

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARININ
1935 - 1936
NAZARİ BAKIMDAN ANALİZİ

1. — BORÇLAR HUKUKU.

1. — HAKSIZ FİLLER

a) Boykot

1 — Meşru bir rekabete mâni olmak için bir sendika tarafından yapılan boykot ; hâkimin müdahalesi. (B. K. m. 41, 48)

Meşru bir rekabeti menetmeğe yeltenen bir boykot gayri meşrudur; bu boykotun gayrimeşru olması için yalnız gaye ve vasıtaların kanuna mugayir bulunmuş olması kâfi olmayıp, kullanılan usullerin de hüsnüniyete muhalif olması lâzımdır. Prensipte itibarile her tüccar müteahhidini intihapta serbesttir; binaenaleyh bir tüccar rakibinin müteahhidile iş yapmağa devam etmekten imtina edebilir ve bu rakibine emtiasını satmamasını temin için de kendisine bu hususu bildirebilir. Fakat bilmukabele, rakibe emtia satışını kesmesi hakkında müteahhide yapılan davet bir tek tüccar tarafından değil de bir birlik tarafından yapılır, ve diğer taraftan, bu davet bir müteahhide değil de aynı emtiayı satan bilûmum müteahhitlere vuku bulursa, ve bu tarzda bir hareket boykot edilen kimsenin kısmen veya tamamen ticarî faaliyetine engel olacak bir şekil arzederse, ticarî hüsnüniyet kaidelerine göre böyle bir vaziyet ancak birliğin yüksek menfaatlerini siyaset için başkaca müessir vasıtaların mevcut olmaması halinde caiz ve muteberdir (15 Birinciteşrin 1935 tarihli **Syndicats des patrons tapissiers du canton de Genève c/Comptoir genevois des papiers peints S. A.** kararı) ¹⁾

¹⁾ A. T. F. 61, II, 250. — J. d. T. 1936 sah. 130.

Bu karar hakkında **Semaine judiciaire**de intişar eden bir not ²⁾ mukaddem davalarda boykotun gayesi, boykot edilen kimsenin cari fiyatları veya mesleki bir cemiyet tarafından yapılan tarifeleri tagyir etmesine mâni olmak ³⁾, veya cemiyete girmesini temin veya cemiyetten çıkmasına mâni olmak ⁴⁾, veya münasebetsiz ve çirkin olduğu takdir edilen ticarî usuller istimal etmiş olması dolayısıyla kendisini cezalandırmak ⁵⁾ olduğunu kayıt ve işaret ediyor.

Filhakika « **Syndicats des patrons tapissiers** » kararı « boykota müteallik içtihatteki tekâmülün yeni bir merhalesini tesis etmektedir ». Artık sınıf mücadeleleri devresi veya sendika ve kartellerin tesis ve organizasyonu devresi geçmiştir; mevzuu bahs olan mücerret meşru bir rekabete mâni olmak maksadile kullanılan bir vasıtaadır. Bu hususta Federal mahkemesinin kaydettiği ecnebi mahkeme kararlarının bazı kısımlarına işaret etmek enteresan olur.

a) İtalyan hukukçularından Carrara İngilterede rüyet edilen bir davayı mevzuubahs ediyor ⁶⁾ : rekabet maksadile, bir çok İngiliz deniz nakliye kumpanyaları Çinden İngiltereye Mongola nakliye kumpanyası vasıtasile yapılan çay nakli işine mâni olmak için aralarında anlaşmışlardı; bu maksatla, Mongola kumpanyası vapurlarını istimalden vazgeçtikleri takdirde Çinli ihracatçılara bir prim vereceklerini vait, aksi halde emtialarının hiç bir suretle boykot grubu tarafından nakledilmeyeceğini bildirdiler; bundan başka, Mongola vapurlarından birinin her kalkışında, boykotçular kendilerinin bir vapurunu aynı limandan hareket ettiriyorlar ve buna tarife muharebesi vazifesini veriyorlar. Mogola kumpanyası boykotçular aleyhine bir dava ikame ediyor, fakat 1892 senesinde Lordlar Kamarası tarafından talebi reddediliyor.

²⁾ *Semaine judiciaire* 1936 sah. 70.

³⁾ *A. T. F.* 42, II, 167; 54, II, 160; 57, II, 334 ve 481. — *J. d. T.* 1928 sah. 514; 1932 sah. 266 ve 277.

⁴⁾ *A. T. F.* 56, II, 431; *J. d. T.* 1931 sah. 550.

⁵⁾ *A. T. F.* 57, II, 263 ve 481. — *J. d. T.* 1931 sah. 610; 1932 sah. 277.

⁶⁾ Carrara, *Il boicottaggio* (italyanca) sah. 34 ve 35.

b) Daha yakın bir zamanda, Frnsada, Parisin büyük yevmi gazetelerinin müdür ve idare adamları, bilûmum gazete bayilerine itriyatçı Coty'nin yeni neşretmekte olduğu « L'Ami du Peuple » yevmi gazetesini satacak olurlarsa kendilerine artık gazete verilmeyeceğini bildirdiler. Ayrıca, büyük reklâm acentelerini de aynı şekilde tazyik ettiler. 21 İkincikânun 1929 tarihli kararile Seine Ticaret mahkemesi, gazete naşirlerinin gazete satımını kendilerine mutaden meslek olarak ittihaz eden kimseler ile reklâm acentelerine tesir yaparak muayyen bir gazetenin satılmasına ve o gazeteye reklâm verilmesine mâni olmak fiilinin bu gazete aleyhine gayri kanunî bir rekabet hareketi olduğunu takdir etti. Bu karar 9 Nisanda Paris İstinaf mahkemesi tarafından tasdik edildi ⁷⁾ .

c) **Almanyada** Reichsgericht şunu beyan etmiştir ⁸⁾ : Piyasada kâfi derecede bulunup ta bir ticarethanenin işlemesi için zarurî olan emtianın tedarikine kasden mâni olma keyfiyeti, mameleke karşı gayri kanunî bir tecavüz teşkil eder ; bu tarzı hareket aranılan neticeyi kısmen veya tamamen husule getirmiş olsa bile hüküm böyledir. Şüphesiz ki normal hallerin husul ve cereyanına dayanan ümitler, iktisap edilmiş bir şey değildir. Fakat bir ticarethanenin idamesi ve kâr menfaat temini, bilhassa normal iş münasebetlerinin herkes için müsavi olan tabii neticelerine dayanır. Binaenaleyh bir kimse rakip bir ticarethane işletmek suretile değil de başka bir tarzda bu tabii neticelerin husulüne sistematik bir şekilde mâni olur ve gayesi de bir tüccarın müessesesini temelinden yıkmak bulunursa, bu tüccarın mamelekine karşı gayri kanunî bir tecavüz irtikâp etmiş olur.

d) Federal mahkeme bu kararında müellifler meyanında Kohler ve Germann'i zikrediyor. Carrara da ⁹⁾ mücerret rekabet

⁷⁾ Godinot, La concurrence déloyale ou illicite, sah. 307 - 309. Bu müellif yukarıdaki kararı kabul ediyor.

Bidayet mahkemesi kararı için bak: Sirey 1929, II, 140 ve mü.

İstinaf kararı için bak: Sirey 1930, II, 116 ve mü. ; Rev. de dr. civ. 1929 sah. 109.

⁸⁾ Entsch. in Zivilsachen, 28, sah. 247.

⁹⁾ Op. cit. sah. 197 ve 198.

maksadile istimal edilen boykotajı gayrı kanunî addediyor; müellif bu şekil boykotajı, bir rakibi rekabetten vazgeçirmeğe icbar etmek veya müessesesini mahvetmek için o rakibe karşı kullanılan veya kullandırılan bir savaş usulü olarak tarif etmektedir. «Bu tip boykotajların gayrı kanunî olduğu âşikârdır, ve bu, muhtelif sebeplere dayanmaktadır: Evvelâ böyle bir boykotajın sebep ve illeti hiç şüphesiz ki gayrı ahlâkîdir; saniyen, boykotajı yapanlar umumiyet itibarile boykotajı tahrik edenlerden başka bir tüccar sınıfına aittirler ve bu itibarla işte olan alâkaları tabiî bir alâka değil uzak bir alâkadır. Filhakika boykotaja rakip tüccar veya sanayi erbabı tarafından karar verilse, kararı tatbik edecek olanlar bunlar değildir. Çünkü aleyhine boykotaj yapılan ile doğrudan doğruya münasebette değillerdir; bunun için rekabetten vazgeçmesini temin maksadile kendisini icbar edecek muhik sebepler bulunmaksızın bu şahıs ile doğrudan doğruya münasebette olan diğer şahıslara müracaat edeceklerdir; bilâkis, kendileri için piyasa vaziyetini iyileştiren rekabeti teşvik etmek menfaatleri iktizasındandır; binaenaleyh boykotaja karar verenlerle bu kararı tatbik edenlerin akdettikleri anlaşma gayrı kanunîdir». (Aynı mahiyette olan ve aşağıda zikredilen 4 Birinci kânun 1935 tarihli *De Pietro c/ Gigon - Talon* kararına bakınız).

2 — Boykotaj - Şahsî menfaatlere tecavüz.

Yapmakta olduğu rekabete sed çekmek maksadile bir tüccarın meslekî cemiyete girmesine mâni olunduğu gibi bu tüccar boykot dahi ediliyor; tüccarın şahsî menfaatlerinin haksız olarak tecavüze uğradığı tahakkuk ediyor; işde maddî bir zararın mevcudiyeti isbat edilemediğinden ancak manevî tazminata hükmediliyor (B. K. m. 49).

Bir rakibin meslekî cemiyete intisabına desise istimalile mâni olan ve müessesesini mahvetmek için onu boykot ettiren kimse haksız bir fiil irtikâp etmiş olur ve bu yüzden husule gelen maddî ve manevî zarar ve ziyarı tazmin ile mükellef tutulur (4 Birinci kânun 1935 tarihli *De Pietro c/ Pigon - Talon* kararı ¹⁰⁾).

¹⁰⁾ A. T. F. 61, II, 348. — J. d. T. 1936 sah. 147.

b) Gayrı kanunî rekabet

3 — İstihdam edenin mesuliyeti.

Kara nakil vasıtalarının seyrü seferinden doğacak kazalara karşı sigorta eden ve «yolcuların hukukunu sıyanet» maksadile teessüs eden iki rakip şirket arasında bir ihtilâf zuhur ediyor; şirketlerden biri, müddeialehy diğer şirkete karşı âza ve müstahdemlerinin ahlâk ve kanunla kabili telif olmıyan hareketleri dolayısıyla tazminat davası ikame ediyor (B. K. m. 48, 55; M. K. m. 48) ¹¹⁾.

Borçlar Kanununun 48 inci maddesi mücerret dar mânada haksız rekabeti değil, umumî olarak hüsnüniyet kaidelerine muğayir olarak müddeialehyin müşterilerini tenakus ettiren yahut bunları kaybetmek tehlikesine maruz bırakan bilûmum ticarî usulleri kasdetmektedir. Borçlar kanununun 55 inci maddesinde derpiş edilen istihdam edenin mesuliyeti kıyasen haksız rekabet hususlarına da tatbik edilir. Mezkûr maddede sevk edilen tahalüs beyyinesinin haksız rekabet meselelerinde de ikame edilebilmesi için, âza ve müstahdemlerin istihdam edenin talimatı hilâfına hareket etmiş olduklarının isbat edilmesi kâfi değildir (27 İkinci Kânun 1935 tarihli *Compagnie d'Assurance et de protection juridique pour les usagers de la route c/ Société pour la protection juridique des assurés* kararı) ¹²⁾.

4 — Haksız rekabet (B. K. m. 48).

Rakibin emtiası veya usulleri hakkında yapılan hakikî ve âfakî tenkit haksız rekabet fiilini teşkil etmez.

Bir rakibin emtiasını maktu fiyatından daha dûn bir fiyatla satmak keyfiyeti gayrı kanunî bir hareket teşkil etmez, yeter ki bu satış rakibin aynı şekilde vâki olan hareketine mukabele ola-

¹¹⁾ C. O. m. 48, 55; C. C. S. m. 55.

¹²⁾ A. T. F. 61, II, 339. — J. d. T. 1936 sah. 250.

rak yapılmış olsun (3 Birinci Kânun 1935 tarihli **Max S. A. et cons. c/ Kaiser et Cie S.A.** kararı) ¹³⁾.

c) **Matbuat serbestisi** (B. K. m. 49).

5 — Umumî menfaate müteallik hâdiseler hakkında halkı âfakî şekilde tenvir etmek keyfiyeti matbuat serbestisinin hikmeti vücudunu ve hududunu tayin eder ¹⁴⁾. Fakat yevmî hâdiseleri kabil olduğu kadar hakikate yakın bir şekilde, bitarafane, ve yevmî istihbaratın ihtiyaçları müsaade ettiği nisbette ciddiyetle kontrol ederek efkârı umumiyeyi tenvir etmek olan bu birinci vazifesinden gayri ¹⁵⁾ matbuat aynı zamanda efkârı umumiyeyi idare ve terbiye etmek ile de mükelleftir; bu maksada binaen matbuat yalnız ciddiyetle ve titiz bir şekilde yevmî hâdiseleri bildirmek değil, fakat aynı zamanda bunları münakaşa etmek, mütalea beyan etmek, tasdik veya muahaze etmek, yani tenkit etmek hakkına da maliktir.

Matbuat serbestisinin hudutları kat'î ve değişmez değildir. Serbest münakaşaya bırakılan saha kâh çok vâsi kâh sıkı surette tahdit edilmiştir. İdarei umumiyeye, iktisadî teşkilât ve siyasete müteallik umumî meseleler serbestçe münakaşa edilebildiği halde, hususî bir şekilde himaye edilmekte olan bazı Devlet menfaatlerine veya kanunen tanınmış olan hususî bir hakka ancak büyük bir ihtiyat ile temas etmek caizdir. Ezcümle Borçlar Kanununun 49 uncu maddesile Medenî Kanunun 27 inci maddesinin hususî bir şekilde himaye ettiği şahsiyet hakları bu meyandadır (5 Mart 1935 tarihli **X. , Soci  t   anonyme c/ Y et Z.** kararı) ¹⁶⁾.

¹³⁾ A. T. F. 61, II, 343. — J. d. T. 1936 sah. 447. — Sem. Judic., Gen  ve, 1936 sah. 354.

T  rk hukuku hakkında ve Ticaret kanunumuzla Borçlar kanunumuzun haksız rekabete m  teallik ahk  mının telif ve tefsiri i  in bakınız: Prof. Hirsch, Ticaret Hukuku, Istanbul 1935, cilt I,    20, sah. 217 - 231 ve 216 daki Literatur.

¹⁴⁾ J. d. T. 1934 sah. 354, Maillard c/ Le Conf  d  r  .

¹⁵⁾ J. d. T. 1935 sah. 290.

¹⁶⁾ J. d. T. 1935 sah. 366.

6 — Evvel beevvel halka bir haber yayan gazete bu ihtiyatla mükelleftir; haberi birinci gazeteden nakleden diğer gazete de aynı ihtiyatla mükelleftir. Her ikisi de makaleyi neşirden evvel şahsî menfaatlara tecavüz edip etmediklerini ve hizmetile mükellef oldukları umumî menfaat bu şahsî menfaatlara tecavüzü veya hiç olmazsa bunları çığnemeği caiz kılıp kılmıyacağını araştırmaya mecburdurlar. (Hususî menfaat vaziyet icabı üstün umumî menfaate feda edilmelidir) ¹⁷⁾. Böyle bir itiraz «şahsî şüpheleri, ithamları veya tecavüzleri ihtiyatsızca kabul edip yayan» ¹⁸⁾ gazete tarafından dermeyan edilemez.

Kendisini ithamdan kurtarmak için havadisın alındığı gazeteyi bildirmek kâfi değildir; hattâ nakledilen ithamların bilâhare yanlış çıkabileceği mülâhazasile kaydı ihtirazî dermeyan etmek veya (doğrumudur? hakikî olabilir mi?.. deniyor... olabilir..) gibi istifhamî veya şartî sığa şekilleri kullanmak ta kâfi değildir. 6 II ci teşrin 934 tarihli **Schmid c/ Höflinger** kararında ¹⁹⁾ hatırlatılan 20 Eylül 1923 tarihli **Maggini c/ Anastasi** neşredilmemiş kararı şunu beyan etmektedir: «Üçüncü bir şahsın haysiyet ve şerefine tecavüz eden gazetecinin yaydığı havadisın bilâhare yanlışlığı tezahür edeceği hususunda bir kaydı ihtirazî dermeyan etmesi onu mesuliyetten kurtarmaz. İstifhamî sığa şekli hakkında da aynı mülâhaza varittir » .

7 — Magdur maddî bir zarar isbat edemeyip fakat yalnız manevî zararın mevcudiyetini isbat ettiği takdirde tazminata hükmedilebilmesi için talebini zararın ve kusurun hususî ağırlığına istinat ettirmesi lâzımdır (B. K. m. 49 fık 1) ²⁰⁾.

Mahkeme içtihatlarına göre « alelâde bir ihmal 49 uncu

¹⁷⁾ J. d. T. 1934 sah. 355.

¹⁸⁾ J. d. T. 1934 sah. 354.

¹⁹⁾ A. T. F. 60, II, 399. — J. d. T. 1935 sah. 295.

²⁰⁾ İsviçre Borçlar Kanunu hem zararın ve hem de kusurun ağır olmasını şart ettiği halde, Borçlar kanunumuz ise yalnız kusurun ağırlığına işaret etmiştir. Fakat hiç şüphesiz ki haksız fiillerin esas şartlarından olan kusurun nazarı itibara alınması icap eder. Binaenaleyh Borçlar kanunumuzun 49 uncu maddesini mehz kanunun aynı maddesine uygun olarak tefsir etmek lâzımdır.

maddenin kasdettiği mânada ağır bir kusur teşkil edebilir»²¹⁾).

8 — İttihâmın ağırlığı kusurun ağırlığına tesir eder. Meselâ bir işin temin ettiği kârları elde etmek için şirket hissedarlarını şirketin hakikî vaziyeti hakkında kasden hataya düşürmek veya bu hissedarlara takdim edilen rapor, bilânço ve tekliflerde yanlış malûmat vermek veya verdirmekle bazı kimseleri muahaze etmek keyfiyeti, kâfi derece ağır bir ittiham teşkil ettiği gibi, bu gibi ittihamların fiilen hakikate tevfak edip etmediğini veya hiç olmazsa gazetenin doğru diye kabul edebileceği hususlara dayanıp dayanmadığını, evvelce ciddiyet ve hüsnüniyetle tetkik etmeksizin «yaymak ta ağır bir kusur teşkil eder»²²⁾).

9 — Maatteessüf çok vâki olan aşağıdaki hal de ağır bir kusur teşkil eder. Evvelce ciddiyeti kontrol edilmeksizin ve işin yayımının halk tarafından bilinmesine bir ihtiyaç olmaksızın ve maznuna maddî ve manevî bir zarar ika edip etmiyeceğini araştırmaksızın cezayı mucip bir şikâyetin neşri keyfiyeti. Havadis diğer bir gazeteden nakledilmeden evvel şayet şikâyetnamenin tam metninin ne olduğunu anlamağa teşebbüs edilmemiş, ve fena imaların, mütaleaların ve iddiaların denî bir âleti olarak iş görülmüş ve havadisi yayan kimsenin bizzat şahidi olduğu vak'alar) âfakî ve bitaraf olarak haber vermediği fakat bunları «lüzumsuz» olarak tagyir ettiği ve tahkir âmiz bir şekilde soktuğu kolaylıkla anlaşılabilenekte ise, kusur daha ağır bir mahiyet kesbeder²³⁾. Bu halde mesuliyeti müstelzimi ihmal ve teseyyüp mevcuttur.

Halkın malûmattar olması icap ettiği bahanesile kontrolsuz, kayıtsız, hürmetsiz olan ve okuyuculara arzedilen ve izzeti nefsi rencide edecek mahiyette bulunan bir makaleyi hâkim bilâ tereddüt zecir ve tenkil etmeli ve önünü almalıdır.

10 — Bazı hallerde işi tarafkirane takip etmek, yalnız maznunun aleyhinde olan hususları bildirmek, yanlış oldukları tebey-

²¹⁾ A. T. F. 48, II, 23. — J. d. T. 1922 sah. 235; 1935 sah. 298 son fıkra.

²²⁾ J. d. T. 1935 sah. 296 ve yukarıda işaret edilen kararlar.

²³⁾ J. d. T. 1935 sah. 296.

yün eden iş'arları ya kendiliğinden veya müracaat üzerine düzeltmemek ilk kusuru ağırlaştırmak olur.

11 — J. c/ D. davasında verilen İkinci Teşrin 1935 tarihli karar «dava dosyasını tetkik etmemiş olan bir gazete için görülmekte olan bir ceza davası hakkında mütalea beyan etmek her zaman ihtiyatsız bir hareket teşkil eder» diyor. Bu kabil bir havadis neşreden gazete hiç olmazsa, «bu havadise bir not ilâve ederek, muhabirinin beyan ettiği mütalealardan doğacak mesuliyetin kendisine ait olacağını ve eski mütaleayı âfakî olarak müdafaa etmek isteyenlere sütunlarının açık olduğunu bildirmelidir». Aynı karar ayrıca şunu beyan etmektedir : «İttilam, ne kadar ciddi diye tanınan bir gazete tarafından neşredilmiş (veya naklen beyan edilmiş) olursa müttehime vâki tecavüz o derece ağır olur». «Yanlış havadisi kendiliğinden tekzip etmiyen gazete... iptidadaki fiilini pek fazla ağırlaştırmış olur».

12 — Maddî zarar ziyan ile manevî tazminat davaları, zararın husulüne tamamilen iştirak eden kimseler aleyhinde müteselsilen ikame edilebilir.

13 — Gazete, hükmi şahsiyeti haiz anonim bir şirket tarafından neşredilmekte ise, neşir keyfiyeti şirket organlarının bir fiilidir ve bunların kusuru şirketin şahsî kusuru imiş gibi kendisini ilzam eder. Bu netice doğrudan doğruya Medenî Kanununun 48 inci maddesinin, 2 nci fıkrasından istihraç edilmektedir; mezkûr fıkraya göre : «uzuvlar, hukukî bir tasarrufları veya diğer herhangi bir fiilleri ile hükmi şahsı ilzam ederler» .

Hükmi bir şahıs namına ve onun hesabına neşredilen bir gazetenin neşir keyfiyeti organlarının ve binaenaleyh bizzat şirketin bir fiilidir; burada Borçlar Kanununun 55 inci maddesinin tatbikini icap ettirecek istihdam edilen kimsenin fiili mevzuubahs değildir. Gazete müdüriyeti muharririnin makalelerini neşrederken muhtemel zararın husulüne iştirak ettiğini takdir etmelidir; şayet gazete müdüriyeti muharririn yazılarını kontrol edecek yerde ona itimat ederek neşrederse, bunu kendi mesuliyeti tahtında yapmış sayılır ²⁴⁾.

²⁴⁾ J. d. T. 1935 sah. 368 ve 369.

14 — Bir gazete makalesinin neşri cezayı mucip bir suç teşkil eder ve Ceza Kanunundaki müruru zaman müddeti Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasında ²⁵⁾ derpiş edilen müruru zaman müddetinden uzun bulunursa, nazarı itibara alınacak olan müruru zaman uzun müruru zaman müddetidir.

d) Cismanî zararlar

15 — Yolun kenarında bir çiftçi tarafından nezaretsiz bırakılan tehlikeli bir âlet (diren makinesi) yanında altı buçuk yaşlarında bir erkek çocuk arkadaşlarıyla oynamakta iken yaralanmış ve bundan dolayı çiftçi mesul görülmüştür (B.K.m. 41, 44, 54).

Hiç bir tedbire tevessül etmeksizin umumî yolun kenarında tehlike arzeden bir ziraî makine bırakan kimse, kendisini ilzam eden bir kusur irtikâp etmiş olur. Hakim, istikbalde iş göremek dolayısıyla hemen ödemek şartile bir tazminata hükmederse, tazminatın hali hazır miktarını bir iskonto ameliyesi ile hesap etmelidir. Müddeîaleyhin mesul olduğu bir kaza neticesi olarak mağdurun yaşama ihtimalleri azaldığı takdirde, faaliyet cetveli tesmiye edilen cetveller değil ²⁶⁾ bilâkis Piccard cetvellerinin tatbiki icap eder). (9 Temmuz 1935 tarihli **Chaudet c/Stalder** kararı ²⁷⁾).

16 — Ev reisinin mesuliyeti - Nezaret mecburiyeti.

Tahta kırmakta olan bir kızcağazın kullandığı baltanın bir darbesile bir çocuk yaralanmış ve bu yaralanan çocuğun babası bir tazminat davası ikame etmişti. Kanton mahkemesi müddeîaleyhin nezarete ihmalini kabul etmekle beraber davacının da kusuru olduğunu takdir etmiştir (M. K. m. 320) ²⁸⁾).

²⁵⁾ C. O. m. 60 fık. 1.

²⁶⁾ Faaliyet cetvelleri hakkında bakınız: *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1934 sah. 403 ve mü; 1936 sah. 244.

²⁷⁾ *J. d. T.* 1936 sah. 50.—Piccard cetvelleri için bakınız M.H. Ürgüplünün «Cismanî zarar» adlı makalesi (Hukuk Fakültesi Mecmuası yıl I, sayı 2, sayfa 154 ayrıca 153 teki not); ayrıca Profesör E. Arsebük, *Borçlar Hukuku Umumi esasları*, Ankara 1937, sayfa 259, 270, III ve bilhassa 280, § 57.

²⁸⁾ C. C. S. m. 333.

Umumiyet itibarile, ana baba, çocukları üzerinde daimi bir nezaret icra etmemekle vazifelerinde ihtimal göstermiş olmazlar. Hususî bir nezaret lüzumu, ancak çocuğun fiillerile üçüncü şahıslara zarar ika edebileceğini haklı gösterecek sebeplerin mevcudiyetine bağlıdır. Köyde, tehlikeli âletlerin çocukların eline geçebilmesi her halde müşküldür. Ana baba çocuklarının üçüncü şahısları tehlikeye maruz bırakabilecek bilûmum fiillerini derpiş edemez ve bu hususta icap eden bilûmum nasihat ve tenbihatta bulunmaları kendilerinden talep edilemez (14 Mayıs 1936 tarihli *Boschung c/ Rappo* kararı ²⁹⁾).

e) Adam ölmesi

17 — Müstakbel muinden mahrumiyet. — Manevî zararın tazmini (B. K. m. 45, 47).

Ufak yaşta bir çocuğun ölümü dolayısıyla talep edilen müstakbel maddî zararın tazmini hususunda her ne kadar hakimin çok ihtiyatlı davranması icap ederse de, bu gibi talepleri prensip olarak reddetmemelidir. Bilâkis ana baba lehine hükmedilecek olan manevî tazminat hususunda hakimin biraz cömert davranması gerektir (18 Mart 1936 tarihli *Epoux Guilgot - Guinand c/ Genre* kararı ³⁰⁾).

Müstakbel muinden mahrumiyet hususunda kat'î kaideler vazetmeğe imkân yoktur; ezcümle ufak yaşta ölen bir çocuk mevzuubahs olunca tamamilen ihtimaller sahasında bulunmaktadır; bunun içindir ki Federal mahkeme bir çok yeni kararlarile bu gibi hususların tazmini taleplerini büyük ihtiyatla karşılamıştır ³¹⁾. Fakat bu ihtiyat kaide olarak her hangi bir tazminat talebinin reddine kadar da varmamıştır. 2 Temmuz 1929 tarihli *Bonvallat c/ Dancourt et Bürgi* kararında ³²⁾ Federal mahkemenin

²⁹⁾ A. T. F. 62, II, 72. - J. d. T. 1936 sah. 495. - Ayrıca bak. bu yazı sah. 43. no. 20: *Oberhaensli* kararı.

³⁰⁾ A. T. F. 62, II, 58. - J. d. T. 1936 sah. 330.

³¹⁾ A. T. F. 58, II, 217 ve 218. - J. d. T. 1932 sah. 482 ve 488; 1935 sah. 362.

³²⁾ J. d. T. 1932 sah. 40.

beyan ettiği gibi, hakim hakkaniyete uygun olan bir tazminata hükmetmemek için pek ciddî ve bedbin düşüncelere kapılmayıp bilâkis her vaziyeti ayrı ayrı takdir etmeğe ve bunun için de o vaziyete taallûk eden bilcümle hâdiseleri (ve ana babasının ihtiyacı olduğu halde çocuğun kendilerine muavenet edebilecek bir seviyeye gelmiş olması hali de dahil olmak üzere) nazarı itibara almağa mecburdur ³³⁾).

Guilgot - Guinand kararında geriye doğru bir hareket birmektedir. Bu karar, kat'î kaidelerle bağlı kalmıyarak her hadisede adalet ve nisfete uygun kararlar vermek için tam serbestilerini muhafaza etmek arzusunda bulunan ve bazı hallerde mağdurun istikbalde ana babasına yardım edeceğine çok ihtimal bulunup tazminata hükmetmek icap ettiğini takdir eden hakimlerden müteşekkil bir ekseriyet tarafından verilmiştir (3 Şubat 1932 **Dietrich c/ Walder et Tribo** kararı) ³⁴⁾.

Bu temayülün aksi olan bir temayüle **Journal des Tribunaux** gazetesi 5 Temmuz 1932 tarihli **Hegelbach c/ Reutter** kararını ³⁵⁾ tahlil ederken işaret etmişti: Müstakbel maddî zararın mevcudiyeti oldukça meşkûk ve bilâkis manevî zarar ise tahakkuk etmiş ve inkârı gayri kabil olan bir zarar olduğunu göz önünde bulundurarak, bazı hakimler mevcut ve malûm hakikat ile amel etmeyi tercih ediyorlar. Kendilerine pek farazî görülen vaziyetleri paraya tahvil etmekten imtina ediyorlarsa da, buna mukabil manevî zararın tazmini hususunda pek cömert davranmaktadırlar. Bu iki temayül amelî olarak takdir edilen tazminatın mecmuu bakımından pek cüz'î farklarla aynı neticeye varmaktadır.

Mahkemece karara bağlanılan hususî halde, halen işsiz bulunan mütevazî bir saatçı ailesi mevzuubahstı; beş yaşındaki çocuğu diğer dört evlâdın en büyüğü idi ve «kendisinden genç olan kardeşlerine nazaran daha zeki, daha kâmil ve tamüssihha idi». Binaenaleyh normal bir şekilde bunun aile ihtiyaçlarını temine iştirak edeceği kabul edilebilir. Fakat bidayet hakimlerinin takdir

³³⁾ Demogue, Obligations, cilt IV, No. 421. — Prof. E. Arsebük, op. cit. sah. 273 ve mü.

³⁴⁾ A. T. F. 58, II, 29. - J. d. T. 1932 sah. 360.

³⁵⁾ A. T. F. 58, II, 217 esbabı mucibe 4. - J. d. T. 1932 sah. 482.

etmiş oldukları 4000 frank tazminat pek çoktur. Bu hakimler ne ana babanın yaşlarını, ne muhtemel yaşama müddetlerini, ne de çocuğun 18 yaşını ikmal ettiğinde çalışma kuvvetlerinin kat'iyen tenakus etmiyeceği hususunu hesaba katmamışlardır. Bu halleri nazarı itibara alan Federal mahkeme muinden mahrumiyet sebebiyle verilen tazminatı nisfet ve adalet mülâhazasile (*ex aequo et bono*) 2000 franga indirmiştir.

Bilmukabele, manevî zarar için takdir edilmiş olan tazminat hakkında bidayet hakimlerinin daha cömert dvaranmaları icap ederdi. Diğer taraftan kaza çok feci olmuş, ana babasının medarı iftihar olan ve kendilerine ümit veren büyük çocuklarının ölümüne neticelenmiştir. Bunu nazarı itibara alan Federal mahkeme, yeni içtihadına ³⁶⁾ uyarak tazminat miktarını 2500 frank babaya ve 2500 frank da anaya olmak üzere ceman 5000 franga çıkarmayı adalete uygun bulmuştur.

18 — Babasının ölümünden sonra dünyaya gelen çocuğun muinden mahrumiyeti - Müruru zaman (B. K. m. 45 ve 60).

Müddeîaleyhin ceza mahkemesince beraati, bazı hallerde âdi müruru zamanı uzatan cezai müruru zamana müteallik 60 ıncı maddenin 1 inci fıkrasının tatbikini bertaraf eder.

Babasının ölümünden sonra dünyaya gelen çocuğun muinden mahrumiyet dolayısıyla ikame etmiş olduğu tazminat davası hakkındaki müruru zaman müddeti, umumî kaide olarak, ancak müddeînin kaza neticesinde ölen kimsenin çocuğu olduğu - ya çocuğun büyük baba tarafından tanınması (M.K.m. 291) veya nesebin sıhhati (m. 249) veya babalık hakkında (m. 295 ve 296) mahkemenin karar vermesiyle - isbat edildiği tarihten itibaren hesap edilir. Çünkü davacı ancak bu andadır ki dava ikamesini haklı gösterecek «bir zararın mevcudiyetine muttali olmuştur» (10 Temmuz 1936 tarihli S. c/ Boillod kararı) ³⁵⁾.

³⁶⁾ J. d. T. 1934 sah. 301; 1935 sah. 98.

³⁷⁾ C. C. S. m. 303, 307, 308 ve 319.

³⁸⁾ A. T. F. 62, II, 147. - Ayrıca bak : A. T. F. 32, II, 177; 34, II, 29; 42, II, 46.

2. — İKİ TARAFLI MUKAVELELERİN FESHİ

21 — Tediye edilen bir meblâğın iadesi hakkında dava. — Müruru zaman.

Bir gayri menkulün kendisine satılacağı vadi üzerine müşteri gayri menkulün fiyatına mahsuben bayie bir miktar para veriyor; bayi mülkiyeti nakletmemekle mukaveleyi ifa etmeyince müşteri mukavelenin feshinden bir sene sonra tediye etmiş olduğu paranın iadesi hakkında dava ikame ediyor; bayi işin akit harici (extra - contractuelle) olduğunu beyan ederek bu husustaki müruru zaman definin dermeyanile borçtan kurtulmak istiyorsa da bu defî kabul edilmeyor (B.K.m. 108 fık. 1 ve 2, m. 125) ¹⁾.

Münfesihi bir mukavele dolayısıyla müşterinin tediye etmiş olduğu meblâğın iadesi hakkında ikame edilen dava, aynı sebebe müsteniden ikame edilen tazminat davası gibi mukaveleden doğan bir davadır. Binaenaleyh bu iki dava da on senelik müruru zamana tâbidir (15 Bir. Teş. 1935 tarihli **Tschumper, Zeidler et Co. c/ Moser** kararı) ²⁾.

Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin 1 inci fıkrasında derpiş edilen iade davasının mukavele harici mahiyetinde olduğunu kabul etmiyen kararın esaslı mucip sebeplerini buraya nakletmek faideli olur.

Federal mahkemesi **Bütting c/ Schindler et Co.** kararile ³⁾ iade davasının 10 senelik müruru zamana tâbi olduğuna hükmetmiştir; ve aynı maddenin ikinci fıkrasının derpiş ettiği zarar ziyan davasının 10 senelik müruru zamana tâbi olduğu umumiyetle kabul edilmekte iken bu iade davasının aynı müruru zamana tâbi olmamasına hiç bir sebep görülememektedir. 108 inci maddenin 2 inci fıkrasında menfi zarar ziyan tabir edilen zarar ziyanın tediyesi hakkındaki dava aynıle kendisini mukavelenin

¹⁾ C. O. m. 109 fık. 1 ve 2; 127.

²⁾ A. T. F. 61, II, 225. - J. d. T. 1936 sah. 143.

³⁾ A. T. F. 60, II, 27. - J. d. T. 1934 sah. 183.

neticelerinden kurtarmak için hatayı iddia eden (B. K. m. 26) tarafta veya salâhiyeti olmıyan mümessile karşı (B. K. m. 39) ika-me edilen dava gibi akit harici (extra - contractuelle) bir mahi-yeti haiz olduğunu iddia etmektedir; bu davalar ise Borçlar Ka-nununun 60 ıncı maddesine göre bir senelik müruru zaman ile sakıt olurlar.

Federal mahkeme başka fikirdedir. Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki dava mevzuunu menfi zarar ziyana hasretmekle - ki bu husus umumiyetle kabul edil-mektedir - bu davanın hukukî mahiyeti izah edilmiş olmaz; an-cak zararın bir hesaplama tarzı tarif edilmiş olur: yani müddeî hiç bir mukavele akdetmemiş olsaydı ne gibi malî bir vaziyette bulunacak idise onu o vaziyete sokmağa çalışmak demektir ⁴⁾. Menfi zarar ziyanın tediyesine müteallik davanın hukukî mahi-yeti, kanunun bu dava hakkını bahşettiği hallerde muhakkak su-rette aynı değildir; bunun içindir ki kendi görüşünü teyit için müddeîaleyha tarafından işaret edilen Borçlar Kanununun 26 ve 39 uncu maddelerindeki dava haklarının akit benzeri davalar ⁵⁾ veya akit harici davalar ⁶⁾ veya akit harici davalara müşabih *ex lege* (kanun harici) davalar ⁷⁾ olup olmadığının tetkiki lü-zumsuzdur. Bütün bu hallerde Borçlar Kanununun 108 inci mad-desinin 2 inci fıkrasındaki dava hakkı mukavelelerin ademi ifa-sına müteallik kaidelere tâbi olmak icap eder, çünkü bu dava hakkı borçlunun akde muhalif (anticontractuelle) vaziyetine do-layısıyla dayanmaktadır ⁸⁾. Her ne kadar sahîh ve muteber bir mukavelenin feshi itibarile alacaklının mukaveleyi feshe dair be-yanına bağlı bulunmakta ise de, bu fesih borçlu tarafından akdî bir vazifenin ademi ifası dolayısıyla bilvasıta husule gelmektedir

⁴⁾ T. Guhl, *Obl. Recht*, sah. 46, fık. d.

Simonius, *Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages* (Zeit. f. Schw. Recht, mecmuası No. 37 sah. 253 ve mü).

⁵⁾ Becker, madde 26 serhi No. 1 ve m. 39 serhi No. 4. - Von Tuhr, *Par. Gén. du C. O.*, cilt I sah. 263 ve 322. — E. Arsebük sah. 456.

⁶⁾ Simonius, ismi geçen eser, sah. 232.

⁷⁾ Oser - Schönerberger; B. K. m. 39 serhi No. 7.

⁸⁾ Von Tuhr, *op. cit.*, cilt II sah. 552.

ve feshe müteallik beyan bu vazifenin ademi ifası hususunu de-
ğiştiremez⁹⁾. Müddeialehanın düşündüğü gibi gayrı mantıkî
-saj iuridicelari «mukavele denilbilir ki «mukavele geçmiş neticelerini fes-
hetmek kuvvetini muhafaza eder»¹⁰⁾. Filhakika, Borçlar Kanu-
nunun 26 ve 39 uncu maddelerindeki menfi zarar davasının hu-
kukî mahiyetinin akit harici olduğunu iddia edenlerin dayandık-
ları başlıca nokta sahih ve muteber bir şekilde asla aktedilmemiş
olan bir mukavelenin bazı neticeler tevhit etmekte devam ede-
memesidir¹¹⁾; fakat bu mütalea Borçlar kanununun 108 inci
maddesinin 2 inci fıkrasındaki hal için vârit değildir, çünkü bu-
rada mukavele sahih olarak inikat etmiş fakat taraflardan biri-
nin akte muhalif bir vaziyeti dolayısıyla münfesihi olmuştur.

Diğer taraftan Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin bi-
rinci fıkrasında derpiş edilen iade davası, aynı kanunun 61 inci
maddesine göre bir **condictio indebiti** olmayıp hususî **ex lege** bir
dava hakkıdır¹²⁾.

3. — MÜRURU ZAMAN

22 — Bir senelik müruru zamana tâbi zarar ziyan davası.

Borçlu bir senelik müddet içinde borçlu olduğunu beyan
ediyorsa da borcun miktarını kabul etmiyor; bu beyandan bir
seneden fazla müddet geçtikten sonra dava ikame ediliyorsa da
müruru zaman sebeble reddediliyor (B. K. m. 133/1, 135)¹³⁾.
Borçlu borcunu bir senette ikrar etmek suretile müruru zamanı
katetmiş ise, yeni müruru zaman müddeti 10 senedir (B. K. m.
135 fık. 2). Bu hükümde «sened» den maksat, borçlunun bor-
cunun hem cihet ve esasını ve hem de miktarını kabul ettiğine
dair tanzim ettiği bir vesikadır; tabiri diğerle bu senet itirazın
ref'i senedinin haiz olduğu şart ve vasıfları haiz olmalıdır (İ. İ.

⁹⁾ Becker, B. K. m. 109 şerhi No. 3; Simonius, op. cit., sah. 269.

¹⁰⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht, cilt III, sah. 308.

¹¹⁾ Oser - Schönerberger, B. K. m. 39 şerhi No. 7.

¹²⁾ A. T. F. 53, II, 119.

¹³⁾ C. O. m. 135 No. 1, 137.

K. m. 68.)¹⁴⁾ - (23 Birinci Teşrin 1935 tarihli Zurich Belediyesi c/ Labhardt kararı)¹⁵⁾.

4. — UZUN VADELİ AKİTLERİN İHBARI

23 — a) Cemiyetler.

Fiyatları müdafaa maksadile tüccar ve müstahsillerden müteşekkül bir sendika ticaret siciline kaydolunmaksızın hükmi şahsiyeti iktisap eder.

Bir korporasyonun umumî menfaatlerini vikaye maksadile teşekkül eden ve hiç bir iktisadi faaliyete girişmeyen bir cemiyet nizamnamesinde cemiyet olarak teşekkül arzusunu izhar edip korporatif bir teşekküle malik olunca ticaret siciline kaydolunmaksızın şahsiyet iktisap eder.

b) Şahsiyetin himayesi. - Uzun vadeli mukavele. - İhbar hakkına müteallik şartın mukavelede musarrah olmamasına rağmen mefruz bulunduğu (M. K. m. 23, 45, 52, 53, 54)¹⁶⁾.

Her uzun vadeli mukavelede fesih şartının musarrah olmasına rağmen muhakkak surette mefruz bulunduğu kaide olarak vazedilemez; fakat âkitlerden biri tarafından tayin edilen muayyen bazı fiyatlardan aşağı satmamağı bilmukavele kabul eden âkidi diğer bir tüccar, makul bir müddet içinde ihbar etmek şartile ve fesih keyfiyeti mukavelede derpiş edilememiş ve anlaşmaya tekaddüm eden müzakerelerde görüşülmemiş olsa dahi mezkûr mukaveleyi bir müddet sonra feshetmek hakkını her zaman muhafaza eder (11 Şubat 1936 tarihli Schweiz. Tabakverband c/ Schmuklersky kararı)¹⁷⁾.

Müddeialehy tarafından mukavelenin feshedilebileceğine dair kararın esbabı mucibesi aşağıdadır :

¹⁴⁾ L. P. m. 82. — Mustafa Reşit, İ. İ. K. şerhi, İstanbul 1932, sah. 73-74.

¹⁵⁾ A. T. F. 61, II, 334. - J. d. T. 1936 sah. 332.

¹⁶⁾ C. C. S. m. 27, 52, 59, 60, 61.

¹⁷⁾ A. T. F. 62, II, 32. - J. d. T. 1936 sah. 354.

Ayrıca, bu aynı yazı No. 6 (Adi icra) ve No. 7 (Clausula rebus sic stantibus) a bak.

Şayet müddeialehyh ticaret hürriyetini tekrar elde edemeyecek şekilde gayrı muayyen bir müddet için kendisini bağlamış olsaydı Medenî Kanununun 23 üncü maddesindeki kaide ile telif kabul etmez bir şekilde mezkûr hürriyeti tahdit etmiş ve bu akit Borçlar Kanununun 20 inci maddesi hükmüne göre batıl olacaktı. Akitlerin bilâhare batıl olduğu anlaşılan bir mukaveleyi aktetmek arzu ve niyetinde bulduklarını imkân dahilinde kabulden imtina etmek lâzımdır. Diğer taraftan Von Tuhr'un¹⁸⁾ dediği gibi, bilûmum uzun vadeli mukavelelerle de fesih hakkının mefruz bir şekilde taraflarca kabul edildiğini ve makul bir müddet içinde ihbar etmek şartile bu hakkın istimal edilebileceğini karine olarak kabul etmeğe de mahal yoktur; her halde bu kaide umumî bir prensip olarak vazedilemez. Netekim müstecirin ayni mesleği icra ettiği müddetçe mucirin icra aktini feshe hakkı olmayacağına dair yapılan mukaveleyi Federal mahkeme sahih ve muteber addetmiştir¹⁹⁾. Fakat bir şeyden hasıl ettiği istifadeden feragat ile, müddeialehyhin yaptığı gibi, gayet geniş bir şekilde iktisadî hürriyetini tahdit arasında çok büyük bir fark vardır.

Bu esbabı mucibeden çıkarılacak netice, kaide olarak mukavelenin feshini talep edebilmek ve ayrıca müddei sendikanın mukavelenin feshi ancak muhik sebeplerin mevcudiyeti halinde kabil olabileceği merkezinde bulunan noktai nazarını bertaraf etmektir. Müddeialehyhin bağı kadar ağır bir bağın muayyen bir müddet sonra ihbar ile çözülebileceği kaidesini müddeinin istediği gibi tahdit etmek hiç bir suretle caiz değildir; filhakika, ancak muhik sebeplere mebni fesih hakkı kabul edilecek olsaydı mukavele ile bağlanan tarafın serbest teşebbüsüne imkân kalmayacaktı ve işte bu serbest teşebbüsün ipka ve muhafazası içindir ki fesih hakkına lüzum ve ihtiyaç vardır. Ve muayyen bir müddet bağlı kaldıktan sonra başkaca hiç bir formalitesiz mukaveleyi feshedemeyecek olsaydı ve şayet mukaveleden kurtulmakta olan

¹⁸⁾ Partie Gén. du Code Fed. des obl., cilt II, sah. 562, No. 51. E. Arsebük, sah. 174-175.

¹⁹⁾ A. T. F. 56, II, 189. - J. d. T. 1939 sah. 546.

menfaatinin diğer tarafın mukavelenin ipkası için olan menfaatine üstün olduğunu ispat için iradesi haricinde bulunan ve muhik sebepler teşkil eden diğer hâdiseleri isbat etmeğe mecbur kılacak olsaydı, mukavele ile bağlı olan taraf artık serbestçe hareketten mahrum kalmış olacaktı.

5. — GAYRI KANUNİ CEMİYETLERİN FESHİ

24 — Fiyatların tanzimi için tesis edilen kartel (M.K.m. 23, 24, 45, 71; B. K. m. 49) ²⁰⁾.

Bir cemiyet ancak gayesinin kanuna ve âdabı umumiyeye uygun olması şartıyla manevî şahsiyeti iktisap edebilir; şayet gayesine vasıl olmak için kullandığı vasıtalar kanuna ve âdabı umumiyeye mugayir ise, cemiyet her halde şahsiyet iktisap eder, fakat kanuna ve âdabı umumiyeye mugayir vasıtaların kullanılması kendisini ve organlarını hukukan veya cezaen mesul kılar. Bir cemiyetin gayesinin kanuna uygun olup olmadığına hükmedebilmek için mezkûr cemiyetin nizamnamelerini tetkik etmek icap eder, şu şartla ki hakikî gaye nizamnamede gösterilen gayeden başka olmasın. Bu halde nazarı itibare alınacak olan cemiyetin hakikî gayesidir. İptidaen kanuna uygun olan bir gaye muahharren, meselâ kanunun veya içtimaî gayenin tadilile, gayri kanunî bir şekil alırsa, cemiyet bu yüzden şahsiyetini kaybetmez; bu takdirde, salâhiyettar makamın veya alâkadarlardan birinin talebi üzerine hakim tarafından feshine karar verilir ²¹⁾. Muayyen ticarî veya sınaî bir branşın fiyatlarını tanzim etmek maksadile teessüs eden meslekî bir cemiyet (fiyat karteli) bizzatibi kanuna ve âdabı umumiyeye mugayir değildir. Şayet fiyatların tanzimile hiç bir sebep yok iken bu fiyatları yüksek tutarak halkı istismar etmek neticesi hasıl oluyorsa, o zaman mezkûr cemiyetin gayesi gayri kanunî olur. Ezcümle fiyatların tanzimi havayici zaruriyeden bulunan yiyecek maddelerini istihdaf ediyorsa cemiyetin gayri kanunî oluşundan hiç şüphe edilemez.

²⁰⁾ C. C. S. m. 27, 28, 52, 78; C. O. m. 49; İsv. Fed. Esas teşk. K. m. 31.

²¹⁾ A. Samim Gönensay, Medenî Hukuk. 1936, cilt I, sah. 186 No. 3.

Esas Teşkilât Kanunile tanınmış olan ticaret ve sınaî hürriyeti (m. 70) ancak efrat ile devlet arasındaki münasebetlere münhasırdır, yani Devletin tecavüzlerine karşı fertlerin kendilerini müdafaa etmelerini mümkün kılar. Bilâkis hususî inhisarlar ile serbest rekabete fiilen vazedilen tahditlerin kanunîliklerini takdir için Borçlar Kanunu esas ve kaidelerine müracaat etmek icap eder. Meslekî bir cemiyet mensupları tarafından sınaî erbabı için tayin edilen perakende fiyatlara riayet etmeği, kara listeye geçmiş olan ticarethanelere emtia vermemeyi, ticarî müessese satıldığı takdirde sendika tahvilâtını müesseseyi satın alana devir etmeği, sendikal vazifelere muhalefet halinde akdî ceza namile nakdî bir meblâğ tediye etmeği taahhüt ve kabul etmek keyfiyeti ne kanuna ve ne de âdabı umumiyeye muhalif bir harekettir (12 Şubat 1936 tarihli *Schweiger - Hauser c/ Schw. Ta- bākverband* kararı) ²²⁾.

6. — ADİ ICAR

25 — Muhik sebeplere mebni bir icar aktinin müddetinden evvel feshi; mucire tediyesi icap eden «tam bir tazminatın» hesabı; hapis hakkı (B. K. m. 43, 44, 98, 264, 267) ²³⁾.

Muhik sebeplere mebni mukaveleyi fesheden taraf, diğer tarafa «tam bir tazminat» tediyesile mükelleftir. Bu tazminat müsbet zararın tazminini ihtiva eder, bundan maksat alacaklının mukavelelenin ifasındaki menfaatidir; fakat zarar ziyanın miktarını tayin etmek için hâkim mukavelelerin ademi ifasından doğan tazminatların tenkisi hakkında kanunun tasrih etmiş olduğu sebepleri nazarı itibare almak mecburiyetindedir. Mucirin haiz olduğu hapis hakkı ancak icar bedellerinden mütevellit alacaklara münhasır olup yoksa icar aktinden doğacak olan tazminat alacaklarına şamil değildir (29 Birinci Teşrin 1935 tarihli *Rogenmoser c/ Tiefengrund* kararı) ²⁴⁾.

²²⁾ A. T. F. 62, II, 97. - J. d. T. 1936 sah. 401.

²³⁾ C. O. m. 43, 44, 99, 269, 272.

²⁴⁾ A. T. F. 61, II, 259. - J. d. T. 1936 sah. 166 Rev. Tr. de Dr. civ. 1936, sah. 269 No. 13.

26 — İfanın mümkün olamaması. — *Clausula rebus sic stantibus*.

Yiyecek maddeler satan bir müessese tarafından kullanılmak üzere bir dükkân kiralanıyor; kiracı bu yeri tesellüm ettikten bir müddet sonra hükümet ticarete devam etmesini men ediyor; ifanın imkânsız bir hale gelmiş olması sebebiyle icar bedellerini tediyeden imtina etmek istiyorsa da bu sebep kabul edilmiyor (B. K. m. 117, 264) ²⁵⁾.

Kiracı kiraladığı yerleri teslim alınca, hususi bir gayenin istihsali için bunları istimal edeceğini ayrıca şart etmemiş ise, hükümetin muahhar bir kararile kiraladığı mahallin mütesavver şekilde kullanamayacak bir hale gelmiş bulunması sebebiyle icar aktini ifanın mümkün olamaması sebebine müsteniden fesih salâhiyetini haiz değildir. Bu husus olsa olsa aktin müddetinden evvel feshini mümkün kılar. *Clausula rebus sic stantibus* şartı ne kısa müddetli mukavelelere ve ne de mukavelenin borçlu tarafından ifası alacaklı tarafından fahiş bir istismarı tazammun etmiyen hallere tatbik edilebilir (25 Şubat 1936 tarihli *Migros S. A. c/ Bel-Air Métropole B., S. A.* kararı) ²⁶⁾.

7. — «CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS».

27 — Ahval ve hâdisatın bilinemiyen sebeplerle değişmesi yüzünden mukavelelerin tadili hususuna müteallik doktrin ve jürisprüdansın prensiplerini geçen makalemizde tetkik ve izah etmiştik ¹⁾. Ezcümle şunu demiştik :

²⁵⁾ C. O. m. 119, 269.

²⁶⁾ A. T. F. 62, II, 42. - J. d. T. 1936 sah. 247.

¹⁾ *Rev. Trim. de Dr. Civ.* 1936, sah. 269 No. 13; *Ist. Ün. Huk. Fak. Mec.* sayı 11, sah. 366, VII, ve not 76, ve aynı mecmua sayı 3 sah. 346 ve mü. «Bu tabir hukuku düvelde kabul edilmiş olan bir esasın lâtince mütearef şeklidir; bundan anlaşılacak lâzım gelen mana ise şudur: mukavelenin devamı müddetince, inikad esnasındaki vaziyetin devamı lâzımdır. Bu vaziyet fevkalâde mühim surette değişirse, mukavelenin fesih veya tadilini istemek hakkı vardır. (*Mahkeme kararları*, İstanbul 1934, cilt I, sah. 171, not 3).

Diğer Avrupa hukukları gibi, İsviçre hukuku da mukavelelere sadakat prensipini kabul etmiştir; bu sadakat olmaksızın muamelâta istikrar olmaz. Eski Roma kaideleri olan **Pacta sunt servanda, pactis standum est, jura vigilantibus scripta** kaideleri bugün hâlâ kıymetlerini muhafaza etmektedirler. Tarafların serbestçe aralarında bağladıkları akdi bağları hakim ancak kat'i zaruret halinde çözmek yoluna tevessül etmelidir. Akit tarafların kanunudur. Ne modern hukuk ilmi (doktrin) ne de modern içtihat glosatör Bartole'un istediği gibi **Clausula rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus** kaidesinin bilûmum mukavelelerde zımnen mevcut addedilmesini kabul edemez. Pandeknist Leyser bu kaideyi şu baltalayıcı şekilde karakterize etmektedir : **Omne pactum rebus sic stantibus intelligendum est.**

Bartolistlerin ve modern taraftarlarının nazariyesini tetkik ederken, Paris Hukuk fakültesi profesörlerinden G. Ripert «Medenî borçlarda ahlâk kaidesi» ^{1a)} eserinde şunu yazıyor :

«Rebus sic stantibus şartı zımnen mevcut addedilemez çünkü bu şart mukavelenin iktisadî mahiyetine aykındır. Şayet ahval ve şerait değişmiyecek olsaydı, birbirini müteakıp ifalar için bir mukavele yapmak zahmetini ihtiyar etmeğe hacet kalmazdı... Alacaklının tahmin ettiği ve beklediği şey esasen ahval ve şeraitin değişeceği, ve şimdiden bir seri muameleler vasıtasile bağlanarak bu değişimin mahzurlarına karşı kendisini emniyet altına almaktadır». Planiol'un 1930 tarihli **Traité**'sinde Profesör **Esmein** ^{1b)}, her iki taraf ta müstakbel münasebetlerinin şartlarını önceden tesbit etmekle, iş veya eşya piyasasının muhtemel değişmelerine karşı kendilerini emniyete almak istediklerine işaret ediyor. «Ahval ve şeraitin ciddi surette değişmesiyle mukaveleyi yok veya tadil etmek müsaadesi hakime verilecek olsaydı, en çok ihtiyaç olduğu anda previzyonun faidesi elden gitmiş bulunurdu. Düşüncesizce taahhüt altına girmek ve taahhütlerini yerine ge-

^{1a)} G. Ripert : La Règle morale dans les obligations civiles, 2 inci basım sah. 150.

^{1b)} Planiol - Ripert - Esmein, Traité pratique de Droit Civil français, cilt IV sah. 552.

tirmek için icap eden vasıtaları temin etmek herkesin bir borcudur.

Kezalik Hamburg Üniversitesi profesörlerinden Dr. Hans Reichel dahi *Clausula*'nın belli başlı muarızlarından biridir. *Vertragsrücktritt wegen veraenderter Umstände* (Berlin, 1933 sah. 3) ismindeki tetkikinde şu lisanı kullanıyor: «*Ohne Vertragstreue keine Verkehrssicherheit. Die Vertragsuntreue einzelner führt leicht zu einer allgemeinen geschaeftlichen Disqualifizierung des ganzen Landes. Das Rücktrittsrecht darf keine Belohnung sein für denjenigen, der es unterliess, sich rechtzeitig vorzusehen* ^{1c)}».

Bununla beraber akitlere sadakat prensipinin hududu hüsnüniyetin yüksek prensipinde kâindir. Bu hususu von Tuhr ^{1d)} da işaret etmektedir: «*Ahval ve şeraitin değişmesile borçlu vermiş olduğu ivaza mukabil hiç bir ivaz almaz veya aldığı ivaz hiç mesabesinde ise, kendisine akdetmiş olduğu mukaveleden terettüp eden borçları baki addetmek hüsnüniyete muhalif olur*».

Fransız mahkemeleri hakimin her hangi bir müdahalesine katiyyen aleyhdar kalmamışlardır; bu mahkemeler tarafların muhtariyetine riayeti ifrata vardırmaktadırlar. Fransız Medeni Kanununun 1895 inci maddesine göre bir para karzı mevzuubahs olduğu ve meşrut kıymette bir tahavvül husule geldiği zaman mukavelenin tekrar tetkikine imkân yoktur; tatbikat bu hal suretini bilûmum para borçlarına teşmil etmiştir ^{1e)}. Ripert'e göre de ^{1f)}: «*İvazlar arasındaki nisbetsizlik para kıymetinin umumî şekilde düşmüş olmasından ileri geliyorsa, mukavelenin tarafların kanunu olmsaı prensipi muhafaza edilmelidir, çünkü bu vaziyette borçlu hususî bir haksızlığın kurbanı değil, memleket halkının umumî taliine tâbi bulunmaktadır*».

^{1c)} Tercemesi: «Mukavelelere riayetsizlik münasebetlerdeki emniyeti ihlâl eder. Bazılarının sadakatsizliği bütün memleketin umumî ticaret muamelelerini ifsat eder. Vaktinde tedbirlerini almağı ihmal etmiş olan kimsenin rücu hakkından istifade etmesi doğru bir keyfiyet değildir».

^{1d)} Von Tuhr, *Partie Gen. du Code Féd. des Obl.*, fransızca tercemesi, 2 inci basım, 1934, sah. 565. — E. Arsebük, op. cit., sah. 466-467.

^{1e)} Planiol ismi geçen eser, sah. 556, fasıl 30.

^{1f)} G. Ripert, ismi geçen eser, sah. 110.

Fakat buna karşı, Alman Temyiz mahkemesile İsviçre Federal mahkemesi bu prensiplerin mutlak katiyetini yumuşatmışlar ve hakaniyet ile ahlâk kaidesi muhakkak surette icap ettirdiği takdirde hakime borçluyu borcundan tahallüs etmek veya borcunu yeni hâdisata uydurmak salâhiyetini bahşetmişlerdir.

İtalya ^{1g)} ve İngiltere ^{1h)} de vaziyet aynı merkezdedir.

10 Birinci Teşrin 1933 tarihli **Rogenmoser c/ Tiefengrund A. G.** kararı ²⁾ jürisprüdansın tekâmülünde mühim bir hatvedir. Esaslı kısımlarını hatırlatmağı faideli buluyoruz (yukarıdaki **Migros S. A.** kararı bu içtihadı teyit etmektedir).

1°) Müşterek hukuk doktrininin akitlerin umumî sukut sebeplerinden biri olarak kabul ettiği **Clausula rebus sic stantibus'**ı İsviçre pozitif hukuku gibi modern kanunların bir çoğu da tanımamaktadır. Maamafih borçlu mukaveleyi ifa ettiği takdirde evvelden kestirilemiyen dehşetli hâdiselerin vukuu mahvu perişan olmasını intaç edecek ise, artık mezkûr mukavele ile bağı kalmıyacağını Federal mahkeme kabul etmiştir ³⁾. Mukaveleyi feshedeceği yerde hakim bunu tadil dahi edebilir. İsviçre hukukunda buna mâni olacak hiç bir şey yoktur ⁴⁾.

^{1g)} İtalyan içtihadı hakkında bak :

Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure, Paris 1920, sah. 84 ve mü.

S. Seibesco, Effets de la guerre sur l'exécution des contrats; Rev. trim. de Dr. Civ. Paris 1917, cilt XVI, sah. 349 ve mü.

^{1h)} İngiliz içtihadının «*Frustration de l'aventure*» meselesi hakkındaki içtihadı için bak :

H. Levy.-Ullmann, L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais, Annales de droit commercial, 1921 sah. 279 ve 1932 sah. 41.

²⁾ A. T. F. 59, II, 372 ve mü.

³⁾ A. T. F. 45, II, 39. - 47, II, 45. - 48, II, 246. - 59, II, 264. - J. d. T. 1922 sah. 546; 1934 sah. 21.

⁴⁾ Mukaveleyi piyasanın yeni konjonktürlerine denk getirmek için Reichsgericht, iptidai madde fiyatlarının yükselmesini göz önünde tutarak bir emtianın da fiyatını mütenasiben arttırmıştır (*Entsch. in Zivilsachen*, 100 sah. 130). Reichel bu kararı tenkit ederek, bu hususu tarafların kat'i olarak kararlaştırdıkları mukavelelere hakim'in yerinde olmayan müdahalesi gibi kabul etmektedir (*Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände*, sah. 26).

Mukavelenin tadili değil de feshi kabul edilecek olsa bile, hakim icap edince bu feshe *ex tunc* yerine ancak *ex nunc* olarak karar verecektir (Reichel, ismi geçen eser, sah. 26) ⁵⁾. ve yalnız istikbal için fesih keyfiyeti haddi zatinde ve netice itibarile mukavelenin kazaî tarik ile ahval ve şeraite uydurulmasını intaç edecektir.

Esasen kanun da (B. K. m. 365 fık. 2) istisna akdinde hakime borcun miktar ve vüsatini tadil etmek salâhiyetini vermektedir.

Federal mahkemenin birinci dairesi mukavelenin tadilini ancak iki meselede kabul etti ⁶⁾. Bu kararlardan birincisi 365 inci maddenin 2 inci fıkrasını kıyas tarikle istisna aktinden diğer bir akte tatbik ederken bu maddei kanunîyenin umumî bir hukuk kaidesi ihtiva ve beyan ettiği fikrinden hareket ediyor ⁷⁾. Fakat 365 inci maddede derpiş edilen neticelere *clausula* tatbik edilmemek istense bile ⁸⁾, hakim mukaveleyi hâdisata denk getirmekle tarafların yerine kaim olacağı ve bir kazaî karar ile ancak bunların hürriyetine münhasır olan yeni bir muhtevayı haiz bir mukavele vücade getirmek salâhiyetini eline alacağı mütaleası da kabul edilemez. Mukavelenin hâdisata denk getirilmesi keyfiyeti tarafların vukua gelen bu hâdiseleri evvelden derpiş etselerdi ne şekilde amel edecek idiseler o şekilde amel edip mukaveleyi hâdiselere denk getirmek icap eder ⁹⁾.

Şüphe yok ki hakim tarafından hâdisatın hakikî seyrini evvel-

⁵⁾ Reichel'in tenkidi (op. cit. sah. 26 not27) ideal hukuka ait olup pozitif hukukun tefsirinde hiç bir kıymet ve ehemmiyeti yoktur.

⁶⁾ A. T. F. 47, II, 318. - 48, II, 252; J. d. T. 1921 sah. 561. - 1922 sah. 472.

⁷⁾ A. von Tuhr, *Partie Générale du C. O.*, fransızca tercemesi 2inci tabı, sah. 566.

⁸⁾ Bu mütaleada bulunan, H. Weber, *Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauervertraegen*, tez Züriç, 1924 sah. 78.

⁹⁾ A. T. F. 47, II, 318. - J. d. T. 1921 sah. 561.

Maamafih, *clausula'yı* iddia ve talep eden tarafın rakibinin mukavelenin feshi yerine tadilini tercih ettiği hakim tarafından anlaşılrsa, umumiyet itibarile mukaveleyi hâdisata denk getireceği yerde fesheder, ancak usulü muhakeme kaideleri buna mâni olmaya; hakim bu tarzda karar verirken Borçlar Kanununun 20 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki esas fikirden de mülhem olur.

den kestirmiş olsalardı ne şekilde hareket edecekleri hakkında ancak bir karine vazedebilir. Fakat bu keyfiyet, yerindeliği (= oportunité) şüphe götürmeyen âdilâne bir tadilâta mâni olamaz; ve şu da var ki, böyle bir tadilâtı, mukavelelerin ifasında esas olan hüsnü niyet kaidesi emretmektedir. Fesih ise yerinde olamayacağı gibi zararı da mucip olması muhtemeldir ¹⁰⁾. Esasen yalnız hakim değil vâzı kanun da bir çok ahvalde tarafların yerine kaim olmağa ve mukavelelerini ya iptidaen veya aktin inikadından sonra itmam etmeğe mecbur kalır. Pozitif hukuk kaideleri, şart edilmesi taraflara ait bulunan akdî hususları itmam etmeğe yararlar ¹¹⁾. Buna *ergaenzendes Recht* yani itmam edici hukuk denir ¹²⁾.

2°) *Clausula rebus sic stantibus*'un tatbiki mukavelelere sadakat prensipi hududunun daha yüksek hüsnüniyet prensipi olduğu mütalesasına dayanmaktadır ¹³⁾. Esasen 24 üncü maddenin 4 numaralı fıkrası hakime bir pozitif hukuk mesnedi bahşetmektedir: Akitlerin lüzumlu vasıflarında hata sebeble mezkûr aktin butlanı talep edilebiliyorsa, taraflardan biri için mukavelenin temeli tahammül edilemez bir şekilde değişmiş bulunduğu hallerde de bu butlana müşabih bir devanın mevcut olması lâzımdır ¹⁴⁾.

Bir çok meselelerde Federal mahkeme aktin ifası borçlunun mahviyetini mucip olacak derecede zararlı bulunup bulunmadığını araştırmıştı; bu araştırmanın verdiği neticeye göre Federal mahkeme kâh mukavelenin ifa edilebileceğini ve ifa edilmesi lâzım geldiğini ve kâh borçluyu borcundan beri kılmak lâzım geldiğini takdir ve buna göre karar vermiştir ¹⁵⁾.

Yalnız ivazın tediyebile mükellef olan borçlunun vaziyetinin ağırlaşmış olmasına dayanan ve fakat diğer âkit tarafın meş-

¹⁰⁾ Weber, *op. cit.*, sah. 71 ve mü ve bilhassa 78.

¹¹⁾ Burkhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, sah. 39 ve mü.

¹²⁾ Von Tuhr, *op. cit.*, sah. 219, not 11, 12 ve 13.

Ayrıca örfü âdetin itmam edici mahiyeti hakkında, bak. A. Schwarz, *Medenî Hukuk Dersleri*, 1 inci kısım İstanbul 1935, sah. 60 - 61.

¹³⁾ Von Tuhr *op. cit.*, sah. 565. - *J. d. T.* 1935 sa. 197.

¹⁴⁾ Von Tuhr, *op. cit.*, sah. 565.

¹⁵⁾ A. T. F. 45, II, 398; 50, II, 264. - *J. d. T.* 1920 sah. 15.

ru menfaatini göz önünde bulundurmak lâzım gelirken nazarı itibara almayan kıstas tenkit edilmiştir ¹⁶⁾. Bu tenkit yerindedir. Değilmi ki **Clausula**'nın tatbikinde nazım olan hüsnüniyet prensipidir, hakim ahval ve şeraitin netayicini yalnız borçlu için mü-lâhaza etmemelidir; hukukî münasebetleri bir kül olarak hâdisat ile karşılaştırıp tetkik etmelidir. Fazla olarak, borçlunun maruz bulunduğunu mahvîyete dayanan kıstas enfüsî bir âmilin kanaat verici olduğu neticesine varır; bu âmil de borçlunun iktisadî bakımından ivaz tediye edecek vaziyette bulunup bulunmadığıdır. Borçlar Kanununun 117 inci maddesine göre de bu husus kâfi ve kat'î değildir; Borçlar hukuku sisteminde ivazın sırf şahsî bir sebebe mebni ifasının gayrı mümkün olması borcun sukutunu mucip olmaz ¹⁷⁾.

Ahval ve şeraitin değişmesi sebeble ivaz ve mukabil ivaz arasında vâki olacak nisbetsizliğin akdî bağların sukut veya yeni hâdiselere denk getirilmesini icap ettirebilmek için bunun büyük, âşikâr ve fahiş olması lâzımdır ¹⁸⁾. Binaenaleyh her hangi bir nisbetsizlik kâfi değildir. Tarafların mütekabil ivazları arasındaki bu nisbetsizliğin açık, bedihî olması icap eder ¹⁹⁾.

Aynı fikir Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin esasında bulunmaktadır ²⁰⁾. Bu maddede istinat noktaları bulmak kabildir. Hakim **clausula**'yı tatbik etmeğe davet edildiği zaman ivaz ve mukabil ivazların **âfakî** kıymetini o zamanki «communis aestimatio» ya yani «müşterek kıymete» göre takdir eder ²¹⁾.

Fakat açık nisbetsizlik mukavelenin tadil veya feshini haklı göstermeğe kâfi değildir. Yalnız bu sebebe bağlanacak olan hakim

¹⁶⁾ Reichel, op. cit, sah. 15 ve mü.

¹⁷⁾ J. d. T. 1935 sah. 198 ve 200 : «exceptio deficientis pecuniae» yani malî aciz defî borçtan teberri için kâfi bir sebep değildir.

¹⁸⁾ Bu tabirlerin fransızcası : «grande, manifeste, excessive»; alman-rası : «gross, auffaellig, übermaessig» dir. Weber, op. cit., sah. 47.

¹⁹⁾ J. d. T. 1935 sah. 198.

²⁰⁾ «Laesio enormis», Rev. trim. de D. Civ. 1936 sah. 229 ve mü; 1935 sah. 194; Huk. Fak. mec. sayı 3 sah. 344.

²¹⁾ Bu umumî kıymetlendirme (= allgemine Schaetzung = évaluation générale) hak. bak. Von Tuhr sah. 281, Becker, 21 inci madde şerhinin 1 ve mü. numaraları. Ayrıca : İzmir Barosu dergesi, sayı 6 sah. 180 (Birinci teşrin 1936).

diğer âkit tarafın meşru menfaatlerini ihmal etmiş olur. Binaenaleyh borçlu lehine hükmetmiş olduğu tedbirin ayrıca alacaklıya tahmil edilmesinin âdil olup olmayacağını da araştıracaktır. Müdahalesinin haklı olması için ancak âfakî nisbetsizliğe bir de enfüsi âmilin inzıam etmiş bulunması gerektir : taahhüt edilmiş olan ivazların ifasının alacaklı tarafından talebi borçlunun ahval ve şerait icabı bulunduğu vaziyetin bir istismar (= exploitation) teşkil etmesi lâzımdır, tabiri diğerle alacaklının hareketi istismar eden bir kimsenin ve bir murabahacının hareketi olmalıdır ²²⁾. Hakim ayrıca aşağıdaki meseleyi de halledecektir : alacaklı tarafından mukavelenin akdedildiği şekilde ifasını talep etmek keyfiyeti, hâdisatın değişmesi sebebiyle ivaz ve mukabil ivaz arasında vukua gelen âşikâr nisbetsizliğin murabahacıya has bir istismarı gibi mi telâkki edilmelidir ?

Şu nokta vârittir ki, mukavelenin akdi esnasında mukabil tarafı fahiş bir surette istismar etmek arzusu ile husule gelen ivazlar arasındaki âşikâr nisbetsizlik mağduru borçlarından kurtarmağa kâfi ve müsait değildir. Borçlar Kanununun 21 inci maddesi zararın ayrıca diğer âkit tarafın müzayika halinden, hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade suretile vukua gelmiş olmasını talep etmektedir ²³⁾.

Fakat taraflara isnadı kabil olamıyan ahval ve hâdisatın değişmesi neticelerinin takdiri hususunda müzayika, hiffet veya tecrübesizlik nazarı itibare alınamaz. Buna mukabil, akdin inikadından sonra vukua gelen hâdiseler sebebiyle feshedilen mukaveleyi akdin inikadı esnasında mevcut gabin dolayısıyla feshedilen mukaveleden (B. K. m. 21) daha hafif şartlara tâbi tutmanın bir mantıksızlığa varacağı da düşünülmelidir.

Federal mahkeme bu sualin cevabı menfi olmalıdır diyor. Çünkü vâvü kanunun hareket ettiği nokta şudur : âkit taraf mukaveleyi akdederken taahhüdüne mukabil elde edeceği menfaatin haddini biliyor ve bu taahhüdünü rızasile kabul ediyor; şayet akdin inikadı esnasında bir taraf - diğer tarafın istifade ettiği -

²²⁾ Reichel, *op. cit.*, sah. 19 ve mü; *Rev. Tri. de dr. civ.* 1936 sah. 226;

²³⁾ *J. d. T.* 1935 sah. 194. E. Arsebük, *op. cit.*, sah. 222, § 48; A. Samim, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1934, sah. 45 ve mü.

zayıf ve dun bir vaziyette (müzayika, tecrübesizlik) bulunuyor idise kanunun bu şahsı himaye etmesi doğrudur. Fakat ivazlar arasındaki müvazene tarafların müdahalesi olmaksızın ve kusurları bulunmaksızın muahharen bozulduğu takdirde, bu akitten mütezarrır olan borçlu tarafında enfüsi bir unsurun mevcudiyetini hakimin talep etmemesi kolayca takdir edilebilen bir keyfiyettir. Bundan başka unutulmamalıdır ki, mukavelenin bünyesini bozan gayri melhuz bir hâdisat silsilesi aynı zamanda borçluyu müzayikaya maruz bırakırsa, bu müzayika halinden alacaklının istifadeye kalkışması hakimin borçlu lehine müdahalesini haklı kılar.

8. — İŞ MUKAVELESİ ²⁴⁾.

28 — Müddetinden evvel fesih. - Cezai şart (B.K.m. 161, 344) ²⁵⁾.

İşçinin tekerrür eden devamsızlıkları sebeble iş akdini hot-behot feshetmeden evvel, iş sahibi işçinin tashihi hal edebilmesi için kendisine lâzım gelen ihtar ve tenbihatta bulunmalıdır. İşçinin müşterek kusuru, bir tarafın kusuru olmaksızın mukavele- nin feshi hususunda şart edilen akdî ceza miktarının tenkisini haklı göstermeğe kâfi bir sebeptir (1 Bir. Teş. 1935 tarihli *Le Papier c/ Blattner* kararı) ²⁶⁾.

29 — Tatil günleri - Ücret.

Burada mevzuubahs olan karar Kanton kanunlarının şümulünü ve bu kanunların ne dereceye kadar bir borç tahmil edeceğini ilgililediğinden ve Türk hukuku ile hiç alâkası olmadığından

²⁴⁾ Buradaki hüküm ve kararlar Borçlar Hukuku ahkâmına göre olup, *İş Kanunumuzla* ilgili değildir. Maamafih İş Kanununun 15 ve 16 ıncı maddeleri B. K. 344 üncü maddesini değiştirmemiştir. — Bak : Reşat Atabek, *İş Aktinin Feshi*, İst. 1938, sah. 111 ve mü. ve işaret ettiği kitabiyat ve bilhassa sah. 116.

²⁵⁾ C. O. m. 163, 352.

²⁶⁾ A. T. F. 61, II, 238. - J. d. T. 1936 sah. 17.

tercümemize ithal etmedik. Yalnız kararı zikrediyoruz (17 B. Kân. 1935 tarihli *Ateliers des Charmilles S. A. c/ Stucki et cons. kararı*) ²⁷⁾.

9. — TAKSİTLE SATIŞ

30 — Taksitlerin ademi tediyesi hasebile mebii geri alan bayie verilmesi icap eden meblâğın hesabi (M. K. m. 689 B. K. 223) ²⁸⁾.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesile satmış olduğu şeyin mülkiyetinin iadesini talep eden bayi ayrıca bir de kullanılmakla eskimeden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret talep edebilir-se de semeni mebiin faizlerini isteyemez. Bayiın talep edebileceği müteaddit meblâğların mecmuu, mukavelenin usulü daire-sinde ifası halinde talep edebileceği semeni mebi miktarını geçemez. Kullanılmakla eskimeden mütevellit tazminat, münasip ücret ve mebiin kıymetinin tutarı semeni mebii aşacak ise, bayi tazminat ve münasip ücret tutarından mebiin hali hazır kıymetini tenzil ettirmeğe razı olmalıdır (4 Şubat 1936 tarihli *Motorwagen fabrik Berna A. G. c/ Eschmann - Horand kararı*) ²⁹⁾.

10. — ARSİULUSAL İSTİKRAZ. - TEMSİL.

31—1930 senesinde Almanya tarafından Avrupanın ve Amerkanın bir çok memleketlerinde Young istikrazı tedavüle vazedilmişti; tahvilât sahiplerinin mümessil ve emini olmak üzere arsiulusal tediyeler bankası teessüs etmişti; faizlerin tediyesi şekli Al-

²⁷⁾ A. T. F. 61, II, 353. - J. d. T. 1936 sah. 138.

²⁸⁾ C. C. S. m. 716; C. O. m. 227.

²⁹⁾ A. T. F. 62, II, 30. - J. d. T. 1936 sah. 411. - Bu mesele hakkında ayrıca bak. Dr. Doç. Galip Gültekin: Mülkiyetin muhafazası mukavelesi; Huk. Fak. Mec., sayı 4 sah. 445 - 473; sayı 5 sah. 99 - 109. Avukat Nafiz Zeki, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İst. Baro Mec., 1935 (sene 9) sayı 6-7, sah. 332-343; İmzasız, Mülkiyeti muh. Akdi, aynı mec., I teş. 1934 - Nisan 1935; Prof. Ali Kemal, Menkul malların satışında « mülkiyeti muhafaza » şartı ve alıcının iflâsı, aynı mecmua Şubat 1932 (sene 6), sayı 2-62 sah. 49 - 63.

manya tarafından takarrur ettiriliyor, fakat tahvilât sahiplerinden bir grup buna itiraz ediyor (B. K. m. 386).

Tahvilât sahiplerinin emin ve mümessili olarak Young istikrazı zamanında teşekkül eden Arsiulusal tediye bankası ³⁰⁾ mezkûr tahvilât sahiplerine Borçlar Kanununun 386 ve müteakıp maddelerindeki vekâlet akdile bağlı değildir, çünkü bir taraftan salâhiyetleri her zaman ref edilemediği gibi diğer taraftan da ne Alman hükûmetinin ve ne de tahvilât sahiplerinin talimatı ile mukayyet değildir. Bu üç alâkadarı-Alman hükûmeti, tahvilât sahipleri, A.T.B. - birbirine bağlayan hukukî rabıta vekâlete müşâbih bir rabıta ise de haddi zatında üç taraflı nevi şahsına münhasır bir akit olup muhtevası ancak karz akdi hükümlerine tâbi olan bir mukaveledir. Arada borçlunun tediyelerini kabul edip bunu alacaklılar arasında taksim etmekle mükellef tahvilât sahiplerinin bir emin ve mümessili bulunması karz mukavelesinin hukukî mahiyetini değiştirmez; hukukî rabıta ne Alman hükûmeti ile A.T.B. arasında ve ne de A.T.B. ile tahvilât sahipleri arasındadır, bu bağ doğrudan doğruya Alman hükûmeti ile tahvilât sahipleri arasındadır. Emin ve mümessilin tediyelerin taksimi hususunda borçlu tarafından verilen talimata aykırı hareket edebilmesi için bu talimatın istikraz şeraitine tamamilen muhalif bulunması lâzımdır. Tahvilât sahipleri ile A.T.B. arasındaki hukukî bağlardan mütevellit akdi borçların ifası İsviçre hukuku ahkâmına tâbidir (26 Mayıs 1936 tarihli **Aktiebolaget obligationsinteressenter c/ Banque des Réglements internationaux** kararı) ³¹⁾.

11. — ÜCRETSİZ VEKÂLET. - KANUNUN SAKİT BİR NOKTASINI İTMAM ETMEK HUSUSUNDA HAKİMİN SALÂHIYETİ

32 — Mal sahibine yardım etmek maksadile armut ağacını silmek için üzerine çıkan komşu, basmış olduğu dalın çürük olması

³⁰⁾ Arsiulusal Tediye Bankasının fransızcası «Banque des régle-ments internationaux» olup, kısaca B.R.I. harflerile anıldığına göre biz de bunu türkçeleştirerek A.T.B. harflerile yadedeceğiz

³¹⁾ A. T. F. 62, II, 140 J. d. T. 1936 sah. 552.

hasebile dal kırılarak düşmüş ve vücudunun muhtelif yerlerinden yaralanmıştır; müvekkil (mal sahibi) nin Asliye mahkemesi tarafından reddedilen tazminat talebi esas itibarile Federal mahkemesince kabul edilmiştir (B. K. m. 394, 413; M.K.m. 1) ³²⁾.

Komşu arasında teessüs eden iyi münasebetler neticesi olarak komşuların birbirlerine yaptıkları hizmetler umumî kaide olarak ücretsiz vekâlet ifasını teşkil eder. Böyle bir vekâlet ifasının tevhit ettiği zararlar hakim tarafından münasip hadler dahilinde takdir edilen bir tazminat ile telâfi edilir; bunun için hakim ücretsiz vekâlet hakkında vâzı kanun tarafından sehven unutulmuş ve «vekâleti olmadan başkası hesabına yapılan tasarruflar» da «*gestion d'affaires*» de vazedilen kaideyi nazarı itibare alacaktır. (Buradaki boşluk Federal mahkeme tarafından doldurulmuştur) (2 Nisan 1935 tarihli **Wuest c/ Haltiner** kararı) ³³⁾.

12. — İŞ SAHİBİ İLE MİMAR ARASINDAKİ HUKUKİ RABITA ³⁴⁾.

33 — a) İş sahibi mimardan muayyen bir para mukabilinde hususî bir şey imalini (*ouvrage*) talep etmiş ise yapılan akit bir istisna aktidir (B.K.m. 355). Esasen «imali telep edilen şey» bir binanın inşası veya tadili olabileceği gibi hususî bir siparişin mevzuu olan plân ve keşif raporları da olabilir. Çünkü burada aranılan gaye bir müsbet netice, bir şeyin imali olup yoksa hizmet değildir.

b) Bazı işlerin ifası için iş sahibi mimar ile muayyen veya gayrı muayyen bir müddet için bağlanırsa aralarında bir iş akdi teessüs etmiş olur ve bunun neticesi olarak da aralarında bir astlık ve üstlük yani bir tebaiyet rabitası husule gelmiş olur (B. K. m. 313).

³²⁾ C. O. m. 402 ve 422; C. C. S. m. 1.

³³⁾ A. T. F. 61, II, 95. - J. d. T. 1935 sah. sah. 615.

³⁴⁾ Bu husustaki Federal mahkemenin içtihadını müellif halen neşredilmemiş olan bir çok kararlardan istihraç eylemiş ve bu etüdünü *Journal des Tribunaux* da (1936 sah. 386) ve ayrıca (Payot et Cie, Lozan) müessesesi vasıtasile neşreylemiştir. Bu yazı mezkûr etüdün kısa bir hülâsasıdır.

c) İş sahibi mimarla plânlar tanzim etmek, hesaplar yapmak, keşifnameler tertib etmek, müteahhit ve resmî makamlarla müzakerelere girişmek ve anlaşmalar akdetmek, inşaat işlerini umumî şekilde idare ve bunlara nezaret etmek, istihkak raporlarını, hesap ve muhtaraları tetkik ve imalâtı tasdik ve kabul etmek hususunda anlaşmış ise kendisine bir vekâlet vermiş olur (B.K.m. 386). Bu vaziyet umumî kaide olup diğer iki şekil ise istisnaîdir. Bu prensipler 30 İkinci Teşrin 1932 tarihli **Roch et Martinet c/ Villars**, 28 Mayıs 1935 tarihli **Arnold et Gribbi c/ Vogel**, 17 Bir. Kâ. 1935 tarihli **Gfeller-Rindlisbacher A. G. c/ Trachsel** kararlarında ileri sürülmüştür.

d) Mimar, mühendis ve müteahhidlerin hususî mesuliyeti, meslekî faaliyetlerinin muhtelif kısımları arasında bir fark gözetilmeksizin, beş senelik müruru zamana tâbidir. Mimarın ücreti hakkındaki alacağı ise on senelik müruru zamana tâbidir.

22 Haziran 1918 tarihli **Benguerel - Dubois c/ Meystre, Gagliardi et Crivelli**, 22 Mart 1921 tarihli **Meget et hoirie Béchert c/ Regamey** kararları.

e) Bir inşaat münasebetile tanzim ve tevdi ettiği plânlar üzerinde mimarın telif hakkını muhafaza ettiği mefruzdur. Telif hakkının diğer âkit tarafa nakil ve temlik ancak sarîh veya zimmî bir mukavele ile olabilir. Böyle bir anlaşmanın mevcudiyetini isbat külfeti plânları temellük eden kimseye aittir. Fakat her halde mimar «telif manevî hakkını» (**droit moral d'auteur**) muhafaza eder. 8 Birinci Teşrin 1928 tarihli **Collombet c/ Kurz et Strittmatter** kararile (Ceza Temyiz mahkemesi), 31 Mayıs 1932 tarihli karar (Hukuk Temyiz mahkemesi birinci daire).

13. — DELLALLIK MUKAVELESİ

34 — Birbirlerinden müstakil olarak iş gören bir kaç dellalın her birisine isabet edecek ücretin hesabı (B.K.m. 405, 409) ³⁵⁾.

³⁵⁾ C. O. m. 413, 417.

Nihai neticenin husulüne iştirak ettiği takdirde dellal bir ücrete müstahak olur; bunun için de dellalın bu faaliyeti ile elde edilen netice arasında bir illiyet rabıtasının bulunması lâzım ve kâfidir (bu husustaki içtihat eski içtihada göre değişmiştir). Birbirinden ayrı olarak işe girişmiş olan müteaddit dellarlar aynı zamanda faaliyete geçmişler ve bu faaliyetleri semere vermiş ise hepsi ayrı ayrı dellallık ücretini hak etmiştir, fakat birinci dellalın çalışması netice vermeyince ikinci dellalın muahharen işe müdahalesi hususunda her birine verilecek olan dellallık ücretinin mütenasiben tediyesi için hakim her birinin faaliyetini ölçmelidir. Hakim fahiş olduğunu takdir ettiği ücretleri tenkis edebilir, ve ücretin takdirinde dellallık mukavelesinin tesadüfî ^{35a)} vasfını nazarı itibara almağa mecbur değildir 13 Mart 1935 tarihli **Süess c/ Achermann** kararı) ³⁶⁾.

14. — KEFALET

35 — Rehin. - Halefiyet.

Aynı borca ait iki teminat (rehin, kefalet) içtima etmiş ve rehnin sahibi olan üçüncü şahıs borcu ödedikten sonra borcun tediyesi hakkında kefil aleyhinde rücuen dava ikame etmiş ise de talebi reddedilmiştir (B.K.m. 109 496; M.K.m. 799) ³⁷⁾. Bir borcu temin maksadile aynı zamanda bir kefil ve bir rehin tesis edilir ise, borcu tediye eden rehin sahibi lehine Borçlar Kanununun 109 cu ve Medeni Kanununun 799 uncu maddelerinin derpiş eylediği halefiyet ancak asıl borca, yani diğer bir tabirle, asıl borçluya şamildir; bittabi rehinden tevellüt eden ferî haklar bundan müstesnadır. Binaenaleyh borcu tediye eden rehin sahibi kefile karşı bir gûna dava ikame edemez (27 Mayıs 1936 tarihli **Blum c/ Jornayvaz** kararı) ³⁸⁾.

Bazı Fransız müellifleri, rehin sahibi üçüncü şahsa bir tekad-

^{35a)} Tesadüfî (=Aléatoire), bak. A. Samim, *op. cit.*, sah. 14 No. 4.

³⁶⁾ A. T. F. 61, II, 80. - J. d. T. 1936 sah. 172. — Ayrıca, Adliye Vek. Rossel tercümesi 1928, sah. 629 No. 756.

³⁷⁾ C. O. m. 505, 110; C. C. S. m. 827.

³⁸⁾ A. T. F. 62, II, 118.

düm hakkı tanımakta, diğer bazıları ise böyle bir borçtan tevellüt edecek zararı rehin sahibi ile kefil arasında taksim etmek istemektedirler (Almanyada da vaziyet bu merkezdedir). İsviçre hakimi, mevzuatta müsbet bir madde kanuniye bulamayınca bu boşluğu doldurarak (B. K. m. 164) kefil tercih etmiştir.

Bu hususta dayandığı ilk mütalea *lex specialis* (hususî ahkâmın : B.K.m. 496) *lex generalis*'e (umumî ahkâma : B. K. m. 109) tefevvuk edeceğidir. Bundan başka İsviçre vâzı kanunu alacaklıya, tediye de bulunan kefile «haiz olduğu teminatı nakletmek ile mükellef tutarak (B. K. m. 501, fık 2), «elinde bulunan rehinleri nakte tahvile» yardıma mecbur ederek (B. K. m. 499) ve bilhassa kefaletin akdi esnasında tesis olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkisten menederek (B.K.m. 500) ³⁹⁾ kefil hususî bir şekilde himaye etmek istemiştir. Rehin sahibi lehine ise kanun hiç böyle bir şey derpiş etmemiştir. Ayrıca, rehin sahibi kefile rücu edebilecek olsaydı, âdi kefaletin «subsidiare» prensipi (yani evvelemerde rehine ve sonra kefile müracaat edilmesi kaidesi, B.K.m. 486/2) pratik kıymetini tamamiyle kaybederdi. Nihayet, rehin sahibi patrimuanının ancak muayyen bir şeyini borca karşılık göstermekte olmasına mukabil, kefil tek mil servetini feda etmek mecburiyetinde kalabilir ^{39) a)}.

15. — KUMAR VE BAHİS

36 — Borsa oyunu. - Tatbiki icap eden kanun.

İsviçreli kasaplar iptidai maddeler üzerinde spekülasyona girişerek yaptıkları muamelelerin bakiyesi İngiliz komisyoncuları tarafından talep edildiğinde, kasaplar tarafından kumar defteri dermeyan edilmiş ve bu vârit görülmüştür (B.K.m. 1,18, 504).

Kumar definin maksat ve gayesi intizamı âmme ile ahlâkı umumiyeyi sıyanet etmektir; binaenaleyh bu defteri yabancı bir

³⁹⁾ C. O. m. 510 fık. 2, 508, 509.

^{39)a)} Ayrıca bak., Adliye Vekâleti, Rossel tercemesi, İstanbul 1928, sah. 735 ve mü., No. 883.

⁴⁰⁾ C. O. m. 1, 18, 513.

kanuna tâbi olan hukukî münasebetlere de kabili tatbiktir. Kumar defi kanun tarafından ittihaz edilen bir tahallüs vasıtası olmak itibarile bunun istimali hüsnüniyet kaidelerini ihlâl edemez. Aşağıdaki hususlar bir borsa oyununun mevcudiyeti hakkında kâfi emmareler teşkil etmez : a) emtianın hakikî olarak teslimini bertaraf etmeksizin spekülâtif karakterli bir mukavele; b) ifayı, taraflar arasında bakiyenin tediyesile üçüncü şahsa emtianın hakikî olarak teslimi suretinde ayıran mukabil bir muamele (contre - opération) akti; c) kambiyo fiyatlarının tahavvülünden doğacak zararların tediyesi (ki bu bir teminat mukabilindedir) hususunda yapılan taahhüt. Vadeli bir borcun borsa oyunu mahiyetini iktisap edebilmesi için, tarafların mutabık ve mütekebil niyetlerinin (sarih veya zımnî) satın alınan kıymetli evrakın teslim ve tesellüm borçlarını bertaraf ederek kambiyo rayiç farklarının mukavelenin hakikî mevzuunu teşkil etmesi iktiza eder. (Bu husustaki içtihat sabittir). Binaenaleyh bir muamele hakkında borsa oyunu hükmü verebilmek için bakiyei matlubun tediyesi akdin gayesi olmak iktiza edip, yoksa taraflar veya üçüncü şahıslar arasında kabul edilen bir tediye şekli olması kâfi değildir. Kumar defi, mutaden bulunması icap eden bilgi ile mücehhez olmamak ve işlerle münasebeti bulunmayan taahhüt ve mubayaalara girişmek fiilinden tahassül eder.

Diğer âkidin kast ve niyetini sezen (ve bu kast olmazsa taahhüde girişmeyeceği muhakkak olan) âkit taraf bu hususu mukavelenin zımnî şartı olarak kabul ettiği farzedilir. Bir mukavelede koşulan şartların müvazaalı olduğu birbirine uygun ve kanaat verici emmarelerden istidlâl olunabilir (13 Haz. 1935 tarihli **Kunz fréres c/ Strauss et Cie** kararı) ⁴¹⁾.

Bu içtihat, aşağıda hülâsa edilen **Hoirs Raschein** kararile taddil ve ıslah edilmiştir.

37 — Borsa oyunu.

İptidai maddelerin borsada mubaya edilip satılması hususunda akdedilen mukaveleler bilfiil ifa edilmeyüp ancak baki-

⁴¹⁾ A. T. F. 61, II, 114. - J. d. T. 1936, sah. 45 .

yei matlupların edasile tasfiye edilmiş fakat bakiye kalan bir meblâğın tediyesi talep edildiğinde kumar defii dermeyan edilmiş ise de bu defii kabul edilmemiştir (B. K. m. 18, 504).

Bir tarafın mukaveleyi hakikî olarak ifa etmeyeceği hususundaki kast ve niyetinin diğer tarafça anlaşılabilmesi keyfiyeti, hakikî ifayı bertaraf etmek maksadile akdedilmiş zımnî bir mukavelenin mevcudiyetini istidlâle bizatihi kâfi değildir (bu değişmiş olan yeni içtihatır). Böyle zımnî bir mukavelenin mevcudiyetine hükmedebilmek için ayrıca birbirine uygun ve kanaat verici hâdiselerin bulunması lâzımdır; ezcümle : mukaveleyi ifa zımında diğer tarafın hiç bir tedbire tevessül etmemiş olması; mukavelenin mevzuu piyasada tedariki imkânsız olan bir miktar emtiaya müteallik bulunması; müşterinin teahhütlerle malî vaziyeti arasında ve diğer tarafça anlaşılabilir bir nisbetsizliğin mevcudiyeti gibi (25 Şubat 1936 tarihli *Hoirs Raschein c/ Strauss et Cie* kararı ⁴²⁾).

Bu mesele ile çok yakın benzerlikler gösteren *Kunz frères* kararı ⁴³⁾ müddeialehyin ileri sürdüğü aynı mütalealara müsteniden kumar defini kabul etmişti. Maahaza meselenin yeniden tetkiki Federal mahkemesine, bir tarafın mukaveleyi hakikî olarak ifa etmeyeceği hususundaki kast ve niyetinin diğer tarafça anlaşılabilir keyfiyetinden, hakikî ifayı bertaraf etmek mülâhazasile akdedilmiş zımnî bir mukavelenin mevcudiyetine hükmedilemeyeceği kanaatini vermiştir; bu hususa hükmedebilmek için diğer hâdisatın da bu kanaati takviye etmesi lâzımdır; meselâ, bir kumar oyununa girişmiş olan kimse ile teahhüde girişmiş tarafın mukaveleyi hakikî olarak ifa etmek için hiç bir tedbir almamış olması, mukavelenin mevzuu piyasada tedariki imkânsız olan bir miktar emtiaya taallük etmesi, âkit tarafın teahhütlerle gelir menbaları arasında diğer tarafça dahi anlaşılabilir derecede bir nisbetsizliğin bulunması ve ilâh... gibi.

Bahse mevzu olan davada ne sipariş edilen emtia miktarları (ceman olsun veya ayrı ayrı her sipariş için olsun) yeknazarda

⁴²⁾ A. T. F. 62, II, 112. - J. d. T. 1936 sah. 430.

⁴³⁾ A. T. F. 61, II, 118. - J. d. T. 1936 sah. 49. - Bu yazı sah. 64 No. 36

mukavelenin ifasının bertaraf edildiğine dair bir kanaat verecek ehemmiyette ve ne de müddeıaleyhin siparişlerle malî gelirleri arasında müddei tarafından anlaşılabilir derecede bir nisbetsizlik mevcut değildi. Federal mahkemenin müteaddit defalar beyan ettiği gibi, bir teslim mukavelesini ifa için bir borsa oyunundan mütevellit fiyat farklarının tediyesine kâfi olan meblâğdan fazla bir meblâğa malik olmağa lüzum yoktur; bunun için bayiin satın alma fiyatı emtiayı her zaman satabileceği fiyat arasında tahassül etmesi melhuz olan farkı ödeyebilecek kadar sermayeye sahip olması kâfidir ⁴⁴⁾; mevzuubahs davada, taahhütlerini tediyeye edebilmesi için müddeıaleyhin 25.000 frangı bulunması kâfi idi.

II. — AYNİ HAKLAR.

a) Gayrimenkul rehini.

41 — Mütemmim cüzler. - Dikilen şeyler.

Bir fidelik tarafından işgal edilen bir gayrı menkul üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmiş ve fideci iflâs etmişti; bu vaziyette İflâs idaresi fidelikte dikili bulunan şeyler üzerine tesis edilen rehin hakkını kabul etmemiş ve bu karar Federal mahkeme tarafından tasdik edilmiştir (M. K. m. 619, 620, 644, 654, 655, 777) ¹⁾.

Bir fidelikte olan şeyler bu fidelğin işgal ettiği gayrı menkulün ne mütemmim cüzüleri, ne tabii semereleri ne de teferruatıdır. Bir fidelğin işgal etmiş olduğu gayrı menkul üzerine tesis olunan rehin hakkı fidelikte dikili olan şeylere şamil olamaz (3 Nisan 1936 tarihli *Banque populaire suisse, Union de Banques suisses, Société de Banque suisse c/ Masse de la faillite Paul Schaedlich et Cie* kararı) ²⁾.

⁴⁴⁾ A. T. F. 57, II, 414. - J. d. T. 1932 sah. 299.

¹⁾ C. C. S. m. 642, 643, 667, 677, 678, 805.

²⁾ A. T. F. 62, II, 84. - J. d. T. 1936 sah. 490.

b) Müteahhidin kanunî ipoteği.**42 — Tapu sicili. - İdarenin mesuliyeti.**

Muvakkat tescile tâbi kanunî bir ipoteği haiz bir inşaat müessesesinin bu ipotek hakkı, natamam bir şekilde tescil edildikten sonra hali inşadı bulunan bina sahibi iflâs ediyor; bu kanunî ipoteğin dayandığı alacak bilûmum alacakların sırasını gösterir cetvelden hasfediliyor; bu cetvele karşı açılan itiraz davasından mütevellit masrafların tediyesi için Kantona (hazineye) rücu ediliyor; ve hazineye karşı açılan bu dava Federal mahkeme tarafından kabul ediliyor (M.K.m. 809, 917; B.K.m. 192) ²⁾.

Tapu sicilinin fena tutulmasından ötürü aynı bir hak muteber bir şekilde tesis edilmemiş olursa, hazine bundan mütevellit zarardan ve ezcümle kaybedilen aynı haktan mesul olur.

Kezalik bu hakkın mevcudiyetini isbat hususunda ikame edilen davanın aleyhine neticelenmesinden mütevellit masrafları da tazmin eder (2 Nisan 1936 tarihli Kurmann et Wüsrt et Cie c/ Canton de Lucerne kararı) ³⁾.

c) Teslimi meşrut rehin (nantisman). - Nama muharrer aksiyonlar.

43 — Akdin icra edildiği sırada henüz keşide edilmemiş olan nama muharrer aksiyonlar üzerine bir rehin tesis ediliyor; bilâhare keşide edilen bu aksiyonların ciro edilmeksizin mürtebine teslimi mezkûr rehinin sıhhat ve muteberiyetine hâlel getirmez (M.K. m. 869 fık. 3 ve 870 fık. 2; T. K. m. 408, 409) ⁴⁾.

Rehinin mevzuu muayyen veya tayini kabil olmak şartile, meselâ halen keşide edilmemiş aksiyonlar gibi, müstakbel bir

²⁾ C. C. S. m. 839, 955; C. O. m. 195.

³⁾ A. T. F. 62, II, 81. - J. d. T. 1936 sah. 562.

⁴⁾ C. C. S. m. 900 fık. 3, 901 fık. 2; C. O. m. 637. — Ayrıca bak, Prof. Hirsch, Tic. Huk., cilt II, İstanbul 1935 sah. 193 - 194; E. Arsebük, Borçlar, Hukuku, sah. 165.

borç üzerinde sahih bir şekilde tesis edilebilir; fakat rehin ancak senedatın teslimi anından itibaren hüküm ifade etmeğe başlar. «Diğer kıymetli evrakın rehini için» senedin cirosunu veya devrini emreden Medenî Kanununun 870 inci maddesinin 2 inci fıkrası nama muharrer aksiyonlara kabili tatbik değildir. Bunlar hususunda cari olan hüküm, tahrirî bir mukavele ile mülkiyetin nakli için riayeti lâzım gelen şekli derpiş eden 869 uncu maddenin üçüncü fıkrasıdır. Bu şekil ya bir ciro, ya müstakil bir rehin akdi veya rehin verildiğine dair tahrirî bir beyanname olabilir; bundan başka senetlerin teslimi lâzımdır; maamafih bu teslim bilâhare de vâki olabilir (6 Birinci Kân. 1935 tarihli **Bosshard-Kündig c/ Hallheimer** kararı ⁶⁾).

d) Tapu sicili.

44 — Gayri menkul mülkiyetinin nakli. - Vasiyeti tenfiz memurunun salâhiyetleri.

Vasiyeti tenfiz memuru, vasiyet edilen gayri menkulü musaleh namına tescil etmeden üçüncü şahsa satmağa karar veriyor ve musaleh ile bu hususta mutabık kalıyor. Tapu memuru, müteveffanın vasiyetnamesinde izhar ettiği arzu hilâfına vasiyeti tenfiz memurunun hareket etmeğe salâhiyeti bulunmadığı mülâhazasile mülkiyetin naklini tescilden imtina ediyor. Vasiyeti tenfiz memurunun Federal mahkemeye vâki şikâyet ve müracaati kabul ediyor. Mezkûr mahkeme, vasiyetçi tarafından hak ve vazifeleri tayin edilmemiş olan tenfiz memurunun, mirası resmen idareye memur kimsenin hak ve vazifelerini haiz olacağını düşünmüştür. Ezcümle, «terekeyi idare, borçları tediye, muayyen bir mala müteallik vasiyetleri icra ve vasiyetçinin emirlerine veya kanuna göre terekeyi taksim ile mükelleftir» (M.K.m. 498). Bu vazifenin ifası sırasında, meselâ terekenin borçlarını ödemek için müteveffa tarafından bir mirasçıya veya bir musalehe bi-

⁶⁾ A. T. F. 61, II, 330. - J. d. T. 1936 sah. 105. — Ayrıca bak: E. Arsebük, op. cit, sah. 600.

rakılan bir malı, tenfiz memuru satmak mecburiyetinde kalabilir. Binaenaleyh vasiyeti tenfiz memurunun bu gibi satışları yapmak salâhiyeti kaldırılamaz.

Fakat salâhiyetlerini müstakim bir şekilde istimal edip etmediği hususu tapu memuru tarafından tayin edilmemiştir (27 Eylül 1935 tarihli **Brun c/ Conseil exécutif de Saint-Gall** kararı ⁷⁾).

Çeviren	Yazan
Ferit H. SAYMEN	Avukat
İs. Üniv. Medeni Hukuk Asistanı	Dr. Emile THILO
	Federal Mahkeme Grefyesi

⁷⁾ A. T. F. 61, I, 382 J. d. T. 1936 sah. 518.