoktur. Buna mukabil, şöyle bir sual varit olabilir: acaba müddeaaaleyhlerden Anton ve Fridolin Hofstetter, birincisi hicviyeyi oğluna verip J. Ackermann'a göndermekle, ikincisi "Zum Meienrisli, kahvehanesinde onu herkesin gözü önüne bırakmakla bir tedbirsizlik yapmamışlar mıdır? Maahaza bu mesele hallolunmadan kalabilir; çünkü müddei, bu iki müddeaaaleyh ile diğerlerinin yüzünden, maddî menfaatlerinin müteessir olduğunu, bu sebepten zarara uğradığını ispat etmemiştir. Bu noktada şunu da kaydetmeli ki, kanton hâkiminin tesbit ettiğine bakılırsa, hicviye "ahaliye dağıtılmak üzere, posta ile yollanmıştır, ve meçhul heccavlar eserlerinin mazmununu birçok kimselerin itilama vardırıp "umumî bir kilûkal ihdasına, muvaffak olmuşlardır. Bu şarait dahilinde,

söylemeğe hacet yoktur ki, esasen posta daha çoğunu dağıtmışken müddeaaaleyhlerin bu hicviyeyi müteferrik bazı şahıslara vermiş olmaları, müddeinin indelhace uğraması muhtemel olan zararın hudusunda pek küçük bir rol oynamıştır; o kadar ki, kanton mahkemesi fazla olarak "hicviyeyi müddeaaaleyhlerden alıp okuyanların eline ergeç bunun nasıl olsa geçecek idiğini," tebyin etmektedir. İmdi dosya evrakında, bir zararın mevcudiyetine — BK. m. 42 § 2 hükmünce — kani olmağa yetecek unsurları bulamıyoruz (müracaat ediniz: RO. 43 II, 55, J. d. T. 1918 s. 2, ; RO. 43 II, 240, J. d. T. 1917 s. 652) .

B K. m. 49 mefhumunca şahsî menfaatlere tecavüzden dolayı manevî tazminat meselesine gelince, bu keyfiyet zararda ve kusurda hususî bir vahamet ve ağırlığı istilzam eder. Burada hatta bu şartlardan birincisi tahakkuk etmiş olsa bile, yukarıda izah ve arzolunanlardan anlaşılacağı üzere, herhalde müddeaaaleyhlerin hususî vahamet ve ağırlıkta bir kusurları yoktur.

5. — Kanton mahkemelerinin kararı bu suretle esasta tasdik edilmiş olduğundan, Federasyon Teşkili mahakim kanununun 224^{cu} maddesinin 2^{ci} fıkrası mucibince, masrafların taraflar arasındaki paylaşırma tarzını tadile imkân yoktur (Bakınız: RO. 40 II, s. 289 ; 52 II, s. 393) .

II

İSVİÇRE FEDERASYON MAHKEMESİ

(2^{ci} Hukuk Dairesi)

13 eylül 1929 celsesi

Reis : M. Rossel

Bianco mirasçıları — Assicuratrice italiana davası

SİGORTA AKTİ. POSTA ÇEKİ İLE TEDİYE.— Hayat sigortası; bir prim ödenmediği için sigortacının borçlarının taliki ; primin

sonradan posta çeki ile tediye edilmesi ; bir kaza neticesinde sigortalının ölmesi ; sigorta bedelinin ödenmesi zımında mirasçuların sigortacı aleyhine açtıkları dava ; ölüme sebebiyet veren kaza , prim parası postahaneye verildikten sonra fakat posta çekleri dairesince sigortacının matlubuna kaydedilmeden evvel vukua gelmiş..

İBK. m. 74 (TBK. m. 72) — İ. Posta kanunu m. 36

İcra emirnamesi m. 77 ve 73 .

Bianco mirascıları — Assicuratrice itali ana davası

I — İBK. m. 74 esasına göre para verecekleri (deyinleri) portable' dir , yani alacaklının ikametgâhında ödenir . Böyle olmakla beraber , kendisine posta çeki hesabı açtıran ve bunu halka ilân eden şahşın , bu hareketiyle , borçlularına onların para vereceklerini bu hesaba yatırarak muteber surette borçtan kurtulmalarına müsaade etmeği murat ettiği farzolunabilir .

II. — Namına bir posta çeki hesabı açılmış olan alacaklısının adresine bir tediye pusulası tevdi eden borçlu , hemen bu tevdi ile derhal , borçtan kurtarıcı bir ödeme yapmış olmaz .

Ödeme ancak , mürsilin emrini alan posta çekleri dairesi parayı mürselünileyhın hesabına geçirip tediye pusulasının kuponunu bu zate verdiği anda tamam olur .

VAKIALARIN HULÂSASI :

A. — Pierre - Louis Bianco , vefat halinde 10.000 f. muvakkat malûliyet takdirinde günde 5 f. tazminat almak şartlarıyla kendisini , 30 teşrinisani 1917 tarihinde Assicuratrice italiana kumpanyasına kazaya karşı sigorta ettirmişti .

49,90 franklık altı aylık primler her sene 15 kânunuevvel ve 15 haziran tarihlerinde tediye olunacaktı .

Poliçenin umumî şartlarına göre : vadesi gelmiş prim , müteakip 14 gün içinde kumpanyanın ihtarı üzerine ödenmediği takdirle sigorta talik olunacak , hükümden kalkacaktı .

Bianco , 15 kânunuevvel 1925 te vadesi hulûl eden primi zamanında tediye etmemiş ; 5 nisan 1927 de öğleüzeri bir ka-

zaya uğramış ; ve aynı ayın 20 sinde kazadan mütevellit bir hastalık yüzünden ölüp gitmiş ..

Bianco, kazanın vukua geldiği gün, sabahın saat 10 u ile 11 i arasında, Assicuratrice italiana'nın çek hesabına Conthey postahanesine 50 fr. tesviye ettirmiş bulunuyordu .

Bu vakıalardan haberdar edilen Kumpanya, Bianco tarafından primin tediyesinde vaki olan geçikme dolayısıyla muallâk kalan sigortanın, kaza anında henüz tekrar hüküm ifade etmeğe başlamamış olduğu sebebini ileri sürerek hertürlü « ödenç » ten (prestation) imtina etmiş yani sigorta bedelini vermemiştir .

B.— Bunun üzerine Pierre - Louis Bianco'nun mirasçıları, 25 ağustos 1927 tarihli bir istida ile mahkemeye bilmüracaâ . Assicuratrice italiana aleyhinde, müddeabih 10.000 frangın 20 nisandan itibaren %5 faiziyle birlikte hüküm altına alınmasına dair bir dava açtılar .

16 mayıs 1929 da işe bakan Valais Kanton mahkemesi davacıların talebini reddetmiş .. Bunlar da kanun yoluna müracaatla bu hükmü temyiz etmişler .

ESBABI MUCİBE

BK. m. 74 esasına göre para verecekleri (deyin) portable' dir : bir meblâğın tediyesi, alacaklının tediye zamanındaki ikametgâhında yapılmak icap eder .

Maahaza, âkitler, bir para borcunun bundan başka bir şekilde, yani alacaklının ikametgâhında bir meblağın peşin olarak verilmesinden gayrı bir tarzda ödenmesini şartetmekte serbesttirler ; alacaklı, meselâ bir çek verilmesini veya banka- da namına bir matlup kaydettirilmesini tediye sayacağını iptidaen beyan edebilir .

Hadisede, BK. m. 74 No 1 prensibinden inhiraf eden sarîh bir şart sepketmemiştir ; nitekim sigorta poliçesinde yazılı umumî şartların 7^{ci} maddesinde de : primin, poliçeyi çıkarmış olan müdiriyyetin merkezinde ödenmesi vücbu tasrih edilerek "por-

table., olduğu gösterilmiştir. Binaenaleyh bu işte, esas itibariyle prim Lauzanne'da tediye olunmak lâzım geliyordu. Böyle olmakla beraber, ahval ve şeraite bakılınca hükmetmek lazım gelir ki, Assicuratrice italiana, prim parasının kendi posta çeki hesabına yatırılmasını tediye hükmünde tutmayı kabule hazırdı. Filhakika, namına posta çeki hesabı açtıran ve bunu halka bildiren kimsenin, bu hareketiyle, borularının borularını bu hesaba yatırarak teberri etmelerine müsaade etmek istemiş olduğunu farzetmek becadır (Bakınız: von Tuhr, Borçlar hukuku, cilt II, s. 408). İmdi, Assicuratrice italiana'nın kendi namına bir posta çeki hesabı olduğu, ve bu hesabın numarasını 25 k. sani 1927 de Bianco'ya yolladığı ihtarnameye dercedip bildirmiş olduğu tebeyyün ediyor.

Böyle olduğu gibi, 7 nisan 1927 tarihinde, Bianco'nun 5 nisanında ek hesabına yatırdığı parayı da kabul etmiş ve mukabilinde makbuz da vermiştir...

Binaberin, münazaalı mesele, neticede, bir borçlu taraftan alacaklısının posta çeki hesabına yatırılan bir meblâğın hangi anda tediye hükmüne geçeceğini bilmeye incirar ediyor, mesele buraya dayanıyor.

Bunu halletmek için, tarafların yaptığı gibi, BK. nun veklet veya havale kaidelerine gitmek doğru değildir; zira mahsus kanunlara tâbi olan Posta idarei ammesi bu sahada hukuku hususiyedeki vekil veya muhalnlehe temsil edilemez. Bubapta daha ziyade 2 t. evvel 1929 Posta kanunu ile 8 haziran 1925 tarihli İcra emirnamesine gidilmek muktazidir.

Emirnamenin 77^{ci} maddesinin 2^{ci} fıkrasına nazaran posta çeki hesabı, kaideten, hesap sahibinin ikametghı veya işlerinin merkezi olan yerin posta idaresi tarafından onun namına ve onun ticar unvanı altında olarak tutulur. şuhalde bu postahannede (bu davada Lauzanne postahanesi ek hesabı dairesinde) dir ki, bütün İsviçre postahanelerinde onun namına yatırılan paralar, hesap sahibinin matlubuna kaydedilir. Böyle olunca, mer'i olan sistemde, mürselünileyh, tesviye olunan meb-

lâğa ancak matlubuna geçirilip kendisi haberdar edildikte vaziyet ve tasarruf edebilir. Bu, bir taraftan kanunun 36^{ci} maddesinden ve diğer cihetten adı geçen emirnamenin 83^ü maddesinin 2^{ci} fıkrasından anlaşılmaktadır. Filhakika 36^{ci} madde hükmüne göre: mürselünileyh emirden haberdar edilmemiş, veya bunun ifasını talep etmemiş, veyahut henüz çek hesabına geçirilmemiş olduğu müddetçe "müvekkil,, vermiş olduğu tediye emirlerini mürselünileyhin, muhatabın muvafakatini almadan fesih veya tadil edebilir.

Mezkûr nizamnamenin 83^ü maddesinin 2^{ci} fıkrasına nazaran ise: "müvekkil,, telin ücretini vermek şartıyla, yatırdığı paraya dair çek hesabı dairesine bir telgraf havale ilmuhaberi yollanmasını talep edebilir. Bu son madde hükmünün maksadı sevki de yatırılan bir paranın derhal mürselünileyhin eline geçmemesinden çıkabilecek mahzurları bertaraf etmektir.

Böyle olunca, bir posta çek hesabı sahibinin adresine bir tediye pusulası tevdi eden bir kimsenin, mahza bu tevdi yapmakla, tebrie edici bir ödemede bulunmuş olduğunu kabule imkân yoktur. Postahane verilen parayı mürselünileyh namına almaz; sadece mürsilin emrini posta çeki kısmına sevketmeyi taahhüt eder. Telgrafla yapılan tesviyeler haricinde, tediye ancak, mürsilin emrini alan Postahanenin tesviye olunan parayı mürselünileyhin hesabına yazıp kendisine tesviye pusulasının koponunu teslim ettiği anda tamam olur. Yalnız bu andan itibaren ki mürselünileyh kendi hesabına yatırılan paranın zilyetliğini iktisap eder (Bakınız: alman jürisprüdansı. Juristische Wochenschrift, 1927, cilt III, s. 2134 No 38).

Hadisemizde, Lauzanne postahanesi çek hesabı dairesi; Bianco tarafından bir gün evvel Conthey' de yatırılan paranın emrini ancak 6 nisan 1927 de alıp infaz etmiştir; binaen aleyh gecikmiş primim tediyesi ancak 6 nisanda vuku bulmuştur. Böyle olunca, Kanton Mahkemesinin "kazanın vukuu anında henüz sigortacının borç ve mükellefiyeti muallâk bulunmakta yani prim daha tediye edilmediğinden sigorta muka-

velesi tatil edilmiş bir halde olduğu „ yolundaki kararında isabet aşikârdır.

Bu sebeblere binaen Federasyon Mahkemesi Temyiz talebini ret ve Valais Kanton Mahkemesinin 16 mayıs 1929 tarihli kararını tasdik eyler .

III

Cenevre Hukuk Mahkemesi

21 kânunuevvel 1928 celsesi

Reis : M. Rehous

Evlî Gherpellî ler — Meyer Davası

GAYRİMENKUL SATIMI. RESMÎ SENETTEKİNDEN YÜKSEK BİR MEMLÂĞI İHTİVA EDEN ADÎ SENET —. *Satıcının aradaki farkın tediyesi zımında açtığı dava; talebin kısmen kabulü; istinaf; akit ifa olunmuş; şekil fesadının ifa ile ortadan kalkması; müddeinin, bir hakkın suiistimali teşkil eden davası; evvelki kararın tasdiki .*

İBK. m. 20,216 ; İKM. m. 657

TBK. m. 20,213 ; TKM. m. 634

I. — İsviçre hukukunda, gayrimenkul mülkiyetini nakledici akitler ancak " resmî şekil „ altında muteberdir. (İKM. m. 657; İBK. m. 216)

Bir satım akti mefruz bir fiatı ihtiva eder ve henüz tesviye olunmamış hakiki bedel ayrı bir adi senette gösterilmiş olursa , bu akit fesih ve iptal edilebilir .

II. — Fakat, akit başlıca hükümlerinde ifa olunmuş , ve tarafların istemiş oldukları gibi vucut bulmuş, ve şekil fesadı munhasıran hakiki satım bedelinin intikal harçlarından sıyrılmak maksadı ile saklanmış olmasından neş'et ediyorsa, âkitler artık bir şekil fesadından bahis ve istiane edemezler .

III. — Kanunun normal ve tabii bir surette tatbiki halinde varılmayacak bir maksada kaçamak yoluyla vusul için , kanunun bir hükümünü gayesinden inhıraf ettirmeye yeltenme keyfiyeti bir " hakkın suiistimali „ teşkil eder .

IV. — Bir akitte tarafların Hazineyi aldatmak istemiş olmaları ,

BK. m. 20 mucibince muamelenin yalnız bir kısmının iptaline hükmettirecek mahiyette değildir .

VAKIALARIN HULÂSASI

11 ağustos 1920 tarihli kâtibiadil senedi mucibince, Meyer, Grand Lancy'de kâin bir gayrimenkulünü 5000fr. bedel mukabilinde Gherpelli ailesine(Karı-Koca) satar . (Lancy Tapu dairesinin No. 4082,4083 ve 2822 parçaları) .

Gherpelli ile Meyer , bundan başka, kendi aralarında ayrıca tarihsiz bir senet daha imzalarlar . Baştan aşağı Gherpelli'nin elyazısı ile doldurulmuş olan bu senet şu yolda yazılmıştır :

“ M. Meyer'den 4082 numaralı parçayı 7700 fr. mukabilinde satın aldım ; bu parçada, kâtibiadile gelen hesaplar mucibince 11 ağustos 1920 den evvel mevcut olan bütün borçları ödemeyi taahhüt ediyorum ; bundan artacak para 1922 senesinden itibaren kendisine tesviye olunacak ve satım tarihi olan 11 ağustostan itibaren %5 faiz getirecektir .”

Gherpelli ailesi, tapuda namlarına tescil olunan bu gayrimenkulü tesellüm ederler .

Meyer, 28nisan 1925 tarihli tebliğ varakasıyla Gherpelli'leri, kâtibiadil senedinde yazılı olup istifa ettiğini ikrar ettiği 5000 frankla yukarıdaki hususî senedin natık olduğu 7700 fr. arasındaki farkı teşkil eden 2700 frangın tediyesine davet eder .

Sonradan, Meyer, mezkûr hususî senet mucibince Gherpelinin kendisine müddeabih paradan 6459 fr 60 santimini ödediğini izah ederek ilk talebini 1240 fr. 40 santime indirir . Bu tediyenin listesini de mahkemeye ibraz eder .

Müddeaaleyhler, bir gayrimenkul satımı mevzuubahs olduğuna göre,KM. m. 657 ve BK. m. 216 mucibince, bu akte teferru eden bütün şart ve hükümlerin resmî bir senette tevsik ve dercedilmiş olması icap edeceğinden mezkûr adî senedin keenlem-yekün olduğunu ileri sürerek bu talebe karşı itiraz ederler . Kezalik, Hazineye verilmek lâzım gelen intikal ve ferağ harçlarının indirilmesi için yapılmış olan bu hususî senedin, ahlâk ve adaba mugayir olmak itibariyle B.K nun 26^m maddesi hükmüne

tâbi olacağını iddia ettikten sonra, mukabil dava olarak ta 1. 175 fr. talep ederler.

Nihayet, son bir defa olmak üzere de, adî senedin M.Gherpelli tarafından imzalanmış olduğunu ve binaenaleyh Mm Geherpelli'yi ilzam edemeyeceğini serdederler.

Mahkeme, 18 kânunuevvel 1925 tarihli bir ilk karar ile "11 ağustos 1920 tarihli kâtibiadil senedindeki bedelin miktarını tadil eden akit veya muvazaa senedinin caiz ve muteber olduğunu,, beyan ettikten sonra : taraflarca ispatla ileri sürülen vakıalar için de tahkikat yapılmasını emretti.

Bu kararın esbabı mucibesinde, Mahkeme, tarihsiz adî senedin — kâtibiadil senedindeki fiat muvazaalı olduğu cihetle — tarafların satın bedeli husundaki rızalarının tefsirine yarayacak bir muvazaa senedi olduğunu ; ve diğer taraftan muvazaa senedinin, tesbit ettiği akit ne haksız ve ne ile ahlâka muhalif olmayıp belki sadece vergi kanunlarının derpiş ettiği müeyyidelerin tatbikine mahal verebilir mahiyette olmak itibariyle, butlanına hükmolunamayacağı kabul edilmektedir.

Bu karar yüksek mahkemeye sevk olunmuş ve Mahkeme esası tetkik etmeksizin istinaf talebinin ademi mesmuiyefine karar vermiş.

Bunun üzerine davanın rüyet ve tetkikine tekrar ilk hâkimlerin huzurunda başlanmış; tahkikatlar Cenevr'de istinabe yoluyla yapılmış; taraflar karşılıklı olarak esas ve mütekabil davalarına müteallik evvelki netice taleplerinde ısrar etmişler.

Meyer fazla olarak, Gherpelli'lerin mukabil davalarının müruruzamana uğramış olduğunu dermeyen etmiş.

Mahkeme 13 nisan 1928 tarihli kararıyla:

1°) Gherpelli'yi Mayer'e 29 nisan 1925 tarihinden itibaren kanunî faizi ile beraber 1200 fr. 75 santim tediye,

2°) Meyer'i Gherpelli'ye, 29 nisan 1925 ten bilitibar faiziyle birlikte ve bu iki meblâğ birbiriyle takas olunmak üzere 150 fr. tesviyeye mahkûm, ve

3°) Meyer'in Gherpelli kadm aleyhindeki talebini ret,

4°) GherPELLI'yi Meyer'in ihtiyar ettiği masraflara mahkûm,
ve

5°) masrafların mütebakisini takas etmek suretiyle davayı
halletmiştir.

ESBABI MUCİBE

Yanlış fiat gösterilmiş olması, 18 kânunuevvel 1925 tarihli
kararda yazılı sebeplere binaen satım aktinin butlanına hük-
m olunmasına müsait olamaz.

Bundan başka, GherPELLI, adî senedin hüküm ve şartların-
dan bir kısmını resmî senette yazılı olandan yüksek miktarda
mebalığ tediye ederek ifa etmiş ve bununla da kendini adî senetle
bağlı olduğunu göstermiştir. Federasyon Mahkemesinin son
içtihadına nazaran, adî senedin butlanını kabul etmek, bir
hakkın aşikâr suiistimalini tecviz etmek demek olur.

Tarafların hesaplarını ve hassaten GherPELLI tarafından ib-
raz olunan 26 mart 1923 tarihli tediye cetvelini gözden geçi-
rerek, Mahkeme, Meyer'in matlubuna 7705 fr. —, GeherPELLI,
ninkine 6504, fr. 25 kayıt ve bu suretle bu sonuncunun borçlu
olduğu meblâğı 1200 fr. 75 olarak, ve Mm GherPELLI adî senedi
imzalamamış olduğu cihetle onun mes'uliyeti mevzuubahs ol-
maksızın tesbit etmiştir.

Mukabil davaya gelince, Mahkeme, BKm. 120 § 3 e istinat
ederek Meyer'in müruruzaman def'ini retetmiş ve esas hakkında,
Meyer'in 9 şubat 1919 tarihli mukaveleyi eksik olarak ifa et-
mesi dolayısıyla GherPELLI'nin 150 fr. tazminata müstahik oldu-
ğunu kabul, ve mukabil davanın fazlasını ademi ispat cihetiyle
ret ve bertaraf eylemiştir.

2 Mayıs 1928 tarihli istida ile GeherPELLI'ler 18 kânunuevvel
1925 ve 13 nisan 1928 tarihli kararları istinaf ederek, Mm Gher-
PELLI, Meyer'in kendisine masraf tediyesine mahkûmiyetini ve
M. GherPELLI ise Meyer'in talebinin reddi ile bu zatın 1175 franga
mahkûm edilmesini talep etmişlerdir.

M. GherPELLI bidayet mahkemesi huzurunda serdettiği neti-

ceitaleplerini tekrar ile, bu ilk derece mahkemesince muteberlik ve sihhati kabul olunan adî senedin butlanma hükmolunmasını dermeyan eylemiştir.

Meyer, 150 franga mahkûmiyetinin meşruiyetine itiraz etmekle beraber hükmün tasdik olunmasını talep etmiştir.

18 kânunuevvel 1925 ve 13 nisan 1928 tarihli kararların istinafına müteallik talep mesmu olup, hal edilmesi lazım gelen meseleler şunlardır.

1°) 18 kânunuevvel 1925 tarihli kararın istinafı varit ve esashı mıdır?

2°) 13 nisan 1928 tarihli kararın istinafı varit ve esashı mıdır?

3°) Masraflar kime yükletilecektir?

Bu davadaki münazaah adî senet, ilk derece hâkimlerinin 18 kânunuevvel 1925 tarihli kararlarında kabul ettikleri gibi, franisz K. M. m. 1321 mucicince hiç olmazsa âkitler arasında sahih ve muteber addolunan bir muvazaa senedi, yani gizli senet (Contre-lettre) teşkil etmez.

İsviçre hukukunda, mevzuunu gayrimenkul mülkiyetini nakletme teşkil eden akitler ancak resmî şekle riayet olunmak şartı altında muteberdir (İ. K. M. m. 657; İ. B. K. m. 216). Burada kanunun sureti kat'iyede emrettiği bir husus mevzuubahstir.

Bir satım senedinde mefruz bir bedel gösterilip te asıl bedel adî bir senede dercolunmuş bulunursa bu satım iptal olunabilir.

Böyle olunca, şayet Gherpelli'ler gayrimenkulleri tesellüm etmemiş ve yalnız adî senedin değil aynı zamanda satım aktinin de butlanını istemiş olsalardı talepleri terviç ve kabul olunmak iktıza ederdi.

Fakat bu davada böyle olmamıştır.

Gherpelli ailesi sekiz senedir gayrimenkulün zilyedi bulunmakta ve o zamandanberi bunun hakikî maliki gibi hareket etmektedir. Diğer taraftan, yalnız 11 ağustos 1920 tarihli kâti-biadil senedinde yazılı semeni değil, belki bundan başka münazaah adî senette gösterilen bedelin bir kısmını da ödemiş bulunuyorlar.

Üstelik Gherpelli'nin kendi eliyle yazılmış olan bu senedin iptalini karar altına almak, aşikâr bir hak suiistimalini terviç ve teyit etmek olur.

Meşgul olduğumuz mesele ile büyük bir müşabehet arzeden diğer bir hadisede, Federasyon Mahkemesi: akit başlıca hüküm ve maddelerinde ifa olunmuş, ve tarafların istemiş oldukları gibi vücut bulmuş, ve şekil fesadı munhasıran hakikî satım bedelinin intikal ve ferağ harçlarından kurtulmak maksadı ile saklanmış olmasından ileri geliyor ise, âkitlerin artık şekil fesadına tutunamayacaklarını içtihat etmiştir.

Federasyon mahkemesi diyor ki: "hadisede müddei bu şekil fesadını dermeyan ettiği takdirde, K M. m.2 hükmüne göre, müddeinin kanunun himayesine mazhar olmaması icap eder, (Federasyon Mahkemesi, 9 mayıs 1927, Rutz — Pauli davası, Journal des Tribunaux 1927, sahife 618 ve mabaadi).

Journal des Tribunaux'nun muharririnin işaret ettiği üzere, Federasyon Mahkemesi, şuhalde kanunun normal ve tabii bir tarzda tatbiki halinde varılmak mümkün olmayan bir maksat ve gayeye kaçamak yoluyla erişmek için kanunun bir hükmünü kendine has gayesinden çelmeğe yeltenme keyfiyetini bir hak-kın suiistimali telâkki etmektedir.

Hiç şübhesiz davamızdaki vaziyet te budur.

Gherpelli, şu gayrimenkul muamelesinin faidelerini muhafaza ve onlardan müstement olmakla beraber borçlarından kurtulmak için bilerek ihdas ettiği bir yolsuzluktan istifadeye çalışmakla, hüsnüniyet kaidelerine muhalif hareket etmiş ve kanuna karşı hile yapmıştır.

Muhakkaktır ki, şu yolda hareket etmekle, taraflar Hazimeyi igfal etmeyi murat etmişlerdir; fakat bu hadise, BK. m. 20 mucibince muamelenin yalnız kısmen iptalini müeddi olacak mahiyette değildir.

Bu şerait dahilinde, Mankeme 18 kânunuevvel 1925 tarihli kararında: Meyer'in münazeunfih adı senetle bağlı olduğunu kabul ederek, vakıalar noktasından tarafların karşılıklı paraya

müteallik iddiaları hususunda tenevvür etmek için tahkikata emretmekle isabet etmiştir.

İkinci mesele hakkında :

Mahkememizin, hesaplarını aynen kabul ettiği ilk derece hâkimlerinin irae ettikleri sebeplere binaen Meyer'in alacağı 1200 fr, 75 santim ve Gherpelli'lerinki de 150 fr. olmak üzere tesbit olunmak iktıza eder.

İlk derece hâkimleri keza Gherpelli'yi Meyer'e karşı masrafa mahkûm etmede de haklıdırlar; sebebi şudur ki, bu sonuncu zat davanın binefsihi esasında hak kazanmış ve ancak pek küçük bir mablâğı ödemeye mahkûm olmuştur.

Nihayet, Mahkemenin, Meyer'in Mm Gherpelli aleyhindeki netice taleplerini reddetmesi de nefselemre muvafıktır; zira adî senedin altında bu kadının imzası yoktur.

Eğer Mm Gherpelli bu noktayı tebyin ile iktifa etmiş olsaydı ona ait masraflar Meyer uhdesine tahmil olunmak pek tabii idi.

Fakat kendisi böyle yapmıyarak, lüzumsuz yere onları tamamen kendi müdafaa evrakına da geçirmek suretiyle kocasının neticeitaleplerini aynen dermeyan etmek yoluna gitmiştir. Binaberin Mahkemenin masrafları takas etmiş olmasından şikâyete hakkı olamaz.

13 nisan 1928 tarihli karar tasdik olunmak lâzımdır.

Üçüncü mesele hakkında :

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 122^{ci} ve 363^{üncü} maddeleri ile tarifinin 16^{ncı} maddesi hükmü kabiliyettir.

Bu sebeplere binaen Mahkeme: — Esasta: mezkûr kararları tasdik eyler.