

İsviçre Federasyon Mahkemesi

I^{ci}. Hukuk Dairesi

16 Kânunusani 1930 celsesi

Reis: M. Oser

(Eski Guggenheim Floersheim ve Ş. müesseseleri
A. Ş. — Wormser ve Bollag) davası.

Satım. Hadisede hangi memleketin hukuku mabihüttatbiktir meselesi. — Paris'te mukim bir satıcı ile Zurich'te mukim bir alıcı arasında münakit bir satım. — Mebi Paris'te teslim ve semen gene orada tediye olunacak idi; fakat satıcı malları doğrudandoğruya Zurich'e alıcının adresine göndermiş. — Semen tediyesi zamanında açılan dava. — Mebinin aybına müsteniden dermeyan olunan defî. — Davanın reddi. — Hadisede mabihüttatbik hukuk.

İ B K. m. 74 No. 1 ve 3

T B K. m. 73 No. 1 ve 3

1. — Bir akitte tatbik olunacak hukuk, bizzat tarafların hini akitte mabihüttatbik addettikleri hukuktur.

Taraflar bubapta bir rıza beyanında bulunmamışlarsa, aralarındaki hukukî münasebetin aktin icra olunacağı mahal hukukuna tâbi olmasını arzu ettikleri farz olunur.

2. — Bir hukukî münasebetin heyeti mecmuasıyla bir tek ve aynı hukuka tâbi olmasını istihdaf eden hukuku düvel prensibi bilâkayıt ve mutlak surette kabul olunamaz.

Bu suretle, ecnebi hukukuna tâbi bir satım akti mevzuubahs olduğuna göre, mebiin keşif ve muayenesi ve ayıplarının ihbarı hususlarında « locus regit actum » kaidesi mer'i ve caridir.

Hususiyle, mebi İsviçrede teslim olunmuşsa, aktin diğer kısımları bir ecnebi kanununa tâbi bulunsa bile, ayba müteallik usul ve hususatta İsviçre hukuku mabihüttatbiktir.

3. — İsviçre Federasyon Mahkemesinin, mahkeme salâhiyet ve vazifesine mütedair şartların tebarüz ettirilmesi lüzumu hakkında vazetmiş olduğu prensipler aktin icra olunacağı mahalle müteallik aktî şartlara kabilitatbik değildir.

Mezkûr esaslar filhakika, bir hukuku esasiye prensibini himaye lüzumuna müstenittir; bu lüzum, akitlerin icra mahalli için varit değildir.

4. — Bir siparişi teyit eden bir mektubu cevapsız bırakan kimse, bu mektup mufadının evvelce şifahen kararlaştırılan şeylere tamamen mutabık bulunduğunu kabul etmiş farzolunur.

VAKIALARIN HULÂSASI

1927 haziranında, müddei Paris'te kâin Eski Guggenheim Floersheim ve Ş. Müesseseleri A. Şirketinin Zurich mümessili Jacques Gottlieb, müddaaleyh olan Zurich'te kâin Wormser ve Bollag ticarethanesine nümune üzerine No. 605 cinsinden bir yün kadife takdim eder. Boyanmış kadife ile boyanmamış kadifenin nisbî kıymetleri ile fiat hakkında müddei ile mümessili arasında birçok mektup ve telgraf teatisinden sonra, müddealeyh 28 haziran 1927 tarihli bir mektupta metrosu 30 franktan, 140 santim eninde ve 605 cinsinden 43 top renkli ve 69 top ta boyanmamış kadife sipariş eder. 29 haziran 1927 de müddei müddealeyhe 96 top yün kadife siparişini kabul ettiğini bildirir; ve sonra berveçhiati kısım kısım teslimat ile 90 top gönderir:

- 1 ci parti : 1 temmuz 1927 de; 17.933 franklık; müddealeyh
15 temmuz 1927 de bu meblâğı müddeiye ödenmiştir.
- 2 ci parti : 16 temmuz 1927 de; 17.786 franklık
- 3cü parti : 29 » » » ; 9.706 »
- 4cü parti : 2 agustos » » » ; 34.236 »
- 5 ci parti : 4 » » » ; 39.567,50 »
- 6 cı parti : 8 » » » ; 7.074,50 »

Müddealeyh bu kumaşlardan bir kısmını, perdahlarını gidermek üzere

Zurich'te Heckmann şirketine yollar. Badehu bu perdahı giderilen kumaşların bir kısmından kadın mantosu yapar. 10 ağustos 1927 tarihinde müddeaaleyh müddeiye : perdahı giderme ameliyesinin kumaş üzerinde yol yol sakatlar meydana çıkardığını ve bunların malı satılmaz hale getirdiğini ihbar eder; neticede, gerek henüz işlenmemiş kumaşları gerekse imal olunmuş mantoları satış fiyatına müddeinin emrine amade kılar ve duçar olduğu zarardan kendisini mes'ul addettiğini beyan eder. Aynı zamanda müddeaaleyh müddeiye bir de rapor gönderir; bu rapor, kendisine bir manto tetkik ve keşfettirilmiş olan Zurich'te kâin Schütze ve Ş. ticarethanesinin raporudur; bu raporda neticede, müşahede olunan ayıpların yıkama ve basma (foulage) esnasında hasıl olma kırıklar olduğu yazılıdır. 11 ağustos 1927 de müddei matalibi kabul etmediğini, ve perdah giderme ameliyesi esnasıdda tezahür eden ayıplardan dolayı hiçbir mes'uliyetle muatep olamayacağını bildirir. Müddeaaleyh 13 ağustos 1927 tarihli mektubunda, evvelki matabilinde ısrar eyler; fakat müddeinin mezkûr matalibi kabulden imtinaı üzerine müddeaaaleyhe henüz perdahı giderilmedik iki top kumaşı perdahı giderilmek üzere Schütze ve Ş. ticarethanesine yollar. 31 ağustos 1927 de bu ticaretevi kendisine, perdah giderme ameliyesinin kumaşlarda tıpkı Heckmann tarafından perdahı giderilen toplarda olduğu gibi onlara tamamen mümasil çizgiler meydana çıkardığını, ve perdah giderme ameliyesinin hemen de çaresiz olan bu ayıpların sebebi olamayacağını ihbar eder.

Bunu müteakip, her iki taraf müteakabilen birçok ticaretevlerinin ve ehlivukfların reylerine müracaat ederler, bunlardan müteaddit raporlar alırlar. Müddei, müddealeyh tarafından kendisine ret ve iade olunan mantolardan birini Roubaix Sınâi Tahliller Labaratuarı vasıtasıyla tetkik ettirir. Bu labaratuarın tetkikatı neticesinde vâsıl olduğu kanaat şudur : Kumaşlarda müşahede olunan ayıplar imalde bir kusurdan mütevellit olmayıp fena veya fazla şiddetle yapılmış bir perdah gidermeden ileri gelmektedir. Müddeaaleyh te Wadenswil Çuha Fabrikası ile Paris ve Mulhouse Ticaret odalarından birer mütaleaname istihsal eder; bunların hepsi, ayıpların perdah gidermeye kabiliisnat olmadığını söylemişlerdir. Nihayet, Zurich kazası münferit hâkimi, müddeaaaleyhin istidası üzerine ihtiyatî tedbir olmak üzere o da bir keşif ve muayene yapılmasını emreder; ve bu ehlivukuf işini Wadenswil'de H. C. Schulthess ve H. Pfenniger'e havale eyler. Bu ehlihibrelerin kanaatleri de: çizgiler perdah giderme

ameliyesinden sonra meydana çıkmıştır, fakat imallerinde yapılan bir kusurdan ileri gelmiştir, suretinde tecelli eder. Mumaileyhler kumaşlarda bundan mütevellit kıymet düşüklüğünü yüzde 60 olarak tesbit ederler.

B. — 3 teşrinisani 1927 de müddei müddeaaaleyhten, parti 2 ilâ 6 teslimatı bedeli olan 108.370 frangın ayrıca 100,50 fr. tahlil masrafı ile beraber tahsili zımında bir dava açar.

Müddeaaaleyh, müddeiye 96 top sipariş verildiği halde onun 90 top göndermiş olması keyfiyeti için bir diyeceği olmadığını beyan ve buna mukabil aktin feshini, ve mütekabil dava olarak ta aşağıdaki meblâğların hüküm altına alınmasını talep eyler.

1. Liman ve gümrük resmi	Fr. 2.879.25
2. Perdah giderme masrafları	Fr. 53.65
3. Bitmiş mantoların satış fiatı	Fr. 21.331.75
4. Henüz imal olunmamış mantolar için kazanç zıyaı	Fr. 10.000 —
5. Bugüne kadar ehlivukuf ve avukat ücretleri	Fr. 643.85
	<hr/>
	Fr. 34.908,50

Mütekabil davacı bilâhara, bitmiş mantolar için 21.331 fr. 75 (3 cü kalem) yerine 17.165 fr. 75 istemek suretiyle mezkûr meblâğı 30.742 fr. 50 haddine indirmiştir.

C. — Zurich kantonu Ticaret Mahkemesi 11 temmuz 1929 tarihli kararı ile aslî davayı ret ve mütekabil davayı da 8 şubat 1928 den itibaren $\frac{0}{10}$ de 5 faizi ile beraber 25.348 fr. 10 miktarınca varit görerek o yolda hüküm verir.

D. — Müddei bu kararı temyiz eder.

Federasyon Mahkemesi temyiz talebini ret ile taarruz olunan kararı tasdik eylemiştir.

ESBABI MUCİBE

1. — Müddei taraf hadisede Fransız hukukunun ve müddeaaaleyh ise İsviçre hukukunun tatbiki lüzumunu iddia ediyorlar. Mabihüttatbik hukukun hangisi olduğunu İsviçre hukuku ahkâmına göre tayin etmek lâzımdır. Binaberin Federasyon Mahkemesi işbu temyiz talebi münasebetiyle bu mütekaddim meseleyi tetkike salâhiyettardır.

Bir borç münasebetinin, hassaten bir satım aktinin hükümleri bizzat tarafların akti inşa ederken mabihüttatbik addettikleri hukuka tâbidir. Eğer iptidadanberi taraflar, aralarındaki hukukî münasebetin başka bir memleket hukukuna tâbi olacağını açıkça ve birbirine uygun surette beyan etmemişlerse, kabul etmek lâzımdır ki ifa mahalli hukukunu mabihüttatbik addeylemişlerdir (İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecm. 44 II s. 417; 47 II s. 550, J. d. T. 1922 s. 140; 48 II s. 393, J. d. T. 1923 s. 81; 49 II s. 75 ve 235, J. d. T. 1923 s. 613 ve 558). Hadisemizde, taraflar ifa mahallinin tabii hukuk ve kanununu bertaraf etmek arzusunu hiçbir yerde izhar etmiş değillerdir. Binaenaleyh tatbik olunmasını derpiş ettikleri hukukun bu mahal hukuku olduğu kabul olunmak iktiza eder. Şuhalde ifa mahalli hangisidir, bunu araştırmak lâzım gelir.

Müddeaaleyh iddia ediyor ki ifa mahalli Zurich'tir akit; orada inşa olunmuştur; mukavele kendisi ile müddeinin mümessili arasında şifahen orada aktolunmuştur. Zurich'ten başka bir yeri ifa mahalli olarak göstermeğe müsait olan bütün şartlar mukaveye sonradan ve birtarafli olarak müddei tarafça ilâve olunmuştur; bunlardan aktin eczasından madut değildir. Filhakika şu meselede tereddüde düşülebilir: Acaba müddeaaaleyh 28 haziran 1927 tarihli sipariş mektubunu göndermekle, bilâhara müddeinin 29 haziran 1927 tarihli teyit mektubu ile kabul etmiş olduğu bir icap mı yapmıştır; yoksa bu mektuplar Paris'le Zurich arasında karşılaşmış olup, evvelce muteber surette şifahen takarrur eden şeylerin bir tekrarından mı ibarettir? Birinci şıkta bu mektuplar, içinde aktin muhtevası yazılı vesaik (document dispositifs — Dispositivurkunden) mahiyetinde olacaktır. Şayet bunun aksine olarak, müddeinin mümessilinin aktin bütün esaslı noktalarında müddeaaaleyh ile anlaştığı, hususî bir şeklin mahfuz bulundurulmadığı, mephusünanh iki mektubun ise ancak bir ispat unsuru olduğu kabul olunmak lâzım gelirse, bu takdirde, âkitlerden herbiri teyit mektubunun evvelce şifahen takarrur eden şartlara uymadığını ispat edebilir. Hadisemizde müddeaaaleyh bu ispatı ne yapmış, ne de hatta buna teşebbüs etmiştir. Binaennleyh burada bu iki ihtimalden hangisinin mütehakkak elduğunu araştırmaya lüzum yoktur. Böyle olunca, müddeinin bilâhara yeni şartlar ilâvesiyle şifahî akti birtarafli olarak kendiliğinden tadil ettiği değil, belki onun teyit mektubunda, mümessili tarafından evvelce müddeaaaleyh ile kararlaştırılmış olan şeyler nelerden ibaret ise onları sadece tekrar etmiş bulunduğu kabul olunmak iktiza eder. Eğer ispat vasıtası teşkil etmeseler,

teyit mektupları umumiyile mülâhaza olundukları şekilde, hassaten şifahî akit halinde amelî hiçbir kıymeti haiz olmazlardı. Muhatap, teyit mektubunda yazılı olan şeylerin şifahî akte uygun olup olmadığını tetkik, ve onda tesadüf edebileceği mutabakatsızlıklara akittaşının nazarı dikkatini celbetmek suretiyle yukarıda işaret ettiğimiz karinenin aksini ispat edebilir. Ticarî münasebetlerde hâkim olması lâzım gelen hüsnüniyet kaideleri iktızasınca: mürsil, muhataptan teyit mektubunu kontrol etmesini, şayet mektup şifahî akte mübayin şartları muhtevi ise itiraz etmesini beklemekte haklıdır. (Bakınız : İsv. Fed. Mahk. Resmî karar mecm. 32 II 286; Oser, n. 5, İ B K. m. 74 hakkında; von Tuhr, B K I s. 167 ve II s. 442 n. 12 ve orada zikrolunan eserler).

Müddeinin 29 haziran 1927 tarihli bütün teyit mektuplarının hepsinde şöyle bir şart vardır, ve bu şart, yukarıdaki mesrudata nazaran, mukavelelenin eczasından addolunmak lâzımdır: «Mallarımız Paris'te alınmıştır, kabul olunan tediye tarzı ne olursa olsun bedelleri Paris'te ödenecektir. Poliçelerimiz ve franko, mahallen kazaî salâhiyeti tayin eden şu şarta istisna teşkil etmeyecektir». Binaenaleyh, akit mucibince, sırtıcının mebiin mülkiyetini nakletmek borcu, ve alıcının da semeni ödeme borcu her ikisi Paris'te ifa olunacaktı; şuhalde ifa mahalli Paris'tir.

Yukarıda zikrolunan şart formül halinde hazırlanmış olan teyit mektubunun altına okunmaz şekilde ve küçücük harflerle basılmış idi; bunu gören Ticaret Mahkemesi bu şartın müddeaaaleyh hakkında lüzum ifade edip edemeyeceğinde tereddüt etmiştir. Federasyon Mahkemesinin salâhiyettar mahkemeyi akten tayin meselesine müteallik şartların tebarüz ettirilmesi lüzumuna dair vazetmiş olduğu esaslar, şüphesiz, ifa mahalline mütedair olarak yazılmış şart ve hükümlere kabilitatbik değildir. Merci ve mahkemeyi tayin meselesine müteallik kaideler hukuku esasiye prensiplerini alâkadar eder; bunun aksine olarak, ifa mahalli hakkında böyle bir prensip mevzuubahs değildir; ve bir hukuku esasiye hakkından feragate mevzu sıkı şart ve takyitler, şüphesiz, tarafların yapacakları bir mukavele ile kanunî ifa mahalli mahkemesinden başka bir mahkemeyi merci olarak göstermeleri halinde haizi kıymet değildir. Üstelik, hadise-mizde, aktin şifahen yapıldığını müddeaaaleyh kendisi kabul etmektedir. hal böyle ise, yukarıda söylenen mülâhazalara nazaran şunu da kabul etmek lâzımdır hi Paris'i teslim ve tediye mahalli olarak irae eden şart evvelce şifahen ve kâfi bir vuzuhla kararlaştırmıştır.

Maamafih, Ticaret Mahkemesinin de nazara almış olduğu üzere, hadi-
semizde akitle tayin olunan ifa mahalli ile kanunî mahal ayrı ayrı de-
ğildir, birdir. Şuhalde ifa mahalline mütedair matbu şartın muteber olup
olmadığını araştırmaya hacet yoktur. Eğer o mnteber değilse, kanunî ifa
mahalli nazarı itibara alınır. Müddeinin teyit mektuplarında geçen «mas-
rafsız Paris'te teslim», «masrafsız Roubaix'de teslim», « Seyriseri ile
adresinize sevk» kelimeleri, Ticaret Mahkemesinin de bihakkin söylediği
gibi, ifa mahalline taallük etmeyip belki sevk ve irsalin şekil ve suret-
lerini gösterir (Oser, Şerh, 2 ci tabı, not 20, I B K. m. 74 hakkında;
von Tuhr, B K II s. 446). Kanunî ifa mahallinin hangi yer olduğunu hâ-
kimin kanununa, binaenaleyh İsviçre hukukuna nazaren tayin etmek ikti-
za eder. Münazaalı alışveriş bir nevileriyle muayyen eşya satımı olmasına
göre, satıcı borcunu, I B K. m 84 No. 3 mucibince, kendi ikametgâhın-
da ifa edecekti; halbuki I B K. m. 74 No. 1 mucibince, alıcı da keza
semeni alacaklının ikametgâhı olan Paris'te eda edecekti. İsviçre hukuku
yerine Fransız Kanunu medenisinin 1609 cu maddesi tatbik edilmekle de
aynı neticeye varılacağını, Ticaret Mahkemesi doğru olarak kaydetmiştir.
Bu itibarla, ister aktî ifa mahallinin muteberliği kabul olunsun, ister tâlî
olarak buyun yerine kanunî ahkâmı cariye tatbik olunsun ifa mahalli
Paris'tir. Bundan işbu davada hasıl olan netice şu olur ki, müddeinin
satım aktini dürüstçe ifa edip etmediği ve mebiin ayıplarından dolayı
bir teminat ile mükellef olup olmadığı ve uhdesinde böyle bir tekeffül
varsa bunun ne nisbette olduğu meselelerine müteferri ihtilâf, kaideten,
fransız hukukunun hükümlerine tâbidir.

2. — Müddei şöyel bir iddiada bulunmuştur: Müddeaaaleyh, hıyarıayıp
davası (action redhibitoire) bahsinde, mebiin aybından kendi lehine
olarak tevellüt eden hakları fransız hukukunun derpiş ettiği şekiller da-
iresinde dermeyan etmemiştir. Müddei bundan, malların kabul edilmiş te-
lâkki olunması lâzım geldiği neticesini çıkarıyor. Fransız Kanunu mede-
nisinin 1184 cü ve 1648 ci maddeleri, hıyarıayıptan (vices redhibitoires)
neş'et eden hakların bir hukuk davası zımında dermeyan olunması lü-
zumunu butlan müeyyidesi altında olarak emretmektedir. Bu dava hakkı
için Fransız Kanunu medenisi şu hükmü muhtevindir: « Hıyarıayıp davası,
bu ayıpların nevi ve mahiyetine ve satım mahallindeki âdete göre alıcı
tarafından kısa bir müddet zarfında ikame olunmalıdır ». Mebiin aybı
bahsinde İsviçre hukuku ile müesses olan usul Fransız hukukunda malûm

değildir. Fransız hukukuna nazaran, müşteri hukukan ayıp def'ini dermeyan etmek için bayiin kendi aleyhine semen davası açmasını beklemelidir.

Müddealeyhin mütekabil davası, fransız kanunu medenisi madde 1648 mefhumunca vaktinde açılmış addolunabilir mi, addolunamaz mı, bu da belli değildir. Her ne kadar mezkûr 1648 ci madde dava müddetinin tayini için mebiin ayıplarının mahiyetine ve mahallî örfü âdete bakılır demişse de, Ticaret Mahkemesi bu meseleyi menfi şekilde halletmiştir. Mezkûr ahval ve zuruf ise, hadisemizde, müddetin pek kısa olması lehine değildir. Federasyon Mahkemesi, kanton hâkiminin ecnebî hukukunu tatbiken hallettiği bu meseleyi tekrar tetkike salâhiyetli değildir. Böyle olmakla beraber, Ticaret Mahkemesi beca olarak, mebiin ayıplı olmasından mütevellit dava hakkının şekil ve müddetlerine fransız hukukunun tatbikinin şüpheli olduğunu mülâhaza etmiştir. Bunun içindir ki bu meseleyi evveli emirde halletmiştir. Her ne kadar, kaideten, taraflar arasında münakit satım akti fransız hukukuna tâbi ise de, hususî bir noktada, yani İsviçrede mukim müddealeyhin mebiin ayıplarını ne şekilde dermeyan edeceği noktasında İsviçre hukuku tatbik olunabilir.

Hilâfına mukavele olmadıkça, tarafların ifa mahalli hukukunu arzu etmiş olacakları şundan dolayı mefruzdur ki, en ziyade tatbikini umdukları hukuk budur. (Bakınız: Federasyon Mahkemesinin «Lindenmann ve Ş. — Brause ve Ş.» davasında verdiği 3 teşrinievvel 1922 tarihli karar: İsv. Fed. Mahk. Kesmî karar mec. 48 II 390 ve mab. ; J. d. T. 1923, s. 80). Bazan olabilir ki hem aktin inikadı zamanında taraflar bu aktin hükümlerini muayyen bir hukuk ve kanuna tâbi tutmak hususunda mutabık kalırlar, veyahut şayet tatbik olunacak hukuk meselesini münakaşa etselerdi ifa mahallinde mer'i olan hukuku kabul edecek idikleri meczum olur, hem de aynı zamanda akitten tevellüt eden bazı hakları aktin küllü ve tamamı hakkında mabihüttatbik olan hukuktan başka bir hukuka tâbi kılmış olabilirler, veya bu mesele ile meşgul olsalardı böyle yapacak idikleri kabul ve farzolunabilir.

Hadisemize gelince, şurası sabittir ki, müddeinin matbu teyit mektubu (formulaire de confirmation) üzerine tabolunan şarta nazaran, bütün mallar Paris'te teslim ve bedelleri orada tediye olunacaktı. Maahaza bu şarta muhalif olarak, yün kadifelerin «masrafsız Reims'te teslim» veyahut «seyri-seri ile doğruca adresinize teslim» diye sevkleri takarrur etmiştir. Bu

sevk tarzı, malların fransız hukukuna tevfikân Paris'te muayenelerini muhal kılmakta idi. Müddeinin teyit mektuplarında, bundan başka, « masrafsız de teslim » şartının, salâhiyeti kazaiyeye mütedair olan diğer şarttan rücu ve inhırafı tazammun etmediği tasrih edilmekte idi. Maahaza bu keyfiyet vaziyette bir değişiklik husule getiremez : Madem ki müddei malları başka yerlerde teslim ediyordu, müddeaaaleyhten onları Paris'te muayene etmesi talep olunamazdı. Binaenaleyh, müddeaaaleyh malı muayene ve bunun ayıplarını ihbar etme tarzına müteallik bütün hususlarda fransız hukukuna tâbi olmuştur denilemez.

Şimdi, mebiin ayıplarını ihbar ve bunu dermeyan hususunda tarafların tatbikini arzu ettikleri meczum olan hukuk hangi memleket hukukudur, bunu tetkik etmek lâzımdır. Bu hukuk ancak ve ancak, mebiin muayene ve indelhace ayıpların ihbar edilecek olduğu mahal hukukudur; binaberin bu ise fransız hukuku olmayıp İsviçre hukukudur. Tarafların fransız hukukunu, münhasıran, ifa mahalli hukuku olduğu için intihap etmiş olmaları faraziyesi, tarafların makul ve binaberin mefruz ve meczum olan niyetlerine uymayan bir hayalden başka bir şey olamaz. Bu keyfiyet şununla daha kolaylıkla şayanı kabul olabilir ki, mahkemeye müracaatle dava lüzumu fransız hukukuna hâs bir hususiyettir, halbuki mebiin aybı bahsinde İsviçre hukukunca tesis olunan usul, devletlerin bir çoklarında mevcut ve müşterektir.

Tacirden ecnebi hukukunun böyle hususiyetlerini bilmesini ve bunlara müraat etmesini istemek, işlerin süratle tasfiyesini amir olan ticaretin menfaatlerine muhalif olduğu gibi, kendi memleketinde ayıp def'i dermeyan eden İsviçre taciri için de hakkaniyetsiz bir şeydir. Evet gerçi beynelmilel işler, tacirleri, memleket dahilinde yapılan akitlerde olduğundan daha büyük bir hazm ve ihtiyata mecbur eder; fakat böyle olmakla beraber, ecnebi memleket hukuklarını bilmeyi ve bunlara müraat etmeyi de bu ihtiyat kaideleri meyanına sokmak istemek çok ileri gitmek olur.

Şuhalde, ayıpları ihbar tarzına kabilitatbik olan hukuk meselesinde, tarafların mefruz ve meczun olan rıza ve iradelerine değil belki «Locus regit actun» prensibine istinat etmek doğrudur. Mebiin aybı, bir satım aktinde alelekser tarafların ummadıkları, derpiş etmedikleri fevkalâde bir şeydir; böyle olunca bubapta her karine ve faraziye nihayet bir hayalden ibaret kalır. Bundan maada, ayıpları ihbar ve bunu dermeyan tarzı tarafların serbesçe mukavele edebilecekleri hukuk idadından hariç olup hukuku amme ve

hassaten usulu muhakeme hukuku ile sıkı bir irtibat alâkasını haiz bulunmaktadır. Hâkim, tarafların muhtemel bir mukavele ve şartını nazara almayarak, ayıp usulüne tatbik olunacak kanun ve hukuku kendisi tayin etmelidir. Bu hususta vereceği karar müşterinin ikametgâhında mer'î olan hukuk lehine olacaktır, bu mahal hukuku racih tutulur. Daha mebi muayene olunurken bu işe resmî makamların da iştirak etmesi usulünün bazı devletlerde derpiş edilmiş olması tasavvura sığmaz ve olmaz bir şey değildir. Böyle bir halde mahallî hukukun tatbikinden tecerrüt edilmek istenirse şu neticeye, yani memleketin resmî makamlarını ecnebi usulü-muhakeme hukuku mucibince ve müşterinin ikametgâhı kukukunda —yani bu davada İsviçre hukukunda — mevcut ve malûm olmayan resmî muameleler yapmağa icbar etmek neticesine vâsıl olunur.

Filvaki, «masrafsız... da teslim» kaydı, malın Paris'te muayenesini müstahil kılmakta idi ise de müddeaaaleyhin itirazını Fransız hukukunun emrettiği şekiller dairesinde dermeyan etmesine mani değildi; bu cihet doğrudur. Böyle olunca, şöyle bir mülâhaza varidi hatır olur: Acaba, müddeaaaleyh mebi muayene ile mükellef mi idi ve nezaman muayene ile mükellefti meselesine İsviçre hukuku, ve diğer taraftan müşterinin mebiin aybını ne şekilde dermeyan etmesi icap edeceği meselesine de Fransız hukuku kabilitatbik olamaz mı? Maamafih mebiin muayenesi ve ayıplarının ihbarı müşteri indinde tek bir usul ve muamele teşkil eder; ve bunlar yekdiğerine okadar sıkı bir irtibat alâkası ile bağlıdır ki bunları birbirinden ayırmak kabil değildir.

Hukuku hususiyeyi düvelde mevcut olan mantıkî bir mütearafeye göre bir akitten imbias eden bütün hukukî münasebetler bir tek ve aynı hukuk ve kanuna tâbi tutulmalıdır; bu kaide en yeni hukuk doktrininde en son teliflerde hâlâ kabul olunmaktadır (bakınız: Oser, Şerhinin 2 ci tab'ı, hukuku hususiyeyi düvel hakkında umumî methal, not 49 ve mabaadi). Fakat bir hadisede kabilitatbik olan hukuku intihap için konan prensiplerin ekserisi, bizatihi alındıkları takdirde yalnız haddi zatında doğru suretihaller vermemekle kalmayıp aynı zamanda üstelik yukarıda zikrettiğimiz mantık mütearefesiyle de ekseriya taarruz etmektedirler. İşte bu suretledir ki yalnız ifa mahallinin hukukunun tatbiki, bilfarz iki-tarafli akitlerde, aynı akit için iki muhtelif hukukun tatbikine müncer olabilir (Oser, aynı eser, n. 49). Hadisemizde, munhasıran Fransız kanununun tatbiki müşteri hakkında hakkaniyete uygun düşmez. Bundan şu

netice hasıl olur ki, ayıba mütedair usul, mantiki tenakuza düşmeden ve amelî müşkülâtı mucip olmaksızın pekâlâ diğer münazaalı noktalardan tefrik ve «locus regit actum» kaidesine tevfikân hal ve faslolunabilir; filhakika bu mesele satımın maddî hukuku ile doğrudandoğruya alâkadar ve ondan gayrikabilitefrik bir şey değildir (bakınız: Alman Temyiz Mahkemesinin kararı: Entsch. für les Zivils, cilt 73 No. 95, s. 390), Federasyon Mahkemesi «Buser — Kurz» davasında ısdar ettiği gayrimünteşir kararında evvelce de kabul etmiş olduğu üzere, mebiin ayıpları müşterinin tâbi olduğu hukuka nazaran rüyet ve hallolunmalıdır. Bu görüş, müddei tarafından ihticaç olunan 5 mart 1923 tarihli «Zucker - Petitpierre — Schmid» kararına mubayin değildir (Isv. Fed. Mahk. Resmî Karar mecm. 49 II 70 ve mab.; J. d. T 1923 s. 610). Bu kararda ifa mahalli hukukunun, ayıbın neticeleri ve teminat borcununu vüs'at ve şümulü hakkında kabilitatbik olduğu beyan olunmuştur, bubaptaki itirazın şekli hakkında değil.

3. — Müddeaaleyhin ayıpları müddeiye bildirdiği 10 ağustos tarihli ihbar mektubu gerek zaman ve gerekse şekil itibariyle İsviçre kanununun hükümlerine muvafıktır.

Müddei, müddeaaleyhin perdah giderme ameliyesini, ilkönce, kendisine gönderilen nümunenin üzerinde yaptırmakla mükellef idiği hakkında dermeyan ettiği iddiadan feragat etmekle isabet etmiştir.

Müddei, ayıplar perdah giderme ameliyesi esnasında meydana çıkmıştır; binaberin müteahhit (perdah giderici) ıstısnâ akti kaidelerine tevfikân ayıpları işsahibine haber vermeli idi; şuhalde işsahibi (müddeaaleyh), müteahhidin bu zühulünden mes'uldür yolunda bir iddiada bulunmuştur. Bu şikâyet, dosya evrakına muhalif bir müşahadeye istinat etmektedir. Ticaret Mahkemesi ehli-vukuf raporuna müsteniden ve Federasyon Mahkemesince muta ve mecburî bir şekilde, yün kadifelerin gizli ayıplarının perdah giderme ameliyesi ile belirmediğini ve fakat kat'î olarak ancak mantolar bittikten sonra meydana çıktığını tesbit ile bu yolda hüküm vermiştir. Binaberin ayıpları ihbar müddeti ancak bu zamandan itibaren işlemeğe başlamıştır. Daha bu sebepten, müddeaaleyhin perdah gidericinin fiil ve ihmallerinden dolayı mes'uliyeti mevzuubahs olamaz; üstelik müteahhidin ihbar etmemekle işsahibine karşı muatep olacağı mes'uliyet, ayıpların geç haber verilmesi noktasından, işsahibinin müşteri sıfatıyla bayie karşı mes'uliyetini müeddi otamıyacağı muhakkaktır.

İhbar müddeti, sadece, perdah giderme için muktazi zamanla manto-

ları imal için lâzım gelen zamanı cemederek hesaplanamaz. Müddeaaaleyh kumaşları derhal işlemeğe mecbur değildir. İtiraz müddeti, mantoların tamamladığı ve çizgilerin (ayıpların) keşfolundukları günden itibaren cereyana başlamıştır; bundan evvel müddeaaaleyh, kendisine bir zararı mucip olmaksızın, kumaşı işlemeğe vermeden bekletebilirdi. Şayet Ticaret Mahkemesi, işin muhtemel devam müddeti üzerinde müşahadelerde bulunmuş ise bunu, ihbar mehlini hesap etmek için değil, belki bu müddetin başlama noktasını tesbit etmek için yapmıştır. Mezkûr mahkemenin bu müşahadelere müstenit istikrası Federasyon Mahkemesini bağlar. Ticaret Mahkemesinin müddeaaaleyhe, matalibini tavzih ve tesbip edebilmesi için bir mütehasssın rey ve mütaleasını almak üzere ilk mantolar tamamlandıktan sonra yeniden kısa bir müddet vermiş olmasında Federasyon mevzuatına karşı vaki bir tecavüz ve ihlâl yoktur. Schütz ve Ş. müessesesi müddeaaaleyhin talep ettiği istişarenameyi 8 agustos 1917 de vermiş olduğuna nazaran 10 ağustosta vaki olan ayıp ihbarı, zamanında yapılmıştır.

4. — Federasyon mahkemesi, müddeinin müşahade olunan ayıplardan dolayı müddeaaaleyhe ne nisbette teminat ile mükellef olduğunu bilmek meselesini temyizen tetkik etmek mevkiinde değildir. Ticaret Mahkemesi bu meseleyi pek yerinde olarak fransız hukukuna tevfikan halletmiştir; Federasyon Mahkemesi ise ancak İsviçre hukukunun tatbikatını gözden geçirip mürakabe edebilir.

1 ci Hukuk dairesi : Oser, Ursprung, Weiss, Thelin, Robert, Engeler ve Bolla. — Tarafların vekilleri : Zurich avukatlarından Hk. Dr. Metr E. Pedrotti ve Metr Gubser ; Metr Guhl ve Metr Chiodera.

II

İsviçre Federasyon Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi

25 Eylül 1929 celsesi

(Kull — Zraggen) davası.

ÜCRET HACZİ. — Evvelki alacaklılar tarafından iki defa haczolunmuş bulunan ücret. — Yeni bir haciz talebi daha. — İstida sahibine verilen borç ödemededen aciz vesikası. — Bu şahsın şikâyeti. — Şikâyetin kanton merciince kabulü, Federasyon Mahkemesince reddi.

I İc. ve İf. K. m. 89 ve mabaadi, 110, 115.
T. İc. ve İf. K. m. 68 » » 89, 94.

1 — Borçlunun ücreti üzerine konan haciz ancak bir sene için muteberdir; bu senelik müddet haczin icrasından başlar.

2 — Ücretin haczi kabil kısmı kâmilen evvelki alacaklılar tarafından evvelce zaten haczolunmuş bulunsa bile yeniden haczolunabilir; ancak ne var ki bu yeni haciz ona mütekaddim ve racih olan hacizlerin sukutundan sonra hüküm ifade eder.

VAKIALARIN HULÂSASI :

A. — Franz Zraggen aleyhine yürütülen muhtelif takiplerde, Schattdorf İcra dairesi, borçlunun haczolunabilir ücretini—ki ayda 25 franktan ibarettir— evvelce iki defa haczeder. Bu hacizlerden dosya vesikalarına nazaran hangi tarihte yapıldığı (ne de icra numarası, alacaklının adı ve takibin mevzuu olan alacağın miktarı) belli olmayan birinci hacizin

1 teşrinisani 1929 tarihine kadar hükmü vardır; keza dosyadan kimlerden müteşekkil olduğu anlaşılmayan bir alacaklılar derecesi lehine olarak 5 kânunuevvel 1928 tarihinde tatbik olunan ikinci haciz, sonra, 1 teşrinisani 1929 dan itibaren hüküm ifade edecektir; ve mecmuu 330 franktan ibaret birtakım alacaklar için muteberdir.

Temyiz müstedisi Kull, 26 kânunusani 1929 tarihinde, evvelce aynı borçlu aleyhine başlamış bulunduğu bir takibe devam olunmasını talep ettiğinden İcra dairesi kendisine 4 şubat 1929 tarihinde bir haciz zabıtnamesi tevdi eder. Mezkûr zabıtnamede: şimdilik borçlunun ücreti kâfi derecede mahcuz olduğundan artık haczi mümkün ne mal ve ne de gelir mevcut olmadığı zikrolunmakta idi. Bu itibarla haciz zabıtnamesi borç ödemededen aciz vesikası yerine geçecektir.¹

B. — İcra No. 156 takibinde, 1 kânunuevvel 1929 dan muteber bir ücret haczi tatbik olunması talebiyle, Kull, müddeti içinde mezkûr tedbir aleyhine şikâyette bulunur.

C. — 5 temmuz 1929 tarihli kararıyla Uri İtiraz mercii şikâyeti ilk esbabı mucibeyi tervicen reddeder. Merci, ortada 5 kânunuevvel 1928 tarihli bir haciz olduğuna göre şikâyetçi lehine yapılacak haczin ancak 1 teşrinievvvel 1930 dan muteber olabileceğini takdir etmiştir. Mezkûr makam, böyle bir haciz kabule şayan değildir, zira bir alacaklı, borçlunun ücretini ancak bir sene için haczedilebilir; ve bu senelik müddet, takibe devam talebinden cereyana başlar. Buna mukabil, 1 teşrinievvvel 1930 dan itibaren, ücret yeniden başka alacaklılar lehine haczolunabilir.

D. — Vaktini geçirmeden Kull, taraflara 3 eylülde tebliğ olunan bu karar aleyhine Federasyon Mahkemesine müracaat ile evvelki merci huzurunda serdettiği netice taleplerini yeniden dermeyan ve tekrar eyler.

Bu müracaat kısmen kabul olunmuştur. Federasyon Mahkemesi, taarruz olunan kararı bozarak Schattdorf İcra dairesini nakız sebepleri dairesinde işe yeniden bakmağa davet etmiştir.

ESBABI MUCİBE

1 — Müstakar içtihadı nazaran bir ücret üzerinde hacze ancak bir sene için karar verilebilir. İtiraz mercii'nin görüş tarzına muhalif olarak

bu senelik müddet, takibe devam talebi tarihinden değil haczin icrasından itibaren hesap olunmalıdır. Aksi taktirde, bu hadise de vazıhan gösteriyor ki, haciz talebi İcra dairesince bigayrihakkın reddolunan alacaklı tam bir sene hacizden istifade etmek hakkından mahrum edilmiş olur. Şayet haczin icrası zamanında zaten başka bir takip zımında ücret evvelce mahcuz olup ta bu haciz ücretin bütün haczolunabilir kısmını tamamen istiap ve işgal eyliyorsa, ikinci haczin hüküm ifade etmeğe başlaması, birinci haczin hükmü baki olan senenin sonuna bırakılamaz. Zira bu, şu neticeye müncer olur: bir zaman gelir ki borçlunun ücreti bir seneden fazla müddetle haczedilmiş olur. Buna ise gerek borçlunun gerekse üçüncü şahıs alacaklıların menfaati namına cevaz gösterilmemiştir. Buna mukabil, ücretin haczolunabilir kısmının bir sene müddetle ikinci bir hacze tâbi tutulmasına hiç bir mâni yoktur; elverir ki bu ikinci haczin hükmü talik edilmiş olmasın. Her alacaklı bilfiil, borçlunun ücretini haczettirmek hakkını haizdir; ve diğer taraftan İ. İc. ve İf. K. m. 110 § 3 (T. İc. ve İf. K. m. 89) hükmüne göre; evvelce mahcuz mallar, hasılâtı bu evvelki hacizden müstefit olan alacaklıların alacaklarının tesviyesine tahsis olunan fazla için muteber olmak üzere, o nisbette yeni bir hacizde dâhil olabilirler. İmdi bu hüküm keza ücretin haczikabil kısmı hakkında da tatbik olunmak ıktıza eder. Bundan, şüphesiz şu netice hasıl olur ki ücrete tatbik olunan ikinci haciz, birinci haczin, takibe mevzu olan alacağın ödenmesi veya haczin muteber olduğu senenin inkızası veyahut sair bir sebeple sukutundan sonra semere verir. Böyle bir halde, İcra dairesi bittabi, ikinci haciz esnasında haciz zabıtnamesinde birinci haczin vüs'atini ve muhtemel müddetini işaret ederek alacaklıya malûmat vermeliştir.

2. — Bu hadisede, temyiz müstedisi, kendisine takibe devam talebinde bulunması üzerine İcra dairesince sadece borç ödemededen aciz vesikası verilmiş olması keyfiyetini bihakkın tenkit etmektedir. Anifülbeyan mülâhazalara binaen İcra dairesi bu aciz vesikasını istirdat ile, mevzuubahs No. 156 işte bir sene muteber olmak üzere ücretin haczi kabil kısmı üzerinde bir haciz vaz'ına davet olunmalıdır. Yukarıda söylendiği gibi, bu sene, haczin talep olunduğu veya borç ödemededen aciz vesikasının verildiği günden değil bilâkis haczin bilfiil vukubulduğu tarihten itibaren hesap olunmalıdır.

No. 1 bendinde münderiç esbabı mucibeden bir de şu netice hasıldır

ki, İcra dairesince, 1 teşrinisani 1929 ilâ 1 teşrinisani 1930 (nakzı istenen hüküm yanlış olarak 1 teşrinievvel 1930 dan bahsetmektedir) muteber olmak üzere 5 kânunuevvel 1928 tarihinde konan haciz de kanun hükümlerine muhaliftir. İşbu usul ve muamelede, bu haciz, ondan müstefit olmuş olan alacaklılara temyiz müstedisine karşı dermeyanı kabil haklar temin etmiş midir, etmiş ise ne nisbattedir bunları tetkike imkân yoktur.

Mütercimi: M. O.