

# İsviçre içtihatları

İsviçre Federasyon Mahkemesi

II<sup>ci</sup> Hukuk Dairesi

27 mart 1930 celsesi

Reis M. Soldati.

(*Fundus gayrimenkul Ş. — Beltrami ve Bianchini*)

**MÜTEAHHİDİN KANUNİ İPOTEK HAKKI.** — Gayrimenkulünü kiraya veren malsahibi. — Kiracının kendi parası ile ve mucirin muvafakati altında olarak mecurda yaptırdığı tadil ve ıslahlar. — Kiracının iflâsı.— Mezkûr ıslah ve tadilât işini deruhde etmiş olan müteahhidin istediği kanunî ipotek—. Ret.

I K M. m. 837, 839

TKM. m. 807, 809

1 — Kanunî bir ipotek tescilini talep hakkı, mutlaka malsahibi ile müteahhit veya işçi arasında aklı bir rabitanın mevcut olmasına vabeste değildir.

2. — Fakat, malzeme itası ile müterafik olsun olmasın, sadece bir emek verme ve iş yapma ipotekten istifadeye kâfi bir sebep değildir; bundan başka malikin bu mesai bu işler neticesinde borçlu olması lâzımdır; ve tescil ancak bu borcun luları için talep olunabilir.

3 — *Malikin, akille değilse bile kanunen, yapılan işlerden dolayı sipariş edene bir lazminat vermesi icap eden yerlerde kanuni ipotek hakkının tescili meselesi ne olacaktır? Mahkeme bu noktayı bu kararda halletmeğe lüzum görmemiştir.*

### Vakıaların hulâsası:

"Fumduş, gayrimenkul şirketi Ceneve'de bir gayrimenkulün sahibidir. 9 nisan 1925 tarihli bir mukavele mucibince bu mülkü senevi 22000 frank bedelle ve 1 teşrinievvel 1926 tarihinden 30 eylül 1944 e kadar 18 sene müddetle Mm. Bianchini'ye icar etmiştir. Mecurun "dansyeri ve bar, olarak kullanılacağı hususunda taraflar mutabık kalmışlar. İcar mukavelesinin 5ci maddesinde bu hususta şu kayıtları ihtiva ediyor: "Müstecir, mecuru kendi ticari ihtiyaçlarına elverişli bir hale koymak üzere onda tesisat ve tadilat yapabilecektir. Maahaza bubaptaki plânları mucirin tasvibine arzedecektir. O da, plânlar salâsiyettar makamların tasvip ve tasdikine iktiran etmekle, inşaata mâni olmamak üzere nezaret edecektir. Bu tadilat ve termimat, yani duvar, putrel, döşeme işleri, binanın bir tarafında eskilik ve çürüklük neticesi icap edecek büyük tamirat ta dâhil olmak üzere bütün bu işlerin külfeti munhasıran müstecire ait olacaktır. İcarın hitamında, müstecirin yaptırmış olduğu bütün tertibat ve ıslahat sırf mucire kalacaktır."

Madam Bianchini, mukarrer tebeddülâtı yapmak üzere inşaatı başlatmış. Hususiyle binanın ağaç ve marangozluk işleri, inşaatın umumî müteahhidi Badel tarafından Beltrami namında bir şahsa verilmiş.

7 kânunuevvel 1926 tarihinde, Mm. Bianchini'nin iflâsına karar verilir. Beltrami 13.826,70 frank alacak gösterir; bu meblâğ masaca kabul olunur.

12 kânunusani 1927 de, kendisine ya faturasını tediye etmesi veya hut ta İKM.m. 839 mucibince teminat göstermesi için, Beltrami bir ihbarla mezkûr şirketi temerrüde koyar. Bu ihbarda, kendisi tatmin edilmediği takdirde kanuni ipotek tescili talep edeceğini ilâve eder. Şirketin menfi ceyabı üzerine mumaileyh filhakika, alacağının baliğ olduğu miktar için Mahkemeden muvakket bir ipotek tescili talep, ve istihsal de eder. Tescil 10 mart 1927 de yapılır.

Bu miktarın alacaklısı ve binaenaleyh muvakkat ipotek tescilini kat'i tescile tahvil ettirmeğe hakkı olduğunu tebyin ettirmek üzere, Beltrami, Bianchini masası ile "Fundus" gayrimenkul şirketi aleyhlerine dava açar.

Mahkeme, talep dairesinde hüküm verir.

Ceneve Hukuk Mahkemesi 17 kânunuevvel 1929 tarihli bir karar ile bu hükmü tasdik eder.

Müddeaaleyh beraet iddia ve talebiyle, mezkûr kararı temyiz eder.

Temyiz Mahkemesi bu müracaati kabul ve müddeinin taleplerini reddetmiştir.

### Esbabı mucibe :

1 — . . . . .

2 — İKM.m. 837 § 3 ile müesses kanunî ipoteğin tescili talebi için alacaklı ile gayrimenkul maliki arasında mutlaka aktî bir rabitanın vücudu şart değildir. Zira binnefis kanun hükümleri iktızasınca: bu hak, umumî müteahhide olduğu kadar ikinci elden işçiye de tanınmıştır. Maa-fah bu keyfiyet, malzeme itası ile müterafik olsun olmasın, mahza bir sây ve emek sarfı hadisesinin ipotekten istifadaye kâfi bir sebep olduğunu istintaca vesile teşkil etmez.

Biri **Gürtler — Laub** davasındaki 25 haziran 1913 tarihli (1), ve diğeri **Waldvogel iflâs masası — J. Frütiger mahdumları** davasındaki 18 teş-rinisani 1914 tarihli (2) iki karar münasebeti ile Federasyon Mahkemesi evvelce de bu bähse temas etmek fırsatını bulmuştur. Filhakika Mahkeme o vesilelerle tebyin etmiştir ki: malikin kendi gayrimenkulü üzerinde, ikinci elden işçi lehine bir mükellefiyet ihdasına muvafakat borcu var ise de, bu borç, vü's'at ve şümülü noktasından, mevzuubahs işler neticesinde malikin borçlu olduğu meblâğ miktarı ile mahduttur. Bu prensipten nükül etmek için ortada hiçbir sebep yoktur ; o prensip ki sade müessesenin gayesine tekabül ve tevafuk etmekle kalmayıp, belki evvelce de söylendiği veçhile , hali ihtilâfta bulunan iki tarafın kanunî menfaat-

[1] **Bakınız : Isv. Fed. Mahk.** Resmi karar mec. 39 II No 40

[2] **Isv. Fed. Mahk.** Resmi karar mecm. 40 II No 80 .

lerini nazara alan yekâne esastır. Şayet malik ile işçi arasında bir akti rabitanın fıkdanına rağmen kanun, filhakika, himayesini bu ikinci elden işçilere kadar tevsi ve teşmil etmiş ise , bu , müessesenin tarihi tekamülü de onu gösterir ki, herşeyden evvel ameli bir mülâhazaya müstenittir. Diğer bir ifade ile bu teşmilden maksat, kanuna karşı hilenin önüne geçmektir; yani malikin kendisi ile işçi arasına kukla nev'inden bir üçücü şahıs koyup kendisini yalnız bu şahsa karşı mes'ul ve işçiye karşı yabancı, gayrimes'ul bir mevkie geçirmek için tevvesül edeceği hilelere meydan vermemek, işte kanunun gayesi budur . Binaenaleyh buna bakıp ta, malikin kime olursa olsun iş bedellerinden dolayı borçlu olması lâzım ve şart değildir diye bir istidlâlde bulunmak caiz olamaz; bilâkis böyle bir istindaç esasa, " istisna , ve imtiyaz mevridine maksurdur., kaidesine münafi olur.

Müteahhidin veya işçinin hakkını şu mülâhazaya, yani "bu şahıslar gayrimenkulün kıymetini arttırmışlardır, binaenaleyh mahaza bu hadiseden dolayı imtiyazlı bir vaziyette liyakat kazanmışlardır., mülâhazasına iptina ettirmek cihetine geliçce: bu noktaya gerçi kanunun geçtiği teşriî mesai ve müzakerat esnasında telmih olunmuş ise de, muhakkak olan şudur ki kanuna geçmemiştir. Kanun, kıymetartımı (plusvalua = ziyadei kıymet) mefhumuna raci surette tefsir olunabilir hiçbir hükmü ihtiva etmemektedir. Üstelik eğer vazıkanun buna ehemmiyet atfetmiş bile olsaydı, herhalde evvel emirde makul olan şey : teminatı, mevzuubahs sây ve işler neticesi gayrimenkulde husule gelen kıymetartımına hasr ve o nisbete irca etmek olacaktı. Halbuki kanun böyle bir şey söylemiyor; bilâkis, yukarıda adı geçen kararlarda hükmolunduğu vichile, kaide olarak "teminat., ı binnefis inşaatçının (müteahhit veya işçi) kendisini inşaaata memur edene (malik veya umumî müteahhide) karşı olan alacağı için, binnefis bunun balığ olduğu miktar için bahşetmektedir. Kaldı ki, bazı böyle inşaat, tamirat vesaire işleri vardır ki, lüzumlu olmakla beraber, gayrimenkulün kıymetinde mutlaka bir ziyade, para ile takdir olunabilir bir artım husule getirmezler; ve şayet burada kıymetartımı mefhumuna itibar olunsasa, yani meseleyi ille kıymetartımı fikri ianesiyle halletmeğe gidilse öyle vaziyetler olur ki orada kanun hükümlerine nazaran mevcudiyeti münakaşagötürmez surette sabit olduğu halde ipotek hakkını tanımamak, bu hakkı kanunun sarahatine rağmen bazan nezetmek selbetmek lâzım gelecektir.

Malik mevzuubahs işler neticesi borçlu olmuş olduğu meblâğ mikta-

rının maadası için gayrimenkulünün ipotekle takyidine mutavaat ile mükellef değildir prensibinden hareket olunursa, bundan mantıkan şu intin- taç olunmak icap eder ki, eğer malik bu cihetten bir şey borçlu değilse ve asla bir şey borçlu olmamış ise teminat vermeğe mecbur değildir.

Gerçi bu aynı kararların bazı fıkralarına bakılırsa inşaatın bir üçün- cüşahsın emri ve fakat malikin izni ile yapılması şıkkı mahfuz tutulmuş ve bu hal malikin inşaat bedelinden fiilen mes'ul olması haline temsil edilmiş gibi görünür. Fakat 25 haziran 1881 tarihli kanunun hüküm ve tesiri altında malik ile müteahhit veya işçi arasındaki vaziyetlere dair tamamen nazari bir mukayese münasebetiyle ve hadiseten yapılmış olan şu işaret ve telmihe bu mana verilmek lâzım farzolunsa bile bu fikir şayanı kabul olamaz. Evvelâ öyle yerler vardır ki mezkûr fikrin tatbiki kanunun metnine mugayır olur; zira filhakika inşaat bir üçüncüşahs tarafından emir ve sipariş olunduğu takdirde dahi, ikinci elden işçi umumî müteahhide karşı bir alacağı olduğunu ityan edebilir, fakat herhalde bu müteahhit malike karşı bir alacağa malikiyet iddiasında bulunamaz. Böylelikle şu neticeye varılmış olur: Ya bu vaziyete rağmen müteahhide ipotek hakkı tanıyarak kanunun hükümlerinden ayrılmak, ya da bu hakkı red- detmekle ikinci elden işçiye (le sous-traitant) umumî müteahhitten daha fazla bir hak tanımak... Şüphe yok ki bu neticeler vazukanunun maksadına münafidir.

Teminatın miktarını tayin için kıymetartımı mefhumuna gidilemez, dedik. Hele ipotegin tesciline kâfi bir sebep gibi mülâhaza olununca bu mefhumun burada aslâ yeri yoktur. Filhakika olabilir ki — hatta en çok ta böyle olacaktır— inşaat ve ameliyat üçüncüşahsın meselâ, kiracının, menfaatine ve onun mesleğinin sanatının icabatı, hatta kendi rahat ve kullanışı için yapılmış olabilir; ve binaenaleyh malike hiçbir veçhile istifade temin etmezler. Misal olarak bir dişçiyi, bir doktoru, bir lokan- tacıyı zikretmek kâfidir. Malik gayrimenkul neye tahsis edilmişse onu aynen muhafazaya icbar edilemeyeceği cihetle, onu hiçbir mes'uliyet deruhde etmediği ameliyat ve inşaatın mes'ul olmaya cebretmek aşikâr- dır ki hakkaniyete muhalif olur.

Federasyon Mahkemesinin evvelce de tebyin etmiş olduğu üzere, ameliyat ve inşaat malik tarafından sipariş edilmiş olması halinde bile işçinin kendisine verilen iş parçasının malik ile müteahhit arasında tan- zim olunan umumî şartnameye dâhil olup olmadığını araştırması ve hat-

ta bedeli tahkik etmesi tabii ve normal ise, malikten gayrı bir kimse tarafından bir işe memur edilen şahsın, sadece malikin rıza ve muvafakati olup olmadığını değil belki onun bu işten mes'ul olup olmayacağını ve mes'ul olacağı ne nisbette olacağını soruşturması ondan daha normaldir. Bu o kadar tabiidir ki, malik, üçüncü şahıs tarafından tutulan, angaje edilen müteahhidin kim olduğunu her zaman bilemez; hatta olabilir ki işlerden, inşaattan haberi bile olmaz; binaenaleyh ameli olarak inşaatçılara kendilerinin emek ve ödençlerinden dolayı hiçbir mes'uliyet kabul etmediğini ihbar etmek malik için imkânsız olur.

Şayet malik yapılan inşaatın masarifini siparişi veren şahsa, akten değilse kanunen zamin bulunsaydı vaziyet başka olurdu. Bu takdirde şöyle bir sual varidi hatır olabilirdi: Aceba bu halde müteahhit veya işçi kanuni ipotek hakkının tescilini talep etmek hakkını haiz midir? Fakat işbu davada böyle bir mesele tavazzu etmediği için bu noktayı halletmeğe lüzum yoktur. Filhakıka Mm Bianchini'nin inşaat masrafı için müddealeyhe rücu hakkı olduğu dermeyan edilmedikten başka, bilâkis müddealeyhin ameliyata ancak masrafı kiracıya ait olmak haydi sarihiyle müsaade ettiği sabit olmuştur. Bütün bu mesrudattan çıkan netice şu olur ki, bu şerait dâhilinde müddeinin kanuni ipotekten istifade talebinde bulunmağa hiçbir veçhile hakkı yoktur.

II ci Hukuk Dairesi. — MM. Soldaki, Yaeger, Rambert, Strebel, Brodtbeck, Leuch ve Hablützel. İki tarafın vekilleri: Cenevre avukatlarından M. Brand ve M. Vogt